

Dansk persondataret



BENT OLE GRAM MORTENSEN (RED.)

Dansk persondataret

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Bent Ole Gram Mortensen (red.), Carina Risvig Hamer, Daniel Hartfield-Traun, Lisa Hjerrild, Kent Kristensen, Jesper Kruse Markvart, Helene Arensbak Mørk, Jesper Løffler Nielsen, Ayo Næsborg-Andersen, Sten Schaumburg-Müller, Christian Højer Schjøler, Peter Starup, Jøren Ullits & Frederik Waage

Dansk persondataret

Første udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i januar 2020 af EX TUTO PUBLISHING A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af MERE.INFO A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux samt skrifterne Baskerville Original og Cronos designet af henholdsvis FRANTIŠEK ŠTORM i 2000 og ROBERT SLIMBACH i 1996. JAN TRZASKOWSKI har stået for forlagsredaktion og TOVE MØGELVANG-HANSEN har været ansvarlig for korrekturlæsning. Bogen er trykt på Munken Pure 100 g/m² af NARAYANA PRESS, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH i Celle. Bogen er fagfællebedømt.

Ex Tuto A/S er medlem af Forening for Boghaandværk, og vi støtter bæredygtig skovforvaltning ved at anvende FSC-certificeret papir.

Copyright © 2020 the editor and the authors

Printed in Denmark 2020

ISBN 978-87-420-0033-5

Ex Tuto Publishing A/S

Toldbodgade 55, 1.

DK-1253 København K

www.extuto.com



Udgivet med støtte fra

dreyersfond

FairPublishing

Kapiteloversigt

DEL I: GENERELLE SPØRGSMÅL	1
1. Fra registerlov til databeskyttelsesforordning <i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	3
2. Den centrale lovgivning på databeskyttelsesområdet <i>Peter Starup</i>	19
3. Hvornår er der tale om en personoplysning, og hvornår er det behandling af en sådan? <i>Sten Schaumburg-Müller</i>	29
4. Nærmere om persondatarettens dækning <i>Sten Schaumburg-Müller</i>	41
5. De overordnede principper for databehandling <i>Ayo Næsborg-Andersen</i>	55
6. Oplysningskategorier og behandlingsbetingelser <i>Sten Schaumburg-Müller</i>	75
7. Ytrings- og informationsfrihed <i>Sten Schaumburg-Müller</i>	117
8. Personbilleder <i>Sten Schaumburg-Müller</i>	127
9. Ansvarlighed og dokumentation <i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	169
10. Ansvarssubjekter og aftaleregulering <i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	177

11. Databeskyttelsesrådgiveren	191
<i>Lisa Hjerrild</i>	
12. Krav om konsekvensanalyse	203
<i>Lisa Hjerrild</i>	
13. De registreredes rettigheder	213
<i>Jøren Ullits, Ayo Næsborg-Andersen & Kent Kristensen</i>	
14. Sikkerhed og håndtering af databrud	229
<i>Daniel Hartfield-Traun</i>	
15. Tredjelandsoverførsler	255
<i>Jesper Løffler Nielsen & Helene Arensbak Mørk</i>	
16. Tilsynsmyndigheder og sanktioner	269
<i>Carina Risvig Hamer</i>	
DEL II: UDVALGTE RETSOMRÅDER	281
17. Persondatarettens anvendelse på forskningsprojekter	283
<i>Kent Kristensen & Jøren Ullits</i>	
18. Statistik	301
<i>Ayo Næsborg-Andersen</i>	
19. Behandlingen af personoplysninger ved domstolene	309
<i>Frederik Waage</i>	
20. Persondatabehandling i journalistisk øjemed	321
<i>Jøren Ullits & Sten Schaumburg-Müller</i>	
21. Kunstnerisk, litterær og akademisk virksomhed	343
<i>Sten Schaumburg-Müller</i>	
22. Markedsføring og personoplysninger	349
<i>Bent Ole Gram Mortensen</i>	
23. Forsyningsvirksomheder	367
<i>Bent Ole Gram Mortensen & Lisa Hjerrild</i>	
24. Geodata	377
<i>Lisa Hjerrild</i>	

25. Konkurrenceret	385
<i>Peter Starup & Jesper Kruse Markvart</i>	
26. Sundhedslovens behandlingsregler	429
<i>Kent Kristensen & Jøren Ullits</i>	
27. Forvaltningens samkøring af borgerdata	443
<i>Jøren Ullits</i>	
28. HR og persondataret	453
<i>Christian Højer Schjøler</i>	
Bibliografi	481
Stikordsregister	495

Konkurrenceret

Peter Starup & Jesper Kruse Markvart

25.1. Introduktion¹

I dette kapitel belyses samspillet mellem særligt indsamlingen og besiddelsen af persondata og konkurrenceretten.

Kapitlet indledes i afsnit 25.1.1 med en kort introduktion til den materielle konkurrenceret, herunder konkurrencerettens mål og formål. I afsnit 25.1.2 følger en beskrivelse af konkurrencerettens hovedområder, mens det generelle forhold mellem konkurrenceretten og persondata er behandlet i afsnit 25.1.3. I afsnittene 25.2-5 er forholdet mellem persondata og den materielle konkurrenceret uddybet i forhold til de enkelte dele af konkurrenceretten.

I afsnit 25.2 behandles, hvordan eksistensen og besiddelsen af persondata kan påvirke afgrænsningen af det relevante marked og, hvordan besiddelse af persondata kan påvirke en virksomheds position og magt på det relevante marked. Afsnit 25.3 vedrører konkurrencebegrænsende aftaler og persondata, herunder persondatas anvendelse til algoritmedrevet prisfastsættelse og eksklusivaftaler på adgang til og anvendelse af datasamlinger, og afsnit 25.4 omhandler misbrug af dominerende stilling ved forskellig brug af persondata. Afsnit 25.5 ved-

1. Afsnittene 25.1-5. er skrevet af Jesper Kruse Markvart, mens afsnit 25.6 er skrevet af Peter Starup. Begge forfattere er ansvarlige for hele kapitlet.

rører særlige overvejelser i forbindelse med fusionskontrol, når fusionen vedrører fusion af persondata (sæt). I afsnit 25.6 behandles konkurrencemyndighedernes indsamling af persondata i forbindelse med efterforskninger, herunder ved oversendelse til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet.

25.1.1. Hvad er konkurrenceret?

Konkurrenceretten regulerer virksomheders aftaleindgåelse (forbud mod indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler og forbuddet mod fusioner, der begrænser konkurrencen betydeligt) virksomheders individuelle handlinger (forbuddet mod misbrug af dominerende stilling) samt staters handlinger (forbuddet mod statsstøtte, der fordrejer konkurrencen).

EU's konkurrenceret reguleres primært af Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmådes (TEUF) artikel 101 og 102, der omhandler henholdsvis forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Traktatens bestemmelser herom suppleres af Forordning 1/2003 om gennemførelse af konkurrencereglerne, af artiklerne 107 og 108 om statsstøtte samt af Fusionskontrollforordningen.

Konkurrenceretten er i Danmark primært reguleret i konkurrence-loven, der er kraftigt inspireret af EU-konkurrenceretten.

F.eks. er de primære materielle bestemmelser (forbuddene) inspireret af eller kopieret fra EU's regler. Derudover er den danske konkurrencelov overvejende frivilligt harmoniseret med EU-konkurrenceretten, hvorfor den danske konkurrencelov skal fortolkes EU-konformt, således at de danske regler altid skal fortolkes i overensstemmelse med EU-praksis.²

De danske regler anvendes, når en aftale, samordnet praksis, adfærd eller fusion har *virkning* i Danmark.³ Virkningsprincippet er tilsvarende afgørende for, hvornår EU's regler finder anvendelse; dog begrænses anvendelsen af EU's regler til situationer, hvor der er samhandelspåvirkning.⁴ Kriteriet om samhandelspåvirkning er et autonomt

2. Heide-Jørgensen 2017, s. 161 ff.

3. Levinsen 2018, s. 72.

4. Fejøl & Ølykke 2014, s. 62.

EU-retligt kriterium, der skal vurderes særskilt i hvert enkelt tilfælde. Det er et jurisdiktionskriterium, som definerer anvendelsesområdet for EU's konkurrenceregler.⁵

25.1.1.1. Konkurrencerettens mål og formål

Den danske konkurrencelovs formål er i konkurrencelovens § 1 defineret som "at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere". Lovens mål er dermed ikke konkurrence som sådan, men den effektive samfundsmæssige ressourceanvendelse. Målet til at opnå denne ressourceanvendelse er virksom konkurrence.

Begrebet effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse er uløseligt forbundet med det samfundsøkonomiske effektivitetsbegreb, hvorefter varer og tjenesteydelser skal produceres og distribueres til de lavest mulige omkostninger, være af den bedst mulige kvalitet, og at udbuddet af varer og tjenesteydelser skal ske i en sådan mængde og sammensætning, at udbuddet afspejler kundernes præferencer og endelig, at ressourcerne skal anvendes de steder, hvor der er størst behov.⁶

Begrebet virksom konkurrence vedrører både strukturelle og adfærdsmæssige forhold på markedet. Af strukturelle forhold kan bl.a. nævnes, at der ikke er forhold, der forhindrer adgang til, udvidelse på eller udgang af markedet (såkaldte adgangsbarrierer). Derudover kan nævnes, at der på et marked med virksom konkurrence, er et tilstrækkeligt stort antal aktører på markedet, under hensyntagen til stordriftsfordele.⁷ For så vidt angår adfærdsmæssige forhold kan bl.a. nævnes, at virksomheder skal træffe egne, uafhængige beslutninger.

Hvor de danske konkurrenceregler har til formål at beskytte den effektive ressourceanvendelse, har EU's konkurrenceregler to sideordnede og komplementære formål:⁸ at beskytte den effektive⁹ konkur-

5. Se om kriteriet i Kommissionens Meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 (2004/C 101/07). Se derudover Fejøl & Ølykke 2014, s. 62 ff. og Levinsen 2018, s. 188 ff.

6. Levinsen 2018, s. 64.

7. Folketingstidende 1996-97.

8. Rose & Bailey, 2013, pkt. 1.013.

9. Kommissionens vejledning om håndhævelse af artikel 102, Meddelelse fra Kommissionen, Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbin-

rence på markedet¹⁰ og forhindre barrierer mod integrationen af det indre marked.¹¹

Dette vil ikke have den store praktiske betydning i de fleste sager, men kan medføre, at EU-praksis ikke nødvendigvis kan bruges som fortolkningsbidrag i en rent national sag, hvis den primære årsag til indgreb var barrierer mod integration af det indre marked.

25.1.2. Konkurrencerettens hovedområder:

Konkurrencereglerne består overordnet af fire selvstændige, men komplementære, forbud: (1) forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, (2) forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, (3) fusionskontrol og forbuddet mod fusioner, der begrænser konkurrencen betydeligt og (4) forbud mod ydelse af statsstøtte. I det følgende gennemgås kort henholdsvis forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler (afsnit 25.1.2.1), forbuddet mod misbrug af dominerende stilling (afsnit 25.1.2.2) og fusionskontrol (afsnit 25.1.2.3). Forbuddet mod ydelse af statsstøtte behandles ikke.¹²

25.1.2.1. Konkurrencebegrænsende aftaler

Aftaler mellem virksomheder, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, er ulovlige, ugyldige og uden retsvirkning, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 5, jf. stk. 1. Hvis sådanne aftaler desuden kan påvirke handelen mellem medlemsstater, er aftalen også ulovlig og ugyldig i medfør af TEUF artikel 101, stk. 2, jf. stk. 1. Forbuddet vedrører (1) aftaler (2) mellem virk-

delse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (2009/C 45/02).

10. EU-domstolens afgørelse af 4. juni 2009 i sagen *T Mobile mod Nederlandene*, C-8/08, præmis 38, EU-domstolens dom af 6. oktober 2009 i sagen *GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen*, C-501/06 P, præmis 63.
11. TEU, artikel 4, stk. 3, EU-domstolens afgørelse af 4. oktober 2011 i sagen *Football Association Premier League m.fl.*, C-403/08, EU-domstolens afgørelse af 13. juli 1966 i sagen *Consten & Grundig mod Kommissionen*, 56/64 og EU-domstolens afgørelse af 13. juli 1966 i sagen *Consten & Grundig mod Kommissionen*, 58/64, s. 471, Belamy & Child, 2014, pkt. 1.015.
12. For en grundig gennemgang af de danske og EU's statsstøtteregler, se Poulsen 2015 og Vesterdorf & Nielsen 2009.

somheder, (3) der direkte eller indirekte har til formål eller til følge, at (4) hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Aftalebegrebet er i *Bayer mod Kommissionen* (sag T-41/96) fastslået således, at det “forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje.”¹³ En juridisk kontrakt er selvfølgelig en aftale, men også såkaldte gentleman’s agreements¹⁴ og fælles forståelser¹⁵ er omfattet af det konkurrenceretlige aftalebegreb, selvom ingen af disse er juridisk bindende.¹⁶ Derudover er også en samordnet praksis omfattet af forbuddet, jf. § 6, stk. 3. Aftalebegrebet i konkurrenceretlig forstand forudsætter således blot en afspejling af parternes fælles vilje, uanset hvordan denne afspejling manifesterer sig.¹⁷

Forbuddet gælder kun aftaler *mellem virksomheder*.¹⁸ Virksomhedsbegrebet i konkurrenceretten er anderledes end det almindelige selskabsbegreb. Det afgørende er, om der udøves en økonomisk virksomhed, uanset den juridiske form eller finansiering af aktiviteten.¹⁹ Der er f.eks. tale om økonomisk virksomhed, når der udbydes en vare eller tjenesteydelse på markedet,²⁰ eller hvis aktiviteten lige så godt kunne udbydes eller udføres – eller faktisk udbydes eller udføres – af en privat aktør.²¹

Derudover gælder forbuddet kun aftaler, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.²² Der sondres mellem på den ene side formålsovertrædelser, der er aftaler, der efter sin natur er så tilstrække-

13. Sag T-41/96, *Bayer mod Kommissionen*, præmis 69.

14. EU-domstolens dom af 8. juli 2008 i sagen *BPB plc mod Kommissionen*, T-53/03, præmis 72, og EU-domstolens dom af 15. juli 1970 i sagen *ACF Chemiefarma NV mod Kommissionen*, 41/69, præmis 112.

15. Kommissionsbeslutning af 15. juli 1982, De Europæiske Fællesskabers Tidende, Årgang 1982, L 232/1-38. *Stichting Sigarettenindustrie*, præmis 106.

16. Se i det hele Whish & Bailey 2018, s. 102-103; Fejøl & Ølykke 2014, s. 36 ff. og Levinson 2018, s. 205 ff.

17. EU-domstolens dom af 26. oktober 2000 i sagen *Bayer mod Kommissionen*, T-41/96.

18. Se herom Fejøl & Ølykke 2014, s. 56 ff.

19. Sag C-41/90, *Hofner & Elser*, præmis 21.

20. Sag C-205/03, *FENIN*, præmis 25.

21. Sag T-128/98, *Aéroports de Paris*, præmis 124.

22. Fejøl & Ølykke 2014, s. 69 ff.

ligt skadelige for konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at undersøge aftalernes virkning på markedet,²³ og på den anden side aftaler, hvor konkurrencebegrænsningen skal vurderes ud fra den konkrete aktualiserede eller forventede effekt.²⁴

Aftaler, der opfylder forbuddet, er ulovlige og ugyldige, jf. henholdsvis konkurrencelovens § 6, stk. 5, og TEUF artikel 101, stk. 2.²⁵ Ugyldigheden er absolut,²⁶ gælder *ex tunc* (med tilbagevirkende kraft),²⁷ og aftalen har således aldrig været i kraft.²⁸

På trods af, at en aftale er omfattet af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1, har aftalen mulighed for at blive fritaget fra forbuddet, jf. konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3, hvis fire betingelser er opfyldt: aftalen (1) skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, (2) skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved (3) må ikke pålægge virksomhederne begrænsninger, der ikke er nødvendige og (4) må ikke give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen.²⁹ For at sikre en mere smidig anvendelse af konkurrencereglerne har EU vedtaget en række gruppefritagelsesforordninger,³⁰ der fritager en aftale fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Fritagelserne i EU's forordninger er kopieret og inkorporeret i den danske konkurrenceret ved en række bekendtgørelser.

23. Se Generaladvokat Henrik Øe's forslag til afgørelse i sag C-179/16, *Hoffman-La Roche*, præmis 145-150, og den deri henviste praksis for en grundig gennemgang af, hvornår en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Se derudover Levinsen 2018, s. 243 ff.

24. Levinsen 2018, s. 252 ff.

25. Se herom *ibid.*, s. 438 og Fejø & Ølykke 2014, s. 109 ff.

26. Sag 22/71, *Beguelin*, præmis 29.

27. Sag C-453/99, *Courage mod Crehan*, præmis 22.

28. Sag C-453/99 *Courage mod Crehan*, præmis 22, og Sag 23/67, *Brasserie de Haecht II*, præmis 26-27.

29. Konkurrencelovens § 8 og TEUF artikel 101, stk. 3.

30. F.eks. gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførselsaftaler, Forordning Nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler.

I afsnit 25.3. gennemgås de situationer, hvor særligt indsamling og besiddelse af persondata medfører risiko for overtrædelse af henholdsvis konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1.

25.1.2.2. Misbrug af dominerende stilling

Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 forbyder en virksomheds misbrug af dominerende stilling.

En virksomhed har en dominerende stilling, når den har signifikant markedsmagt:³¹ en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked.³² Det vil være tilfældet, når virksomheden kan anlægge en, i betydeligt omfang, uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans forbrugerne.³³ En virksomhed, der indtager en dominerende stilling, har et særligt ansvar for ikke at begrænse konkurrencen i markedet.³⁴

Vurderingen af, om en virksomhed er dominerende, skal foretages i forhold til det eller de markeder, som virksomheden opererer på med udgangspunkt i virksomhedens markedsandel. En dominerende stilling skyldes generelt en kombination af flere forskellige faktorer, som ikke nødvendigvis er afgørende hver for sig.³⁵ Blandt disse faktorer har høje markedsandele stor betydning.³⁶ En markedsandel på 50 % eller derover kan i sig selv udgøre beviset for, at der foreligger en dominerende stilling.

Kommissionen lægger især vægt på følgende tre faktorer ved vurderingen af dominans: (i) aktuel konkurrence, der er det konkurrencemæssige pres, der skyldes de faktiske konkurrenters eksisterende leverancer og disse konkurrenters markedsstilling, (ii) potentiel konkurrence, der er det konkurrencemæssige pres, der skyldes en troværdig trussel om, at de faktiske konkurrenter vil udvide i fremtiden, eller at der kommer potentielle konkurrenter ind på markedet og (iii) mod-

31. Se afsnit 25.2.2. om markedsmagt.

32. Levinsen 2018, s. 587.

33. Sag 322/81, *Michelin I*, præmis 30, og sag 27/76, *United Brands*, præmis 65; Folketingstidende 1996-97a og Folketingstidende 1999-2000.

34. Sag T-83/91, *Tetra Pak*, præmis 114.

35. Kommissionens vejledning om håndhævelse af artikel 102, punkt 10.

36. Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, præmis 39.

stående købermagt, der er det konkurrencemæssige pres, der skyldes den forhandlingsstyrke, som virksomhedens kunder er i besiddelse af.³⁷

Det er ikke ulovligt blot at indtage en dominerende stilling; faktisk kan dominans ofte være konkurrencefremmende, da det giver den dominerende virksomhed mulighed for at opnå stordriftsfordele og/eller skalaøkonomi med færre omkostninger og lavere salgspriser til følge. Det er dog ulovligt at misbruge en dominerende stilling.

Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som består i, at den dominerende virksomhed anvender andre midler end i den normale konkurrence, som kan påvirke konkurrencen negativt. Det afgørende for, om der foreligger et misbrug, er, om den dominerende virksomhed opfører sig på en måde, der adskiller sig fra den normale konkurrence, og derved søger at forhindre opretholdelsen eller udviklingen af den eksisterende konkurrence.³⁸ Det kan dog også være misbrug, selvom alle virksomhedens ikke-dominerende konkurrenter også udøver adfærden. En dominerende virksomhed har en særlig forpligtelse til ikke at skade konkurrencen yderligere, hvilket kan medføre, at dominerende virksomheder er afskåret fra en bestemt adfærd eller at gennemføre visse handlinger, som ikke ville være misbrug og ikke ville være ulovlig, hvis de var udført af ikke-dominerende virksomheder.³⁹

Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling finder anvendelse, uanset hvordan virksomheden agerer, hvis effekten af adfærden skader opretholdelsen af en effektiv konkurrencestruktur.⁴⁰ I konkurrencelovens § 11, stk. 3, og i TEUF artikel 102, litra a-d, er en eksemplifikation af, hvad der kan udgøre misbrug af dominerende stilling. Eksemplifikationen er ikke udtømmende, og adfærd kan være misbrug, selvom adfærden ikke svarer til et af de givne eksempler. Der sondres overordnet mellem tre misbrugskategorier; udnyttende misbrug, hvor den dominerende virksomhed søger at udnytte kunder og leverandører med det formål at tjene flere penge; ekskluderende misbrug, hvor den dominerende virksomhed søger at holde konkurrenter helt eller delvist ude af markedet – eller presse dem ud; og diskriminerende misbrug,

37. Kommissionens vejledning om håndhævelse af artikel 102, punkt 12.

38. Sag 85/76, *Hoffman-La Roche*, præmis 91, og Sag 209/10, *Post Danmark I*, præmis 24.

39. Sag T-340/03, *France Télécom mod Kommissionen*, præmis 186.

40. Sag 6/72, *Continental Can*, præmis 125.

hvor den dominerende virksomhed diskriminerer mellem kunder og/eller leverandører med enten et udnyttende eller ekskluderende formål.

I afsnit 25.4 gennemgås de situationer, hvor særligt indsamling og besiddelse af persondata medfører risiko for overtrædelse af henholdsvis konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

25.1.2.3. Fusionskontrol

Udover at forbyde konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder og virksomheders ensidige konkurrenceskadelige handlinger omhandler konkurrenceretten også regler om fusionskontrol.⁴¹ Fusionskontrolreglerne gælder, når to (eller flere) virksomheder sammensmeltes til en enhed;⁴² en virksomheds erhvervelse af kontrol af en anden virksomhed;⁴³ og to (eller flere) virksomheders etablering af et fælles joint venture på varigt grundlag.⁴⁴

Fusionskontrolreglerne medfører, at fusioner over en vis størrelse ikke må gennemføres,⁴⁵ før fusionen er blevet anmeldt til og godkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvis det er de danske regler, der finder anvendelse, eller EU-Kommissionen, hvis det er EU's regler, der finder anvendelse.⁴⁶ Efter anmeldelse skal myndighederne vurdere, om fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt eller ej. Hvis fusionen ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, skal der ske godkendelse. Hvis fusionen derimod hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, skal den forbydes.⁴⁷

41. De danske regler om fusionskontrol findes primært i konkurrencelovens §§ 12-12 e. EU's regler om fusionskontrol findes i Fusionskontrolforordningen, Rådets forordning nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomheds-overtagelser.

42. Fusionskontrolforordningen, artikel 3, stk. 1, litra a, og konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 1.

43. Fusionskontrolforordningen, artikel 3, stk. 1, litra b, og konkurrencelovens § 12 a, stk. 1, nr. 2.

44. Fusionskontrolforordningen, artikel 3, stk. 4, og konkurrencelovens § 12 a, stk. 2.

45. Fusionskontrolforordningen, artikel 4, stk. 1, og konkurrencelovens § 12 c, stk. 5.

46. Både de danske regler og EU's regler anvender omsætningstærskler for, hvornår en fusion er omfattet af reglerne. Omsætningstærsklerne kan for de danske regler findes i konkurrencelovens § 12, stk. 1, nr. 1 og 2, og for EU's regler i Fusionskontrolforordningen artikel 1, stk. 2 og stk. 3.

Afgørende er dermed, om konkurrencen hæmmes *betydeligt*⁴⁸ eller ej. Da fusionen ikke må implementeres, før fusionen er godkendt, og godkendelse ikke sker, før myndighederne har vurderet fusionen, er fusionsvurderingen altid en vurdering af fremtidige forhold. Myndighederne vil blandt andet se på, om fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling, hvorfor markedsandele er vigtigt, men også andre faktorer f.eks. faktisk og potentiel konkurrence samt købermagt er vigtige aspekter. En fusion kan dog hæmme konkurrencen betydeligt, selvom den ikke skaber eller styrker en dominerende stilling.⁴⁹ Derfor vurderer myndighederne også på, hvor tætte konkurrenter, de fusionerende virksomheder er. F.eks. kan en fusion mellem vertikalt forbundne virksomheder⁵⁰ gøre det sværere for de fusionerede virksomheders konkurrenter, eller en fusion mellem to virksomheder på et oligopolistisk⁵¹ marked kan føre til skabelsen eller styrkelsen af muligheden for, at virksomhederne stiltiende koordinerer deres konkurrencemæssige adfærd.

Ved fusionsvurderingen undersøger myndighederne derfor både de horisontale, vertikale og konglomerate effekter af fusionen. Horisontale effekter er effekter mellem den fusionerede virksomhed og dens konkurrenter. Horisontale effekter er et problem, hvis (i) virksomhederne (post-fusion) sandsynligvis vil nå til en fælles forståelse vedrørende samordning, (ii) post-fusion samordning kan opretholdes (håndhæves), og (iii) der er en koordineret effekt (fusionen gør det nemmere at engagere sig i samordning).

Eksempler på koordinerede effekter er en formindskelse af antallet af markedsdeltagere, en forøgelse af symmetri, eliminationen af en maverick, skabelsen af strukturelle forbindelser og en formindskelse af incitament til innovation, en forøgelse af multimarkedskontakter. Horisontale effekter kan også være et problem, hvis det direkte konkurren-

47. Konkurrencelovens § 12 c, stk. 2, og Fusionskontrolforordningen, artikel 2, stk. 2, og artikel 2, stk. 3.

48. Se herom Levinsen 2018, s. 932 ff.

49. Ibid., s. 932.

50. Vertikalt forbundne virksomheder er virksomheder, der er aktive på hvert sit led af omsætningskæden, f.eks. leverandør/distributør.

51. Et oligopolistisk marked er karakteriseret ved, at et lille antal virksomheder tilsammen har en stor del af markedet.

cetab mellem de fusionerede virksomheder medfører højere priser, lavere kvalitet eller ringere incitament eller evne til innovation.⁵²

Vertikale fusioner involverer virksomheder i situationer, hvor de deltagende virksomheder opererer på forskellige led af omsætningskæden, f.eks. producent/leverandør eller leverandør/distributør.⁵³ Konglomeratfusioner er en fusion, der hverken er rent horisontal eller rent vertikal. I praksis vil fokus være på virksomheder, der er aktive i nærtbeslægtede markeder, f.eks. hvor varer er komplementære i efterspørgslen, eller hvor to produkter deles om den samme kundegruppe. Ikke-horisontale fusioner rejser andre bekymringer end horisontale fusioner. Der er ikke noget tab af direkte konkurrence mellem de deltagende virksomheder; der er en mulig komplementaritet mellem de deltagende virksomheder, og der kan være meget store effektivitetsgevinster. En fusion kan dog ændre evnen og incitamentet til at konkurrere for den fusionerede virksomhed og dennes konkurrenter, hvilket kan lede til lukning, konkurs, og en forøget risiko for samordning. Vertikale effekter er kun et problem, hvis (i) der er en evne hos den fusionerede virksomhed til at afskærme konkurrenter, (ii) der er incitament til at afskærme konkurrenter og (iii) der er en sandsynlig påvirkning på den effektive konkurrence.⁵⁴

Som nævnt ovenfor skal myndighederne enten forbyde eller godkende fusionen, afhængig af, om fusionen begrænser konkurrencen betydeligt eller ej.⁵⁵ Myndighederne kan dog også godkende fusioner på vilkår, hvis vilkårene fuldt ud adresserer og afhjælper myndighedernes bekymringer for den effektive konkurrence.⁵⁶ Sådanne vilkår kan både være strukturelle vilkår, f.eks. frasalg af hele eller dele af en forretning, aktivitet eller IPR, eller det kan være adfærdsvilkår, f.eks. at give tredjemand adgang til infrastruktur eller teknologi, opsiges eksklusivitetsaftaler, levere produkter til tredjepart, undlade at hæve priserne for en bestemt kundegruppe osv.

52. Se også Levinsen 2018, s. 957 ff.

53. Se også *ibid.*, s. 968.

54. *Ibid.*, s. 971 ff.

55. Konkurrencelovens § 12 c, stk. 2 og fusionskontrolforordningen, artikel 2, stk. 2 og artikel 2, stk. 3.

56. Konkurrencelovens § 12 e, stk. 1 og Fusionskontrolforordningen, artikel 8, stk. 2.

I afsnit 25.5 gennemgås de situationer, hvor særligt indsamling og besiddelse af persondata kan påvirke myndighedernes vurdering af en fusion.

25.1.3. Generelt samspil mellem konkurrenceretten og persondataretten

Persondataretten og konkurrenceretten er to separate og adskilte retsområder, der som sådan ikke har noget med hinanden at gøre og varetager forskellige hensyn. EU-Domstolen har i *Asnef-Equifax*⁵⁷ udtalt sig generelt om forholdet mellem retten til beskyttelse af følsomme oplysninger og persondatareglerne på den ene side og konkurrencereglerne på den anden side, og fundet, at spørgsmål vedrørende oplysningernes følsomme karakter ikke som sådan vedrører konkurrenceretten.⁵⁸ Domstolen lagde derefter vægt på, at der var tilstrækkelige regler til stede, der regulerede de følsomme oplysninger. Der var derfor ikke noget grundlag for konkurrenceretten til at gribe ind i den konkrete sag. EU-Kommissionen har senere i *Facebook/Whatsapp*⁵⁹ udtalt, at bekymringer om behandling af personfølsomme oplysninger, som følge af forøget koncentration af data kontrolleret af Facebook som følge af fusionen, ikke vedrører konkurrenceretten, men databeskyttelsesreglerne.⁶⁰

Selvom regelsættene varetager forskellige hensyn, kan forhold vedrørende følsomme oplysninger, herunder persondataretlige forhold, ikke blankt ekskluderes fra det konkurrenceretlige område, blot fordi der er tale om følsomme oplysninger; beslutninger og aftaler af og mellem virksomheder vedrørende indsamlingen og brugen af persondata kan have stor betydning for både økonomien og konkurrencen. Derfor kan virksomheders politikker og praksisser vedrørende indsamlingen og brugen af følsomme oplysninger underkastes konkurrenceretten, når disse kan påvirke konkurrencen på markedet. Der er da også flere

57. Sag C-238/05, *Asnef Equifax*.

58. *Ibid.*, præmis 63.

59. Kommissionens beslutning af 3. oktober 2014 i *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217 og Europa Kommissionens afgørelse af 29. august 2014 i sagen *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217.

60. *Ibid.*, præmis 164.

sager fra både EU og nationale myndigheder, hvor persondatarelige forhold har haft betydning for den konkurrenceretlige vurdering.⁶¹

Hvor persondatareglerne tilstrækkeligt regulerer og beskytter et bestemt forhold, er der ikke behov for simultan anvendelse af konkurrenceretten. Det er derfor urealistisk, at konkurrenceretten vil gribe ind ved overtrædelser af f.eks. persondataforordningens artikel 20 om dataportabilitet,⁶² da persondataforordningen tilstrækkeligt regulerer denne ret, medmindre der f.eks. er tale om, at den virksomhed, som forbrugeren vil have sine data ud fra, er dominerende på et marked for et "struktureret, almindeligt anvendt og maskinlæsbart format".⁶³ Det kan f.eks. være tilfældet, hvis virksomheden har patent på en bestemt teknologi, og den pågældende teknologi udgør enten en juridisk eller de facto standard på området.

Omvendt gælder – og håndhæves – konkurrenceretten, hvis der er tale om et forhold, der vel nok vedrører persondata eller følsomme oplysninger, men ikke er tilstrækkeligt reguleret af de persondatarelige regler.

25.2. Persondata og markedsmagt

Uanset hvilket område af konkurrenceretten, der er tale om, vedrører konkurrenceretten, hvorvidt der sker en begrænsning af konkurrencen *på markedet*. Begrænsningen kan ske både ved en aftale mellem virksomheder, ved en enkelt virksomheds adfærd eller ved en fusion. Ved en aftale mellem to virksomheder bliver virksomhedernes konkurrencemæssige adfærd ensartet inden for aftalens område. Virksomhederne handler på en bestemt, aftalt måde, og opnår derved større markedsmagt inden for området. Hvis den aftalte adfærd derudover er konkurrencebegrænsende, er aftalen forbudt⁶⁴. Ved virksomheders ensidige adfærd, særligt misbrug af dominerende stilling, har virksomheden

61. Se herom i afsnittene 25.3, 25.4 og 25.5.

62. Se dog afsnit 25.3.3. nedenfor om aftaler om ikke at overholde persondatareglerne og afsnit 25.4.6. om virksomheders egen beslutning om ikke at overholde persondatareglerne.

63. Persondataforordningens artikel 20. Se desuden afsnit 25.3.3. om konkurrenceretlig intervention ved aftale om ikke at give tredjeparter adgang til data på trods af kundens ønske om, at tredjeparten skal have adgang til dataene.

64. Se nærmere om konkurrencebegrænsende aftaler ovenfor under afsnit 25.1.2.1.

allerede markedsmagt, og det er udnyttelsen af denne, der kan medføre et konkurrenceskadeligt udfald.⁶⁵ En fusion er en sammenlægning af to eller flere virksomheders aktiviteter og medfører samme resultat som en aftale mellem virksomheder; blot vil aftalen som oftest alene vedrøre et eller få punkter af de deltagende virksomheders forretninger, mens fusionen vil medføre, at hele de fusionerede virksomheders adfærd koordineres, hvorved der opnås større markedsmagt inden for den samlede forretning.⁶⁶

Det er ikke markedsmagten i sig selv, der er problematisk; det problematiske er, om det er muligt – og sandsynligt – at der vil ske en begrænsning af konkurrencen. Hvis der ikke er tale om markedsmagt, er det meget usandsynligt, at der vil være tale om en reel begrænsning af konkurrencen.⁶⁷

Formålsovertrædelser af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1, er dog pr. definition mærkbare uanset aftalens deltageres markedsmagt.⁶⁸ Der skal dog stadig være tale om en konkurrencebegrænsning.⁶⁹

Det er derfor afgørende dels at definere, hvad det relevante marked er, og parternes position på det pågældende marked; dels uden aftalen/adfærden/fusionen og dels med aftalen/adfærden/fusionen.

25.2.1. Afgrænsning af det relevante marked

Det relevante marked udgøres af dels et produktmarked og et geografisk marked.⁷⁰ Ved det relevante produktmarked menes markedet for alle de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser som ind-

65. Se nærmere om misbrug af dominerende stilling ovenfor under afsnit 25.1.2.2.

66. Se nærmere om fusionskontrol ovenfor under afsnit 25.1.2.3.

67. Formålsovertrædelser af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, stk. 1 er dog pr. definition mærkbare, jf. sag C-226/04, *Expedia*, uanset aftalens deltageres markedsmagt. Der skal dog stadig være tale om en konkurrencebegrænsning, jf. Sag 56/65, *Société Technique Minière*, s. 216, og T-374/94, *European Night Services*, præmis 136 og 137.

68. Sag C-226/04, *Expedia*.

69. Sag 56/65, *Société Technique Minière*, s. 216, og T-374/94, *European Night Services*, præmis 136 og 137.

70. Markedsafgrænsningsmeddelelsen, Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03), punkt 1.

byrdes substituerbare på grund af produktets eller tjenesteydelsens egenskab, pris og anvendelsesformål.⁷¹ Det relevante geografiske marked er det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel på produkter eller tjenesteydelser, og som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende områder på grund af anderledes konkurrencevilkår.⁷² Afgørende for afgrænsningen af det relevante marked er, hvorvidt det produkt eller tjenesteydelse, der analyseres, er udsat for et konkurrencepres, hovedsageligt forårsaget af enten (i) efterspørgselssubstitution eller (ii) udbudssubstitution.⁷³

Data, herunder persondata og big data kan medføre konkurrencebegrænsninger, oftest når data medfører, at en eller flere virksomheder opnår en større magt på markedet (markedsmagt).

Data er oftest ikke-rivaliserende, da flere virksomheder kan indsamle og anvende de samme data, og kan være flere steder på én gang, hvorfor data som udgangspunkt kan siges ikke at kunne være kilde til markedsmagt. Indsamlingen af data kan dog være svær og forbundet med anvendelse af store ressourcer, ligesom dataindsamlingen ikke nødvendigvis kan foretages af virksomhedens konkurrenter. Behovet for en stor mængde eller varietet i data kan resultere i adgangsbarrierer, hvor nye aktører på markedet forhindres i at indsamle eller indkøbe adgang til den samme slags data som etablerede virksomheder. Sådanne adgangsbarrierer kan både medvirke til en snævrere afgrænsning af det relevante marked, navnlig i form af lavere udbudssubstitution, men kan også virke som indikator på, at virksomheden, der kontrollerer de pågældende data, besidder en stor markedsmagt, og kan indebære en risiko for, at de etablerede virksomheder bevæger sig henimod en monopolisering af data-relaterede markeder.

25.2.2. Markedsmagt

Indtil videre er det primært internetbaserede tjenesteydelser, der har fået opmærksomhed inden for krydsfeltet mellem konkurrenceret og

71. Ibid., punkt 7.

72. Ibid, punkt 8.

73. Ibid., præmis 13 sammenholdt med præmis 24.

persondataretten.⁷⁴ Der er en række forhold, der karakteriserer internet-baserede tjenesteydelser, og som skal undersøges og afvejes, når en virksomheds markedsmagt skal vurderes; (i) multisidede markeder og netværkseffekter, (ii) multi-homing og (iii) markedets dynamik. Derudover er det, når der er tale om data, vigtigt, om dataene er (iv) sjældne, og (v) hvor stor og omfattende dataindsamlingen er.⁷⁵

25.2.2.1. Multisidede markeder og netværkseffekter

Et multisidet marked er et marked, hvor virksomhederne er aktive mod mere end én gruppe af brugere eller kunder. Ofte vil en (eller flere) af siderne blive tilbudt at anvende tjenesten gratis (eller i hvert fald uden monetær betaling).⁷⁶ I stedet for pris konkurrerer virksomhederne på den side på kvaliteten af produktet og til en vis grad på, hvor meget (eller lidt) data virksomheden indsamler om kunden.

Netværkseffekter er udtryk for, hvor meget én brugers anvendelse af produktet eller tjenesteydelsen påvirker produktet eller tjenesteydelsens værdi for andre brugere. Netværkseffekter kan både være direkte og indirekte. Direkte netværkseffekter er, når fordelene for én gruppe afhænger af, hvor mange fra samme gruppe, der er tilknyttet netværket. Sociale netværk som f.eks. Twitter, Facebook, WhatsApp etc., er eksempler på direkte netværkseffekter og har alle værdi, fordi der er mange brugere tilknyttet. Hvis der ikke var så mange brugere, ville netværkene ikke være noget værd. Et eksempel herpå er Google Plus.

Indirekte netværkseffekter opstår, når værdien for én gruppe afhænger af, hvor mange deltagere der er fra en anden gruppe. Et eksempel herpå er datingsider, hvor værdien for mænd afhænger af, hvor mange kvinder der anvender datingsiden – og omvendt. Et andet eksempel på indirekte netværkseffekter er værdistigningen af reklameplads for annoncører på sociale medier som følge af, at det sociale medie har mange brugere. For at disse indirekte netværkseffekter for alvor skal have værdi, skal det være muligt med direkte markedsføring baseret på de enkelte brugeres præferencer, hvorfor indsamling og

74. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 26.

75. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016.

76. Se f.eks. sag T-201/04, *Microsoft*, præmis 966-970.

anvendelse af disse brugeres persondata bliver afgørende for, om det sociale medie har nogen markedsmagt på et marked for salg af annoncer.

Netværkseffekter kan både være konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende. Ofte vil netværkseffekter være selvforstærkende og kunne medføre en koncentration på markedet. De kan også anskues som adgangsbarrierer, hvorfor dataindsamling og dataudnyttelse kan forstærke netværkseffekterne, hvis en forøgelse af virksomhedens brugere giver virksomheden mulighed for at indsamle (endnu) mere data end konkurrenterne.

25.2.2.2. Multi-homing

Multi-homing er udtryk for, at forbrugerne anvender flere udbydere for at få den samme service. Multi-homing er som udgangspunkt konkurrencefremmende,⁷⁷ da ingen tjenesteudbyder *indlåser* forbrugeren. Perfekt multi-homing er dog formentlig yderst sjældent, da der er omkostninger forbundet med at skifte fra tjeneste til tjeneste, f.eks. læringsomkostninger. Derudover vil én af tjenesterne sandsynligvis over tid opnå et bedre og bedre kendskab til brugeren, da den mest benyttede tjeneste indsamler mere og mere data om brugeren og derved kan tilbyde et bedre og mere skræddersyet produkt. Nye aktører på markedet kan dermed have svært ved at komme ind på markedet, da de etablerede aktører har indsamlet mere data om brugeren og derved er i stand til at tilbyde et bedre produkt, som den nye aktør først vil kunne tilbyde, når dataene er indsamlet.⁷⁸

25.2.2.3. Dynamiske markeder

Markedets dynamik er afgørende for enhver vurdering af markedsmagt, da en stærk statisk position på markedet vil være irrelevant, hvis ikke indehaveren af positionen kan fastholde positionen over tid.⁷⁹ Som eksempler på markeder med dynamisk konkurrence kan nævnes Googles udkonkurrering af bl.a. Yahoo og Facebooks udkonkurrering af

77. Schmalensee & Evans 2007; Armstrong 2006.

78. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 28.

79. Se bl.a. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217, præmis 132.

MySpace, på trods af, at hverken Google eller Facebook havde adgang til samme mængde af data som de virksomheder, de udkonkurrerede.

Det er ikke muligt at sige noget generelt om, hvor dynamisk et marked er. Det afhænger af det konkrete marked, og balancen mellem markedets forventede dynamik og den observerbare statiske markedsstruktur må fastslås fra sag til sag. Uanset hvor dynamisk et marked er, kan der være betydelig markedsmagt, hvis en etableret virksomhed har held og evne til kontinuerligt at opkøbe potentielle nye aktører, før disse opnår omsætning, aktiver eller markedsandele, der er utilstrækkelige til, at fusionskontrolreglerne finder anvendelse.

25.2.2.4. Sjælden data

Hvorvidt en virksomheds ejerskab af eller kontrol over et datasæt udgør et konkurrenceretligt problem, afhænger bl.a. af, hvorvidt ensartede datasæt, både i form af omfang og anvendelsesområde, er tilgængelige for en lige så effektiv konkurrent. Forhold, der taler for en høj tilgængelighed, er, at data af natur er ikke-rivaliserende, hvorfor en virksomheds indsamling og brug af et bestemt datasæt ikke forhindrer andre virksomheder i at indsamle og bruge de samme datasæt, forudsat at virksomheden har adgang til indsamling af dataene, f.eks. ved kundernes brug af multi-homing.

At data er ikke-rivaliserende, betyder dog ikke nødvendigvis, at dataet er tilgængeligt for alle virksomheder; adgang til data kan være forbundet med forskellige typer omkostninger, f.eks. signifikante investeringer til indsamling af data (opførelse og udvikling af datacentre), at opbygge en tilstrækkeligt stor kundebase ved at foreslå komplette eller innovative tjenester (F&U-udgifter, anskaffelsesomkostninger mv.) og endelig omkostninger forbundet med at analysere dataene (udvikling af specifikke algoritmer). Derudover er der i flere tilfælde juridiske begrænsninger på brugen af data, f.eks. persondatareglerne, der bl.a. begrænser videregivelsen af persondata til tredjeparter.

Værdien af dataene afhænger ikke af hverken datasættets størrelse eller anvendelsesområde, men derimod af, om der kan udledes viden eller informationer fra datasættet. Hvis den samme slags information kan udledes fra forskellige datasæt, der er indsamlet på forskellig vis, og lige så effektive virksomheder som den kontrollerende virksomhed er i stand til at indsamle dataene uden at pådrage sig for store omkost-

ninger, vil den konkurrencemæssige fordel, og dermed markedsmagt som følge af kontrollen over datasættet, være lav.⁸⁰

Det faktum, at dataene er ikke-rivaliserende, løser dermed ikke alle konkurrenceretlige problemer, da ikke-rivalisering ikke betyder, at dataene er tilgængelige for alle konkurrenter, eller at alle konkurrenter er i stand til på lige fod at indsamle dataene. Om konkrete datas ikke-rivaliserende karakter skal medføre, at der er eller ikke er et konkurrenceretligt problem, må og skal derfor afgøres fra sag til sag.

25.2.2.5. Stor og omfattende indsamling af data

Den konkurrencefordel og markedsmagt, der er forbundet med data, kan afhænge af, om de pågældende data skal indsamles i stor skala og/eller i et stort omfang, og om en sådan større indsamling kun kan foretages af en stor, eventuelt eksisterende aktør.⁸¹ Det skyldes, at marginalværdien af data, der anvendes til at foretage antagelse eller konklusioner, forringes kraftigt, når en vis mængde data er indsamlet.⁸²

Det kan derfor f.eks. ikke udelukkes, at en lille søgemaskine kan konkurrere på kvalitet mod en større søgemaskine som f.eks. Google, når blot den lille søgemaskine har opnået tilstrækkeligt mange søgninger til at der kan foretages tilstrækkeligt kvalitative antagelser eller konklusioner. Kvaliteten forbedres naturligvis, jo flere søgninger der foretages, da søgemaskinen får mere og mere information at foretage antagelserne og konklusionerne ud fra, men forbedringerne sker i en hastighed, der konstant formindskes relativt til det totale antal søgninger.⁸³

Som nævnt ovenfor i afsnit 25.2.2.4 er det afgørende, om der kan udledes information fra dataene. Evnen til at udlede information afhænger ikke kun af volumen af den indsamlede data, men også af, om virksomheden er teknisk i stand til at analysere dataene. Et lille eller dårligt datasæt kan således opvejes af, at virksomheden er dygtig til at analysere datasættet og hurtigt og sikkert kan udlede, hvilke data der er vigtige. Endelig spiller det en signifikant rolle for vurderingen af

80. Lasserre & Mundt 2007, s. 98.

81. Ibid., s. 99.

82. Lerner 2014.

83. Lasserre & Mundt 2007, s. 99.

markedsmagt, at værdien af visse data kan forringes kraftigt på kort tid.

Hvorvidt volumen af data skal medføre, at der er eller ikke er et konkurrenceretligt problem, må og skal derfor afgøres fra sag til sag.

25.3. Persondata og konkurrencebegrænsende aftaler

Aftaler mellem virksomheder er ulovlige, hvis de har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.⁸⁴ De aftaler vedrørende persondata, der har størst potentiale for at begrænse konkurrencen, er (i) eksklusivaftaler, (ii) aftaler om, hvordan virksomhederne behandler deres kunders persondata, (iii) aftaler om at nægte virksomheder adgang til vigtige datasæt, (iv) aftale om anvendelse af persondata til prisdiskriminering og (v) anvendelse af algoritmedrevet prisfastsættelse baseret på big data. I det følgende gennemgås, hvornår og hvordan disse aftaletyper kan begrænse konkurrencen.

25.3.1. Eksklusivaftaler

En licensaftale er en aftale, der fastsætter vilkårene for, hvordan licenstager kan bruge ejendom, f.eks. et datasæt, der er ejet af licensgiver. En aftale om en virksomheds adgang til at bruge et datasæt, der er ejet af eller kontrolleret af en anden virksomhed, er derfor en licensaftale. En licensaftale kan være ikke-eksklusiv, eksklusiv eller en enelicens.

En eksklusiv licens er en licens, hvor licensgiver ikke selv har ret til at anvende datasættet og ikke har ret til at give licens til tredjeparter, generelt eller med henblik på en bestemt anvendelse eller i et bestemt område.⁸⁵ Enelicenser er en licens, hvor licensgiver bevarer retten til selv at anvende datasættet, men ikke må give licens til tredjeparter.⁸⁶ Ved en ikke-eksklusiv licens bevarer licensgiver retten til både at anvende datasættet selv og give licens til tredjeparter. Ikke-eksklusive licenser er generelt uproblematisk.

84. Afsnit 25.1.2.1.

85. Retningslinjer for teknologioverførselsaftaler, Kommissionens meddelelse om Retningslinjer for anvendelse af EUF-traktatens artikel 101 på teknologioverførselsaftaler (2014/C 89/03), punkt 190.

86. Ibid., punkt 191.

Eksklusive og ene-licenser kan særligt være konkurrenceretligt problematiske, hvis licenstagere har signifikant markedsmagt, eller hvis licensgiver og licenstagere uden aftalen er aktuelle eller potentielle konkurrenter. En eksklusiv eller ene-licens til et datasæt kan reducere konkurrencen mellem virksomhederne, f.eks. ved at licenstagere får en eksklusiv licens til et bestemt område, hvilket medfører, at licensgiver ikke længere kan være aktiv på det område.

En eksklusiv eller ene-licens til data kan også begrænse konkurrencen både på upstream-markedet⁸⁷ for indsamling/salg af datasæt og på downstream-markedet for anvendelsen af pågældende datasæt.

Downstream-markedet kan påvirkes af, at en downstream-aktør køber eksklusiv- eller eneadgang til en bestemt leverandørs datasæt, og dermed afskærer alle andre downstream-aktører fra at købe det samme datasæt. Upstream-markedet kan påvirkes ved, at downstream-aktøren indlås til en bestemt leverandør, hvilket medfører, at øvrige leverandører afskæres fra at sælge til den pågældende downstream-aktør.

Eksklusive licenser kan også være konkurrencefremmende, da det kan være nødvendigt for at få licenstagere til at investere tilstrækkeligt i brugen af datasættet og dermed blive i stand til at udbyde nye og bedre produkter og/eller tjenesteydelser.

Gensidige eksklusive licenser mellem konkurrenter betragtes generelt som formålsovertrædelser af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.⁸⁸ Dog er gensidige ene-licenser mellem konkurrenter tilladt og gruppefritaget, hvis parterne har en samlet markedsandel under 20 %, ⁸⁹ og parterne kan dermed forpligte sig selv og hinanden til ikke at meddele tredjemand licens på hinandens konkurrerende teknologier. Ikke-gensidige eksklusivlicenser mellem konkurrenter er tilladt og gruppefritaget, hvis parterne har en samlet markedsandel under 20 %, ⁹⁰ og mellem ikke-konkurrenter, hvis parterne har en samlet mar-

87. Upstream-markedet er et marked på et tidligere/øvre led i omsætningskæden. Downstream-markedet er et marked på et senere/nedre led i omsætningskæde. En upstream aktør er en virksomhed, der er aktiv på upstream-markedet, og en downstream aktør er aktiv på downstream-markedet.

88. Gruppefritagelse for teknologioverførselsaftaler, artikel 4, stk. 1, litra c.

89. Ibid., artikel 3, stk. 1.

90. Ibid., artikel 3, stk. 1.

kedsandel under 30 %.⁹¹ Overstiges markedsandelstærsklerne, skal aftalen vurderes individuelt, hvor særligt licensgivers markedsstyrke skal vurderes. Hvis licensgiveren ikke har nogen synderlig markedsmagt på produktmarkedet eller ikke har tilstrækkelig kapacitet til at udnytte datasættet effektivt inden for licenstagernes område, vil aftalen næppe kunne begrænse konkurrencen.⁹²

Eksklusive licensaftaler mellem ikke-konkurrerende virksomheder vil kun sjældent kunne være omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, da retten til at meddele eksklusivlicenser ofte er nødvendige for at give licenstagere incitament til at investere i datasættet. Dog kan en sådan aftale rammes af forbuddet, hvis en dominerende virksomhed meddeler eller opnår eksklusivlicens til et eller flere konkurrerende datasæt, og adgang til konkurrerende datasæt er besværligt, og datasættet er en kilde til konkurrence på markedet.⁹³

Ofte vil det derfor være afgørende, at virksomhederne til aftalen har markedsmagt, herunder om datasættet er unikt eller generisk, rivaliserende eller ikke-rivaliserende, og hvor store omkostninger der er forbundet med indsamling af datasættet, jf. afsnit 25.2 ovenfor.

25.3.2. Aftaler om behandling af persondata

Virksomheders behandling af følsomme oplysninger kan i visse tilfælde siges at være et konkurrenceparameter på linje med virksomheders priser og produktets pris i øvrigt.⁹⁴ Flere virksomheder tilbyder og garanterer kunderne kryptering af data og anonymitet. Det er ikke billigt at sikre anonymitet og kryptering, ligesom der kan opnås profit ved analyse og salg af data.⁹⁵ Der kan dermed være incitament for virksomhederne til dels at skære på omkostningerne til sikkerhed og kryptering samt incitament til at opnå højere profitter ved ikke at tilbyde krypteringen. Når forbrugerne imidlertid ser behandling af følsomme oplys-

91. Ibid., artikel 3, stk. 2.

92. Retningslinjer for teknologioverførselsaftaler, punkt 193.

93. Ibid., punkt 165 og 166.

94. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217, præmis 87, 102 og note 79, og Kommissionens beslutning af 6. december 2016 i *Microsoft/LinkedIn*, Case M.8124, præmis 350 og note 330.

95. Se f.eks. Walker 2015.

ninger som en konkurrenceparameter, kan forbrugerne skifte eller vælge en anden udbyder, såfremt virksomheden ikke længere tilbyder kryptering.

Der kan derfor være incitament mellem virksomhederne til at indgå en aftale om at begrænse konkurrencen på udbuddet af sikkerhedsforanstaltninger, der skal beskytte kundernes følsomme oplysninger. En sådan aftale vil formentlig være omfattet af forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrenceovens § 6, stk. 1, da der er tale om begrænsning af et konkurrenceparameter, forbrugerne lægger vægt på.

25.3.3. Aftaler om at nægte adgang til data

En anden type af aftaler, der kan begrænse konkurrencen, er aftaler om at nægte tredjeparter adgang til data, hvor de personer, dataene vedrører, har samtykket til, at tredjeparten må få adgang til dataene. Når virksomhederne, der kontrollerer dataene, på trods af samtykke til videregivelse alligevel nægter at give adgang til dataene, kan der muligvis være tale om en overtrædelse af persondataforordningens artikel 20 om retten til dataportabilitet. Når der er en aftale om at nægte at give tredjepart adgang, er der i realiteten tale om et kollektivt boykot mod tredjeparten, hvilket betragtes som en formålsovertrædelse af både konkurrenceovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, stk. 1.⁹⁶

Kommissionen har i 2017 indledt en efterforskning af en række hollandske og polske banker⁹⁷, der er under mistanke for at nægte fintechvirksomheder, f.eks. Amazon eller Facebook, adgang til kundernes data, på trods af at kunderne havde givet samtykke til at fintechvirksomhederne måtte få adgang. Derudover har de tyske nationale konkurrencemyndigheder, Bundeskartellamt, udtalt, at de dagældende tyske standardbetingelser fra Deutsche Kreditwirtschaft var ulovlige, da de forhindrede bankkunder i at bruge deres PIN (personal identifi-

96. Se f.eks. Sag C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, hvor tre banker overvågede en konkurrents aktiviteter og aftalte i fællesskab koordineret at opsigte hinandens aftaler med konkurrenten; Kommissionens beslutning i *Papiers Peints de Belgique*, sag IV/426; Konkurrencerådets afgørelse af 25. januar 2012 vedrørende Konkurrencebegrænsende samordning i ejendomsmæglerbranchen, j.nr. 4/0120-0204-0259, og Konkurrencerådets afgørelse af 26. marts 2014 vedrørende CAD opfordrer medlemsværksteder til at boycotte Autobutlers udbudsportal, j.nr. 12/06552.

97. Peyton 2017.

cation number) og TAN (transaction authentication number) i ikke-bankrelaterede betalingssystemer og dermed forhindre adgang til tredjepartssystemer.⁹⁸

25.3.4. Prisdiskriminering

En aftale om, at prisdiskriminere på basis af data indsamlet eller givet frivilligt, kan også være konkurrencebegrænsende. En online distributør kan f.eks. indgå en aftale med en producent om at sælge produkterne til variable priser afhængig af, hvor meget forbrugeren vil betale for visse produkter, baseret på data omkring forbrugernes indkøbsvaner eller lokation baseret på IP-adresse.⁹⁹ Adgangen til og evnen til at kunne analysere data er afgørende for, om en sådan aftale vil være succesfuld.

Kommissionen efterforsker i øjeblikket, hvorvidt fire europæiske tur-operatører og en hotelkæde har indgået en aftale om at prisdiskriminere kunder ud fra deres nationalitet eller bopæl, hvilket kan resultere i, at kunderne derfor ikke er i stand til at opnå den bedst mulige pris, og at det indre marked opdeles.¹⁰⁰

25.3.5. Algoritmedrevet prisfastsættelse

Prisdiskriminering kan også ske ved, at virksomhederne individuelt og uden kontakt med hinanden anvender data omkring forbrugernes indkøbsvaner til at fastsætte salgsprisen til, hvad forbrugeren er villig til at betale. En virksomheds individuelle prisfastsættelse er ikke et konkurrenceretligt problem, så længe virksomheden ikke er dominerende.¹⁰¹ Hvis to eller flere virksomheder anvender algoritmedrevet prisfastsættelse, kan algoritmerne af sig selv beslutte, at den bedste måde at maksimere profitten på er at samordne de to virksomheders prisfastsættelse.

98. Bundeskartellamt 2016.

99. Prisfastsættelse baseret på lokation/IP-adresse er desuden i strid med forbuddet mod geoblokering, jf. forordning 2018/302, artikel 3 og 4 (inden for forordningens anvendelsesområde).

100. Europa Kommissionens afgørelse af 2. februar 2017 i sagen *Holiday Pricing*, sag nr. 40308.

101. Se afsnit 25.4 herom.

I den situation er der reelt en konkurrencebegrænsende aftale om fastsættelse af pris, men der er ingen menneskelig interaktion.

En variant af dette problem er, når to ikke-konkurrerende virksomheder indgår en aftale om, at den ene virksomhed skal hjælpe den anden virksomhed med at prissætte mest profitabelt, og upstream-virksomheden har lignende aftaler med konkurrenter til downstream-virksomheden. I det tilfælde kan upstream-virksomheden opnå markedsmagt på downstream markedet, da upstream-virksomheden reelt kan prissætte på downstream markedet. De enkelte aftaler mellem downstream- og upstream-virksomheden indebærer ikke nogen særlig risiko for konkurrencen, men kumulationen af aftalerne medfører en risiko for konkurrencebegrænsning. De enkelte aftaler kan dermed blive ugyldige og ulovlige som følge af øvrige aftaler på markedet, selvom den enkelte downstream-virksomhed ikke har kendskab til de øvrige aftaler.

I *United States v. David Topkins*¹⁰² tilstod en virksomhed, der sælger plakater på Amazons markedsplads, at have indgået en konkurrencebegrænsende aftale, da virksomheden havde indgået aftale med dens konkurrenter om at anvende bestemte prisalgoritmer ved salget af plakater på Amazon.

25.4. Persondata og misbrug af dominerende stilling

Som beskrevet i afsnit 25.1.2.2 er det ulovligt at misbruge en dominerende stilling, og der kræves en signifikant markedsmagt for at være dominerende. I afsnit 25.2 er det beskrevet, hvordan markedet afgrænses, og hvornår en virksomhed anses for at have markedsmagt samt særligt, hvordan persondata kan påvirke vurderingen af, om en virksomhed har markedsmagt eller ej.

I dette afsnit beskrives datarelateret adfærd, der kan karakteriseres som misbrug, herunder (i) nægtelse af at give licens til datasæt, (ii) eksklusivaftaler, (iii) diskriminerende adgang til data, (iv) koblingssalg og (v) prisdiskrimination og (vi) manglende overholdelse af persondata-reglerne.

102. US District Court af 30. April 2015 i sagen *United States v. David Topkins*.

25.4.1. Licensnægtelse/nægtelse af adgang til data

Dominerende virksomheder kan under særlige omstændigheder misbruge deres dominerende stilling ved at nægte tredjeparter adgang til et datasæt.

Det altoverskyggende udgangspunkt er, at når en virksomhed ejer en rettighed, uanset om det er fysiske varer eller immaterielle rettigheder, er virksomheden frit stillet med hensyn til, hvem virksomheden vil handle med, og på hvilke vilkår virksomheden vil handle.¹⁰³ Som beskrevet i afsnit 25.1.2.2 er dominerende virksomheder imidlertid underlagt et særligt ansvar for at sikre, at konkurrencen på markedet ikke begrænses yderligere. Det kan indebære, at adfærd, der normalt ikke ville være ulovlig, kan blive det, hvis adfærden udøves af en dominerende virksomhed. Der kan derfor være exceptionelle situationer, hvor en dominerende virksomhed kan blive tvunget til at sælge varer eller meddele licens til immaterielle rettigheder – og dermed også blive tvunget til at give tredjemand adgang til et datasæt.

Der er dog en række kriterier, der skal være opfyldt, før der er tale om en sådan exceptionel situation.¹⁰⁴ Særligt i situationen med adgang til data ser testen således ud: (i) nægtelsen skal være relateret til et datasæt, der er nødvendig for udførelsen af en bestemt aktivitet på et nabo-marked, (ii) Nægtelsen skal være i stand til at ekskludere/eliminere enhver effektiv konkurrence på nabo-markedet og (iii) Nægtelsen skal forhindre tilkomsten af et nyt produkt, der er efterspørgsel efter.

“Nødvendig” betyder, at der ikke er nogen aktuelle eller potentielle alternative datasæt, som licenssøgeren kan bruge til at imødegå negative effekter ved licensnægtelsen, ligesom der kræves to separate markeder; dog må nabomarkedet gerne være hypotetisk eller potentielt. Hvis dataene er ikke-rivaliserende,¹⁰⁵ er tilgængelig for en lige så effektiv konkurrent, eller hvis en lige så effektiv konkurrent er i stand til på lige fod med den dominerende virksomhed at indsamle dataene,

103. Levinsen 2018, s. 696.

104. Sag 238/87, *Volvo mod Veng*, sagerne C-241 og 242/91P, *Magill*, sag C-418/01, *IMS Health*, og sag T-418/01, *Microsoft*. Se desuden Europa Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 vedrørende Thomson Reuters Corporation, sag COMP/D2/39.654.

105. Se afsnit 25.2.1. og 25.2.2.4.

er der ikke tale om, at adgangen til dataene hos den dominerende virksomhed er "nødvendig".

"Elimination" betyder ikke, at der skal være en umiddelbar eller aktuel elimination eller eksklusion af konkurrencen på nabomarkedet. Det er tilstrækkeligt, at licensnægtelsen er egnet til at medføre elimination eller eksklusion.

"Nyt produkt" betyder enten et egentligt nyt produkt eller en ny teknisk udvikling. Det er tilstrækkeligt, hvis licensnægtelsen forhindrer eller begrænser produktion, markeder eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne. Hvis nægtelsen afskrækker aktører på nabomarkeder fra at producere varer eller tjenesteydelser adskilt af innovative egen-skaber, som forbrugerne mener er vigtige, er kriteriet opfyldt.

Såfremt den dominerende virksomhed har en objektiv begrundelse for licensnægtelsen, vil nægtelsen, på trods af at de ovenstående tre betingelser er opfyldt, ikke udgøre misbrug.¹⁰⁶ Der kan således blive tale om misbrug, hvis en dominerende virksomhed nægter at give adgang til sit datasæt, hvis nægtelsen betyder, at konkurrencen på et nabomarked elimineres.

Som nævnt i afsnit 25.3.3 har Kommissionen indledt en efterforskning af en række hollandske og polske banker, der er under mistanke for at nægte fintechvirksomheder, f.eks. Amazon eller Facebook, adgang til kundernes data, på trods af at kunderne har givet samtykke til, at fintechvirksomhederne må få adgang. Hvis en sådan handling var udført af en dominerende virksomhed, eller hvis bankerne vurderes til at have kollektiv dominans,¹⁰⁷ kan der være tale om misbrug.

I *GDF Suez*¹⁰⁸ pålagde de franske konkurrencemyndigheder en gasleverandør at give konkurrenter adgang til kundedata og kundernes forbrug, som gasleverandøren indsamlede som led i sit virke som udbyder af regulerede tjenester, med henblik på at konkurrenterne skulle kunne tilbyde kunderne et alternativ til gasleverandøren. Da dataene var persondata, blev gasleverandøren pålagt at indhente samtykke til

106. Levinsen 2018, s. 619 ff.

107. Generelt om kollektiv dominans, se *ibid.*, s. 766 ff.

108. Autorité de la concurrence afgørelse af 9. september 2014 vedrørende GDF Suez, sag 14-MC-02.

videregivelse fra alle kunderne.¹⁰⁹ Interessant nok afviste en stor mængde kunder, at konkurrenterne skulle have adgang til dataene.¹¹⁰

25.4.2. Eksklusivaftaler

Konkurrencen kan også begrænses gennem eksklusivaftaler mellem en dominerende virksomhed og tredjepart. I afsnit 25.3.1 er beskrevet, hvordan aftaler om eksklusivitet på adgang til data behandles.

Dominerende virksomheders anvendelse af eksklusivaftaler sker ofte som led i en ekskluderende strategi og kan forhindre konkurrenter til den dominerende virksomhed i at få adgang til dataene samt ekskludere konkurrenters muligheder for at få fat i lignende data ved at gøre det sværere for forbrugere at anvende konkurrenternes teknologier eller platforme.¹¹¹ Jo flere eksklusivaftaler en virksomhed bruger, jo større er den konkurrenceretlige risiko, ikke bare for at der er tale om misbrug, men også for, at eksklusivaftalerne er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.¹¹²

I *Google Search (Shopping)*¹¹³ fastslog Kommissionen, at Google havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for søgemaskiner ved at have givet sin egen (vertikalt integrerede) prissammenligningstjeneste forrang for konkurrerende prissammenligningstjenester, med den konsekvens, at konkurrenternes prissammenligningstjenester oplevede en nedgang i trafikken og Googles egen prissammenligningstjeneste oplevede en tilgang, og Googles adfærd var således egnet til at ekskludere konkurrenterne og besværliggøre deres mulighed for at konkurrere med Google på markedet for prissammenligningstjenester.

Også i *Google AdSense*¹¹⁴ fastslog Kommissionen, at Google havde misbrugt sin dominerende stilling. I sagen havde Google først krævet af websider, der anvendte Googles søgefunktion på websiden selv, at

109. Ibid., beslutningens artikel 6.

110. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 20, n. 44.

111. Grunes & Stucke 2015, s. 3, og Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 19.

112. Sag C-234/89, *Delimitis*.

113. Europa Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sagen *Google Search (Shopping)*, sag AT.39740.

114. Europa Kommissionens afgørelse af 14. juli 2016 i sagen *Google AdSense*, sag AT.40411.

websiderne ikke måtte placere reklamer fra Google AdSense's konkurrenter ved siden af søgeresultater opnået ved hjælp af Googles søgemaskine, og senere at Google krævede, at egne reklamer blev placeret på de mest synlige steder på websiderne, samt at Google kunne bestemme, hvor konkurrenters reklamer skulle være på websiden. Kommissionen fandt, at Google havde misbrugt sin dominerende stilling ved at favorisere egne produkter, ved at ejerne af websiderne kun havde begrænset adgang til at profitere på den synlige plads på websiderne, og at Google dermed ekskluderede sine konkurrenter.

25.4.3. Diskriminerende adgang til data

Selvom det i afsnit 25.4.1 er nævnt, at virksomheder selv bestemmer, hvem de give adgang til dataet, medmindre der er tale om ekstraordinære omstændigheder som nævnt i afsnit 25.4.1, har de franske nationale konkurrencemyndigheder i *Cegedim*¹¹⁵ afgjort, at Cegedim havde misbrugt sin dominerende stilling på det franske marked for databaser med medicinsk information ved at have nægtet at sælge adgang til sin database OneKey til kunder, der anvendte software fra Cegedims konkurrent på et tilstødende marked, markedet for CRM software til sundhedsindustrien, Euris, men dog solgte adgang til kunder, der ikke anvendte Euris' CRM software.¹¹⁶

I sagen foretrak Cegedim – som Google i *Google Search (Shopping)* – sin egen vertikalt integrerede virksomhed på et nabomarked over en konkurrent til sin vertikalt integrerede virksomhed. Vertikal integration kan generelt lede til diskriminerende adgang til strategisk information, der igen kan lede til en konkurrencebegrænsende effekt – f.eks. er Amazon under efterforskning af bl.a. EU, Tyskland og Østrig for at favorisere salg af egne produkter på markedspladsen over produkter fra tredjeparter.

25.4.4. Koblingssalg

Misbrug af dominerende stilling kan også ske ved koblingssalg, hvor den dominerende virksomhed anvender sin dominerende stilling på ét marked til at opnå en konkurrencemæssig fordel, man ikke ville have

115. Autorité de la concurrence afgørelse af 8. juli 2014 i sagen *Cegedim*, sag n° 14-D-06.

116. Ibid. og Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 19.

opnået ved normale midler, på et andet marked. Data, der er indsamlet på ét marked, kan bruges af den dominerende virksomhed til at opnå en fordel på et andet marked, f.eks. ved at betinge adgangen til indsamlet data af brugen af virksomhedens tjenesteydelse for analyse af dataene.¹¹⁷

Sådant koblingssalg kan medføre effektivitetsgevinster (og dermed mulighed for, at der slet ikke er nogen nettokonkurrencebegrænsning), men kan også reducere konkurrencen på f.eks. markedet for dataanalyse ved, at den dominerende virksomhed får en stærkere position på markedet for dataanalyse, som den ikke ville have fået under normal konkurrence.

Hvis data, der er indsamlet på ét marked, anvendes på et andet marked, er der et stort potentiale for eksklusion af konkurrenter på det andet marked, hvis virksomheden er dominerende på det første marked.¹¹⁸

Et eksempel på koblingssalg er *Google Android*,¹¹⁹ hvor Kommissionen fandt, at Google havde misbrugt sin dominerende position ved blandt andet¹²⁰ at have krævet som betingelse for licensering af Googles app-butik (Play Store), at producenter skulle forudinstallere Google Search og Googles browser-app (Chrome).

25.4.5. Prisdiskrimination

Som beskrevet i afsnit 25.3.4 og 25.3.5 kan data facilitere prisdiskrimination.¹²¹ Ved at indsamle data fra virksomhedens kunder om kundernes indkøbsvaner kan virksomhederne – hvis de er dominerende (og

117. Competition and Markets Authority 2015, s. 90.

118. Autorité de la concurrence afgørelse af 14. juni 2010 vedrørende Krydsanvendelse af forbrugerdatabaser, sag 10-A-13.

119. Kommissionens afgørelse i sag AT.40099, *Google Android*, af 18. juli 2018 – pr. 28. marts 2018 er Kommissionens afgørelse ikke offentliggjort, da parterne til beslutningen er i færd med at identificere, hvilke dele af beslutningen der skal holdes fortrolige. Se Europa Kommissionen 2018 for Kommissionens pressemeddelelse om beslutningen.

120. Kommissionen fandt desuden, at Google havde betalt visse store producenter og mobilnetoperatører for, at de udelukkende forudinstallerer Google Search-appen på deres enheder, og forhindret producenter, der ønsker at forudinstallere Google-apps, i at sælge så mobile enheder med alternative versioner af Android, der ikke er godkendt af Google.

dermed har signifikant markedsmagt)¹²² – fastsætte salgsprisen til, hvad kunden er villig til at betale.

Prisdiskrimination kan medføre både positive og negative effekter for konkurrencen og har et stort potentiale for både konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende effekter.

Prisdiskrimination kan anskues som et brud på lighed mellem forbrugere, og selvom forbrugere blot kan vælge at købe et konkurrerende produkt et andet sted, kan prisdiskrimination forøge forbrugernes søgeomkostninger, og dermed forværre substitutionen mellem produkterne – og dermed indsnævre markedet¹²³ og blot forstærke den dominerende virksomheds markedsmagt. Derudover vil visse forbrugere også ende med at betale mere for produktet end før prisdiskriminationen blev implementeret. Prisdiskrimination har dog også positive effekter: datadrevet prisdiskrimination kan medføre, at nogle forbrugere ender med at betale mere, men andre forbrugere ender med at betale mindre for produktet end uden prisdiskrimination. Nogle af de forbrugere, der ender med at betale mindre, kan være forbrugere, der i mangel af prisdiskriminationen ikke ville have råd til at købe produktet til en fælles, højere pris.¹²⁴ Dermed øges det samlede udbud af produktet og totalvelfærd kan forøges,¹²⁵ hvilket dog ikke nødvendigvis betyder, at forbrugervelfærden samlet er forøget. Prisdiskrimination kan desuden øge konkurrencen, særligt i forhold til kunder, der let foretrækker et konkurrerende produkt. Disse kunder har en lav villighed til at betale, og kan, ved hjælp af prisdiskrimination, opnå en billigere pris.

En vurdering af, om en dominerende virksomhed misbruger sin dominerende stilling, kræver derfor, at det kan konstateres, at prisdiskriminationen har en konkret eller sandsynlig effekt på konkurren-

121. Se desuden Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 21, og Newman 2014, s. 850 (865-873).

122. Se afsnit 25.2.2.

123. Se afsnit 25.2.1.

124. Executive Office of The President of The United States 2015, s. 15.

125. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016, s. 21.

cen og på forbrugervelfærden, ligesom det skal kunne konstateres, at der ikke er en objektiv begrundelse for prisdiskriminationen.¹²⁶

25.4.6. Misbrug gennem manglende overholdelse af persondatareglerne

Som beskrevet i afsnit 25.1.3 er det generelle udgangspunkt for krydsfeltet mellem konkurrenceret og persondataret det, at der er tale om to separate og adskilte retsområder, der som sådan ikke har noget med hinanden at gøre og varetager forskellige hensyn, og at konkurrenceretten ikke skal gribe ind, når persondatareglerne er tilstrækkelige.¹²⁷

Dog har de franske og tyske konkurrencemyndigheder¹²⁸ plæderet for, at der kan være et videre rum for vurdering af følsomme personoplysninger i et konkurrenceretligt lys. Senest har de tyske konkurrencemyndigheder, Bundeskartellamt, konstateret, at Facebook har misbrugt sin dominerende stilling på det tyske marked for sociale netværk ved at indsamle, sammenligne og håndtere brugerdata.¹²⁹

Bundeskartellamt forbød Facebook at sammenligne og kombinere egne brugerdata med data indhentet fra andre internetsider, herunder også data fra Instagram, der er en integreret del af Facebook-koncernen. I medfør af Facebooks brugerbetingelser kan brugerne kun benytte Facebook på betingelse af, at Facebook må indsamle data om brugeren uden for Facebook, hvorfor Facebook kan kombinere oplysninger indsamlet fra Facebook, WhatsApp, Instagram og det øvrige internet og kombinere dataene og tildele dataene den enkelte brugers Facebook-konto. Bundeskartellamt fastslog, at Facebook havde udnyttet, at Facebook-brugere praktisk talt ikke kan skifte til andre sociale netværk, og at et obligatorisk samtykke til Facebooks brugerbetingelser ikke var et tilstrækkeligt grundlag for en så intensiv databehandling, da det eneste valg, brugeren har, er enten at acceptere den

126. Situationen kan være anderledes efter national ret: f.eks. har Tysklands Højesteret udtalt, at misbrug af dominerende stilling kan indebære en overtrædelse af forbrugerbeskyttelsesregler, f.eks. vedrørende prisdiskrimination. Se Bundesgerichtshofs dom af 7. december 2010 i sagen *Entega II*, KZR 5/10.

127. Sag C-238/05 *Asnef Equifax*, præmis 63, og *Facebook/WhatsApp*, COMP/M.7217, præmis 164.

128. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016.

129. Bundeskartellamt 2019.

omfattende indsamling, sammenligning og håndtering af data eller at afstå fra at bruge det sociale netværk. I en sådan situation kan brugers valg ikke betegnes som frivilligt samtykke. Bundeskartellamt har under efterforskningen samarbejdet med de tyske databeskyttelsesmyndigheder og fundet, at Facebooks brugerbetingelser og den måde og det omfang, som Facebook indsamler og bruger data på, er i strid med persondataforordningen. Da Facebooks ageren er i strid med persondataforordningen, og da persondataforordningen kan håndhæves effektivt, kunne databeskyttelsesreglerne have adresseret situationen tilstrækkeligt. Bundeskartellamt's beslutning om at meddele Facebook et forbud hjemlet i forbuddet mod misbrug af dominerende stilling er derfor et sidespring fra praksis etableret ved *Asnef Equifax*¹³⁰ og *Facebook/WhatsApp*.¹³¹ Det kan derfor ikke udelukkes, at overtrædelser af persondatareglerne i fremtiden kan anskues som konkurrenceretlige overtrædelser også.

25.5. Persondata og fusionskontrol

Kommissionen har i flere sager analyseret, hvordan konkurrencen kan begrænses ved en fusion mellem to virksomheders datasæt, og om en sådan fusion kan lede til en begrænsning af konkurrencen. De primære sager herom er *Google/DoubleClick*,¹³² *Facebook/WhatsApp*¹³³ og *Microsoft/LinkedIn*.¹³⁴

I *Google/DoubleClick*,¹³⁵ var der tale om en fusion, der integrerede Googles onlineannonceringsværktøjer, onlineannonceringsformidlingsværktøjer og annoncevisningsværktøjer med DoubleClicks annoncevisningsværktøjer, der fungerede med tredjeparters onlineannonceringsformidlingsværktøjer. Google kunne dermed, med fusionen, kontrollere en ledende leverandør af input, der konkurrerede med Googles

130. Sag C-238/05, *Asnef Equifax*, præmis 63.

131. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217, præmis 164.

132. Europa Kommissionens afgørelse af 11. marts 2008 vedrørende *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731.

133. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217.

134. Europa Kommissionens afgørelse af 6. december 2016 i sagen *Microsoft/LinkedIn*, M.8124.

135. *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731.

egen service (AdSense). Kommissionen fokuserede blandt andet på vertikale effekter, primært risikoen for eksklusion af konkurrenter baseret på kombinationen af datasæt fra Google og DoubleClick's kunders onlineadfærd. Kommissionen fandt, at der, på trods af, at den fusionerede enhed kunne kombinere datasættene og dermed give den fusionerede enhed en bedre konkurrencemæssig position,¹³⁶ ikke var tale om, at den fusionerede enhed ville få en forbedret konkurrencemæssig position som følge af fusionen,¹³⁷ og at fusionen ikke ville bringe mere trafik til Google AdSense.¹³⁸ Kommissionen afgjorde desuden, at beslutningen udelukkende vedrørte konkurrenceretlige aspekter, herunder at fusionen ikke ville kunne påvirke den effektive konkurrence, og at beslutningen ikke præjudicerer Googles eller DoubleClicks forpligtelser i medfør af bl.a. persondatareglerne, og at den fusionerede enhed til enhver tid skal respektere persondatareglerne.¹³⁹ Kommissionen afgjorde således, at overholdelse af persondatareglerne ikke er et konkurrenceretligt problem, og at eventuel markedsmagt, der måtte opstå som følge heraf, ikke er et problem for konkurrenceretten.¹⁴⁰

Kommissionen tog samme tilgang i *Facebook/WhatsApp*¹⁴¹ og *Microsoft/LinkedIn*,¹⁴² hvor Kommissionen fandt, at der ikke var nogen mulig ekskluderende effekt af fusionen, da den data, der var tilgængelig for de fusionerende parter, også var tilgængelig for konkurrenter – dataene var dermed ikke-rivaliserende og kunne indsamles til lave omkostninger. Kommissionen inddrog ikke betragtninger om datasikkerhed eller sikring af følsomme oplysninger.¹⁴³ Kommissionen accepterede dog, at forbrugere kunne anskue behandlingen af følsomme

136. Ibid., præmis 360.

137. Ibid., præmis 364.

138. Ibid., præmis 366.

139. Ibid., præmis 368.

140. De amerikanske konkurrencemyndigheder, Federal Trade Commission valgte samme tilgang i sagen, jf. Trade Commission af 20. December 2007 i sagen *Google/DoubleClick*, File No. 071-0170.

141. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217.

142. Europa Kommissionens afgørelse af 6. december 2016 i sagen *Microsoft/LinkedIn*, M.8124.

143. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217, præmis 188-189, og *Microsoft/LinkedIn*, Case M.8124, præmis 179-180.

oplysninger som et konkurrenceparameter, der kunne påvirke kvaliteten af de udbudte tjenesteydelser; jo bedre persondatabeskyttelse, jo bedre produkt,¹⁴⁴ uden at uddybe forholdet.

Inden for fusionskontrol er situationen således fortsat som fastslået i *Asnef-Equifax*, men Kommissionens holdning kan være ved at skifte, bl.a. illustreret ved Kommissionens accept af, at behandlingen af følsomme oplysninger kan være en væsentlig konkurrenceparameter. Derudover kan det ikke udelukkes, at Kommissionen oplever et vist politisk pres via de tyske og franske konkurrencemyndigheders fælles studie¹⁴⁵ og fra de tyske konkurrencemyndigheders afgørelse i *Facebook*.¹⁴⁶

25.6. Konkurrencemyndighedernes behandling og overførsel af persondata

25.6.1. Konkurrencemyndighedernes indhentning, registrering og opbevaring af personoplysninger

Ifølge konkurrencelovens § 17 kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) kræve alle oplysninger, herunder regnskaber, regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som skønnes nødvendige for udførelsen af de opgaver, som KFST er tillagt efter denne lov, eller til afgørelse af, om et forhold er omfattet af lovens bestemmelser. Ifølge konkurrencelovens § 18, stk. 1, kan KFST til brug for sin virksomhed foretage kontrolundersøgelser, der indebærer, at styrelsen får adgang til en virksomheds eller sammenslutnings lokaler og transportmidler med henblik på dér at gøre sig bekendt med og tage kopi af enhver oplysning, herunder regnskaber, regnskabsmaterialer, bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium.¹⁴⁷

144. *Facebook/Whatsapp*, COMP/M.7217, præmis 87, 102 og note 79, og *Microsoft/LinkedIn*, Case M.8124, præmis 350 og note 330.

145. Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt 2016.

146. Se fodnote 124.

147. Der behandles også personoplysninger i samarbejde med Kommissionen, hvilket sker med hjemmel i forordning 1/2003 og fusionskontrolforordningen. Se nærmere herom Mortensen & Steinicke 2017, s. 198.

Hjemmel til behandling af de oplysninger, der tilvejebringes efter konkurrencelovens §§ 17 og 18, findes i GDPR artikel 6, stk. 1, litra c (behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige), og litra e (behandling er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse, eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt).

Hvis det kommer på tale at behandle de særlige kategorier af personoplysninger, der er nævnt i GDPR artikel 9, er der behandlingshjemmel i artikel 9, stk. 2, litra g (behandling er nødvendig af hensyn til væsentlige samfundsinteresser på grundlag af EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret og står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, respekterer det væsentligste indhold af retten til databeskyttelse og sikrer passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes grundlæggende rettigheder og interesser).

25.6.2. Konkurrencemyndighedernes offentliggørelse af oplysninger

25.6.2.1. Offentlighed vs. fortrolighed inden for konkurrencereguleringen

Offentlighedsloven har ifølge § 1 til formål at sikre åbenhed hos myndigheder m.v. med henblik på bl.a. at understøtte offentlighedens kontrol med den offentlige forvaltning og tilliden til den offentlige forvaltning. Loven finder ifølge § 2 anvendelse på al virksomhed, der udøves af myndigheder inden for den offentlige forvaltning. Herunder hører konkurrencemyndighedernes afgørelser i henhold til konkurrenceloven.

Selvom offentlighedsprincippet har stået centralt inden for konkurrencereguleringen helt tilbage fra prisaf taleloven fra 1937,¹⁴⁸ modificeres dette princip i vid udstrækning i praksis. Som det vil være fremgået af de foregående afsnit, bygger anvendelsen af konkurrencereglerne ofte på en dybdegående analyse af forhold, der er af central betydning for de involverede virksomheder. Hvis sådanne oplysninger

148. Mortensen & Steinicke 2017, s. 190.

uden videre bliver offentliggjort, kan det resultere i væsentlig økonomisk skade for de pågældende virksomheder og personer.

Som det vil fremgå af det følgende, gøres der i vid udstrækning undtagelse fra offentlighedsprincippet, idet det søges sikret, at der ikke er en generel offentlig adgang til oplysninger, som det kan være afgørende for virksomhederne at hemmeligholde. Hjemmel til offentliggørelse af oplysninger findes bl.a. i GDPR artikel 6, stk. 1, litra c (behandling er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som påhviler den dataansvarlige), og litra e (behandling er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse, eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt).

25.6.2.2. Ej ret til almindelig aktindsigt (ikke-parters indsigt i sager)

For at sikre mod væsentlig økonomisk skade for de involverede virksomheder bestemmer konkurrencelovens § 13, stk. 1, 1. pkt., at offentlighedsloven ikke gælder for sager og undersøgelser efter konkurrenceloven. Dermed gælder den almindelige hovedregel om retten til aktindsigt for den almindelige offentlighed efter offentlighedsloven § 7, der anvender udtrykket "enhver", ikke i konkurrencesager.¹⁴⁹

25.6.2.3. Dog har virksomheder ret til "egenaces" ("oplysninger om én selv") med indbyggede sikkerhedsventiler

Ifølge konkurrencelovens § 13, stk. 1, 2. pkt., har *virksomheder* (men ikke fysiske personer) dog i det mindste ret til "egenaces" i sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse efter denne lov. Bestemmelsen henviser til offentlighedslovens § 8 (om egenaces), hvorefter den, hvis personlige forhold er omtalt i et dokument, kan forlange at blive gjort bekendt med oplysningerne herom. Denne bestemmelse har til formål at sikre, at en person kan få indsigt i oplysninger vedrørende den pågældende selv i lige så vidt omfang som efter forvaltningslovens regler om aktindsigt.

Da reglerne om partsaktindsigt i forvaltningsloven alene gælder for den, som er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet en afgø-

149. KFST har i publikationen Velfungerende Markeder, nr. 29, Aktindsigt i konkurrencesager – kendelser 2018, offentliggjort 28. juni 2019, redegjort for KFST's egen praksis for, hvornår KFST meddeler aktindsigt efter de forskellige regler.

relse, medfører retten til egenaces, at virksomheder, som ikke selv er parter i sagen, men som er berørt af andre virksomhedernes retsstridige adfærd på markedet, får adgang til relevante oplysninger. F.eks. om der er grundlag for at anlægge sag om erstatning.

Af retssikkerhedsmæssige og praktiske årsager gælder retten til egenaces kun i afgørelsessager, hvorimod der ikke er adgang til egenaces, når der blot er indledt en undersøgelse. Således peges der i forarbejderne til konkurrencelovens § 13 a på, at adgang til egenaces i undersøgelsessager ville kunne give virksomhederne mulighed for: (1) at få indblik i, hvilke andre virksomheder der har været genstand for en kontrolundersøgelse, hvilket kan være til skade for den videre efterforskning, (2) at få indsigt i oplysninger om hinanden, hvilket kan være til skade for håndhævelsen af loven og for de undersøgte virksomheder, og (3) ville indebære et uforholdsmæssigt stort træk på KFST's ressourcer, idet styrelsen ville skulle afsætte et stort antal ressourcer til gennemgang af det særdeles omfangsrige materiale, som styrelsen medtager fra en kontrolundersøgelse i en virksomhed, med henblik på dels identificere oplysninger om den virksomhed, som anmoder om aktindsigt, hvortil kommer, at det må undersøges, om der i disse oplysninger indgår fortrolige oplysninger om andre virksomheder, der i givet fald har ret til at blive hørt, om de anser de pågældende oplysninger for fortrolige og i så fald træffe afgørelse herom.¹⁵⁰

Hvis virksomheder uden videre havde ret til aktindsigt i afgørelsessager efter reglerne om egenaces i offentlighedslovens § 8, kunne det resultere i væsentlig økonomisk skade for de pågældende virksomheder og personer. Derfor nævner konkurrencelovens 13, stk. 1, 2. pkt., at virksomheders ret til egenaces gælder med undtagelse af oplysninger om en anden virksomheds tekniske indretninger, tekniske fremgangsmåder og drifts- og forretningsforhold eller andre fortrolige oplysninger.

25.6.2.4. Partsoffentlighed og evt. meroffentlighed efter forvaltningsloven
Parterne i en sag eller undersøgelse efter konkurrenceloven har ret til partsaktindsigt efter forvaltningsloven.¹⁵¹ Denne ret berøres ikke af undtagelsesreglen i konkurrencelovens § 13, stk. 1.

150. L 6/2017, alm. bemærkninger, pkt. 2.4.2.

Ifølge forvaltningsloven § 10, stk. 1, 1. pkt., skal det i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af undtagelsesbestemmelserne i §§ 12-15 b. Såkaldt “meroffentlighed”, hvis praktiske betydning relaterer sig til dokumenter, der kan undtages fra aktindsigt. Undtagelserne drejer sig bl.a. om en myndigheds interne arbejdsdokumenter; statsrådsprotokoller, referater af møder mellem ministre og dokumenter, der udarbejdes af en myndighed til brug for sådanne møder, samt til begrænsning af oplysninger, som kan kompromittere statens sikkerhed eller rigets forsvar, rigets udenrigspolitiske interesser m.v., eller tilgodeser strafferetlige, reguleringsmæssige, statsfinansielle, forskningsmæssige eller andre private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

Ifølge forvaltningslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., kan der gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i persondataforordningen, databeskyttelsesloven og lov om retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger.

25.6.2.5. Almen offentlighed (offentliggørelse)

Ifølge konkurrencelovens § 13, stk. 2, offentliggør KFST bl.a. Konkurrencerådets afgørelser truffet i medfør af loven, Konkurrenceankenævnets kendelser samt domme i retssager, hvor KFST, Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet er part.

Ifølge konkurrencelovens § 15 e, 1. pkt., kan KFST offentliggøre dokumenter, der indgår i sagsbehandlingen, og hvortil der er behov for tredjemands bemærkninger. Bestemmelsen tager sigte på at lovfæste en hidtidig praksis, hvorefter KRST i forbindelse med sagsoplysningen ofte indhenter oplysninger fra tredjemand, hvilket typisk søges iværksat ved at tilsende tredjemand en ikke-fortrolig udgave af et dokument, der indgår i sagsbehandlingen.¹⁵² Offentliggørelsen vil normalt ske ved

151. I praksis tillægger konkurrencemyndighederne kun helt undtagelsesvist partsstatus til andre virksomheder end den umiddelbare adressat, jf. Velfungerende Markeder, nr. 29, Aktindsigt i konkurrencesager – kendelser 2018, offentliggjort 28. juni 2019

152. L 41/2012, alm. bemærkninger, pkt. 2.5.

en sådan målrettet henvendelse, men kan også ske ved en offentliggørelse på styrelsens hjemmeside.¹⁵³

Ved offentliggørelse efter såvel konkurrencelovens § 13, stk. 2, som efter § 15 e, forsøges fornøden fortrolighed bl.a. sikret ved, at oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår, jf. § 13, stk. 4, jf. § 15 e, 2. pkt.¹⁵⁴

25.6.2.6. Særligt om offentliggørelse af straffesager

Ifølge konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 4, offentliggør KFST domme, bødevedtagelser eller et resumé heraf, hvor der med henvisning til § 23 idømmes fængsels- eller bødestraf eller vedtages en bøde. Offentliggørelse sker på styrelsens hjemmeside: <kfst.dk>.

Formålet med at offentliggøre bødestrafte, herunder bødevedtagelser, er at udbrede kendskabet til praksis efter loven og at give virksomheder og forbrugere adgang til oplysninger, der kan foranledige, at de rejser et erstatningskrav over for skadevoldere. Endvidere kan offentliggørelse af domme, hvor der idømmes fængselsstraf for deltagelse i kartelvirksomhed, have en præventiv virkning og kan samtidig danne grundlag for, at skadelidte kan rejse krav om erstatning for det tab, den pågældende er blevet påført af kartelaftalen.¹⁵⁵

Ved offentliggørelsen af en fængselsdom vil der bl.a. foretages anonymisering i overensstemmelse med Datatilsynets standardvilkår for retsinformationssystemer. For så vidt angår offentliggørelse af domme, der vedrører enkeltmandsvirksomheder, sker offentliggørelse af navnet på den pågældende enkeltmandsvirksomhed. Der vil som udgangspunkt ske offentliggørelse af det navn, hvorunder virksomheden er drevet – og således er kendt i offentligheden – og ikke nødven-

153. Ibid.

154. Ifølge konkurrencelovens § 13, stk. 5, kan den, som skal afgive oplysninger til Konkurrencerådet, over for rådets formand begære, at oplysninger, som i medfør af stk. 4 ikke må udleveres eller gøres offentligt tilgængelige, heller ikke må afgives over for rådets medlemmer. Formanden afgør endeligt, i hvilket omfang og i hvilken form oplysningerne bør afgives, jf. stk. 5, 2. pkt.

155. L 18/2014, almindelige bemærkninger, pkt. 2.2.

digvis navnet på ejeren, der formelt set er den, der idømmes en bøde eller fængsel. I sådanne tilfælde vil det ikke være muligt at foretage en anonymisering, der lever op til Datatilsynets standardvilkår, men denne fravigelse skyldes, at formålet med offentliggørelsen ellers ville blive forspildt.¹⁵⁶

Der er bl.a. hjemmel til offentliggørelse i GDPR artikel 6, stk. 1, litra e, hvorefter der lovligt kan behandles, når det er nødvendigt af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse, eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, som den dataansvarlige har fået pålagt. Offentliggørelsen følger det legitime formål at sætte andre virksomheder og forbrugere i stand til at træffe et valg om, hvorvidt fremtidig handel med virksomheden skal undlades, og om der skal rejses et eventuelt erstatningskrav for den skade, som måtte være lidt som følge af virksomhedens overtrædelse af loven.¹⁵⁷ Nævnes kan også forordningens artikel 10, hvorefter behandling af personoplysninger vedrørende straffedomme og lovovertrædelser eller tilknyttede sikkerhedsforanstaltninger på grundlag af artikel 6, stk. 1, kun må foretages under kontrol af en offentlig myndighed, hvilket er en betingelse, styrelsen opfylder.

25.6.2.7. Undtagelse vedrørende GDPRs regler om oplysningspligt og indsigtret (konkurrencelovens § 13 a)

Ifølge konkurrencelovens § 13 a finder reglerne om oplysningspligt og indsigtret i artikel 13-15 i databeskyttelsesforordningen ikke anvendelse i sager og undersøgelser efter konkurrenceloven.¹⁵⁸ Konkurrencelovens § 13 a indebærer, at registrerede fysiske personer ikke skal have tilsendt en underretning i medfør af forordningens artikel 13 og 14 og heller ikke har indsigtret i medfør af artikel 15 i forordningen, hvis der måtte blive registreret personoplysninger om dem i en sag eller undersøgelse efter konkurrenceloven.

Baggrunden er, at KFST ved administrationen af konkurrenceloven i vidt omfang kommer i besiddelse af en lang række oplysninger,

156. Ibid.

157. Ibid.

158. Bestemmelsen i § 13 a blev indsat i konkurrenceloven ved lov nr. 1545/2017 og kodificerede blot den gældende retstilstand, hvorefter offentlighedsloven ikke finder anvendelse på sager og undersøgelser efter konkurrenceloven.

herunder fortrolige oplysninger, om virksomheder og personer, og at det som følge af formålet med konkurrenceloven og hensynet til en effektiv håndhævelse anses for vigtigt, at der i videst muligt omfang er fortrolighed om disse oplysninger. Konkurrencelovens § 13 a tager sigte på, at hverken oplysningspligten efter artikel 13–14 eller indsigtsretten efter artikel 15 i databeskyttelsesforordningen skal udhule princippet om, at sager og undersøgelser efter konkurrenceloven er undtaget fra indsigt i medfør af offentlighedsloven.¹⁵⁹

Databeskyttelsesforordningen giver mulighed for, at bestemmelserne om oplysningspligt og indsigtsret kan begrænses, bl.a. når det er nødvendigt og forholdsmæssigt af hensyn til kontrol- og tilsynsfunktioner, jf. artikel 23, stk. 1, litra h. I forarbejderne til konkurrencelovens § 13 a peges der i relation hertil på, (1) at dataindholdet fra elektroniske medier, der i kopi er indsamlet ved en kontrolundersøgelse, kan indeholde private, følsomme personoplysninger, der imidlertid som altovervejende hovedregel ikke er relevante for konkurrencesagen og derfor ikke vil blive udvalgt ved styrelsens efterfølgende gennemgang af materiale, (2) at den virksomhed, der er genstand for kontrolundersøgelsen, har krav på at overvære gennemgangen og udvælgelsen af oplysninger, (3) at kopien af dataindholdet herefter bliver sikret mod læsning og til sidst bliver slettet, hvis de indsamlede data ikke indeholder beviser for en overtrædelse af konkurrencereglerne, eller senest når sagen er endelig afgjort, (4) at retten til aktindsigt er begrænset af reglerne om tavshedspligt, og (5) at det ville være meget ressourcekrævende at behandle anmodninger om indsigt i medfør af databeskyttelsesforordningens regler.¹⁶⁰

25.6.2.8. Partsaktindsigt i KFST's korrespondance med andre konkurrencemyndigheder

Ifølge konkurrencelovens § 15 a, stk. 1, omfatter retten til partsaktindsigt efter forvaltningsloven i sager, der involverer anvendelsen af TEUF artikel 101 og 102 eller fusionskontrolforordningen, kun den del af korrespondancen og udvekslingen af dokumenter mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller mellem medlems-

159. L 6/2017, alm. bemærkninger, pkt. 2.5.2.

160. Ibid.

staternes konkurrencemyndigheder indbyrdes, som indeholder oplysninger om sagens faktiske omstændigheder, der er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Bestemmelsen, der blev nyaffattet ved lov nr. 1545/2017, er en præcisering af undtagelserne fra partsaktindsigt i forvaltningsloven.

25.6.3. KFST's udveksling og videregivelse af oplysninger

25.6.3.1. KFST's deltagelse i European Competition Network

KFST samarbejder om informationsudveksling i regi af European Competition Network, der består af EU-landenes konkurrencemyndigheder og Kommissionen. Ifølge persondataforordningens 112. præambelbetragtning bør overførelse af persondata navnlig være tilladt for overførelse af oplysninger, der foretages af hensyn til vigtige samfundsinteresser, og som eksempel herpå nævnes bl.a. international udveksling af oplysninger mellem konkurrencemyndigheder.

Artikel 12 i forordning 1/2003 indeholder hjemmel for KFST til at udveksle "alle faktiske og retlige oplysninger, herunder fortrolige oplysninger" med Kommissionen og EU-landenes konkurrencemyndigheder. Dette er afgørende for at sikre overholdelse af TEUF artikel 101 og 102 samt nationale konkurrenceregler.

Et tilsvarende samarbejde er forudsat i fusionskontrolforordningen (nr. 139/2004) og i fusionsgennemførelsesforordningen (nr. 804/2004). Efter fusionskontrolforordningen er der bl.a. mulighed for, at Kommissionen kan henvise behandlingen af en fusion til en medlemsstats konkurrencemyndighed, og en medlemsstats konkurrencemyndighed kan også henvise behandlingen af en fusion til Kommissionen. Der er endvidere behov for, at der mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og indbyrdes mellem medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan finde en fri meningsudveksling sted om f.eks. strategiske overvejelser, og at der kan være fortrolighed mellem myndighederne om f.eks. vurderinger af økonomiske og juridiske forhold.¹⁶¹ Fusionskontrolforordningens artikel 17, stk. 2, indeholder en bestemmelse om tavshedspligt.

161. L 6/2017-18, alm. bemærkninger, pkt. 2.7.2.

25.6.3.2. Udveksling af oplysninger uden for EU-samarbejdet

Ifølge konkurrencelovens § 18 a kan KFST, under forbehold om gensidighed, videregive oplysninger, som er omfattet af KFST's tavshedspligt, til andre konkurrencemyndigheder, når de er nødvendige for at fremme håndhævelsen af disse myndigheders konkurrencelovgivning, herunder med henblik på at opfylde Danmarks bilaterale eller multilaterale forpligtelser.¹⁶²

Da forordning 1/2003 og fusionskontrollforordningen som nævnt indeholder hjemmel for KFST til at udveksle oplysninger med Kommissionen og EU-medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, har § 18 a kun betydning for konkurrencemyndigheder, som ikke indgår i European Competition Network.¹⁶³

KFST forstår persondataforordningen således, at overførsel af oplysninger uden videre er lovligt inden for rammerne af European Competition Network, hvorimod betingelserne i forordningens artikel 45-49 ville skulle opfyldes, såfremt Danmark måtte indgå aftaler med lande, der ikke er EU- eller EØS-land.¹⁶⁴

25.6.3.3. Videregivelse til SØIK

Ifølge konkurrencelovens § 15, stk. 3, har Konkurrencerådet det overordnede ansvar for styrelsens administration af loven og regler udstedt i medfør heraf. Dette indebærer bl.a. at træffe beslutning om at overse sager til anklagemyndigheden med henblik på politimæssig efterforskning. Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK) får overdraget konkurrencesager, hvor overtrædelsen vurderes at være forsætlig eller groft uagtsom, og hvor der er – eller kan skaffes – klare beviser for overtrædelsen. SØIK efterforsker herefter sagen med henblik på at rejse tiltale om bøde- eller fængselsstraf ved domstolene.

162. Bilaterale forpligtelser er forpligtelser indgået mellem to parter. Multilaterale forpligtelser er forpligtelser indgået mellem flere end to parter.

163. KFST indgik i 2017 indgået aftale med konkurrencemyndighederne i Finland, Grønland, Island, Norge og Sverige og på Færøerne om indhentning og udveksling af oplysninger i sager efter EU- og EØS-konkurrencereglerne samt efter de nationale konkurrenceregler.

164. Betænkning nr. 1565/2017, del II, s. 25.