

AN: Mandanten
VON: P+P Pöllath + Partners
DATUM: 2. März 2016
ZU: **Bundeskartellamt ermittelt gegen Facebook: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Datenschutzverstöße?**

Das Bundeskartellamt hat heute die Eröffnung eines Verfahrens gegen Facebook Inc., USA („**Facebook**“) mitgeteilt. Es bestehe der Anfangsverdacht, dass Facebook durch die Ausgestaltung seiner Vertragsbestimmungen zur Verwendung von Nutzerdaten seine mögliche marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke missbraucht.

I. Das Verfahren

Das Bundeskartellamt hat Anhaltspunkte dafür, dass Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist. Diesen Anhaltspunkten soll mittels weiterer Markterhebungen nachgegangen werden.

Der mögliche Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung soll darin bestehen, dass den Nutzern unangemessene Nutzungsbedingungen abverlangt werden (sog. Konditionenmissbrauch). Es bestehe nämlich der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen das Datenschutzrecht verstoßen. Facebook erhebe von seinen Nutzern in großem Umfang persönliche Daten aus verschiedenen Quellen. Durch die Bildung von Nutzerprofilen ermögliche das Unternehmen Werbekunden ein zielgenaues Werben. Um Zugang zu dem sozialen Netzwerk zu erhalten,

TO: Clients
FROM: P+P Pöllath + Partners
DATE: March 2, 2016
RE: **German Federal Cartel Office investigates against Facebook: Abuse of a dominant position by violating data protection rules?**

The German Federal Cartel Office (“**FCO**“) announced today a formal proceeding against Facebook Inc., USA (“**Facebook**“). According to the FCO, there is an initial suspicion that Facebook has abused its dominant position in the market for social networks with its specific terms of service on the use of user data.

I. The Proceeding

The FCO has indications that Facebook has a dominant market position in the market for social networks. It announced to conduct further market investigations in this respect.

Facebook may abuse this dominant position by imposing unfair conditions on users. The FCO has the initial suspicion that Facebook’s conditions of use are in violation of data protection law. According to the FCO, Facebook collects a large amount of personal user data from various sources. By creating user profiles the company enables its advertising customers to better target their advertising activities. In order to access the social network, users must first accept the terms of service. The FCO considers that it is difficult for users to understand the scope of this agreement. The FCO will now examine whether there is a connection between the

müsse der Nutzer den Nutzungsbedingungen zustimmen. Der Umfang der erteilten Einwilligung sei für den Nutzer nur schwer nachzuvollziehen. Das Bundeskartellamt will nun prüfen, welcher Zusammenhang zwischen der möglichen marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens und der Verwendung derartiger Nutzungsbedingungen besteht.

Das Bundeskartellamt führt das Verfahren in engem Kontakt mit den zuständigen Datenschutzbehörden, der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten.

II. Bewertung und Folgen

Das Verfahren des Bundeskartellamts ist in mehrfacher Hinsicht beachtenswert.

Hintergrund ist ein verstärkter Fokus der Behörde auf die Internetwirtschaft. Dafür wurde kürzlich auch eine Internet-Taskforce in Leben gerufen. Ein Tätigkeitsschwerpunkt ist hier Big Data.

Mit dem Verfahren betritt das Bundeskartellamt Neuland, indem es Datenschutz und Kartellrecht verbindet. Nach Ansicht des Bundeskartellamts können Daten Marktmacht und Wissensvorsprünge erhöhen und zur Marktabschottung führen. Dies gilt aufgrund der Netzwerkeffekte vor allem für große Internetplattformen. Das Bundeskartellamt untersucht nun, ob Facebook die Daten seiner Nutzer durch missbräuchliches Verhalten erlangt. Hierbei stehen nicht mögliche Verstöße gegen den Datenschutz im Fokus. Dafür ist Bundeskartellamt auch nicht zuständig. Vordringlich ist die Frage, ob Facebook alleine aufgrund

possible dominant position of the company and the use of such terms of service.

The FCO is conducting the proceeding in close contact with the competent data protection authorities, the European Commission and competition authorities of other EU member states.

II. Assessment and Implications

The FCO's proceeding has several remarkable aspects.

The background of this development is the FCO's increased focus on the internet economy. Just recently, the FCO created an internet taskforce. Big Data is one of the FCO's enforcement priorities in this area.

With the present proceeding the FCO breaks new grounds by combining data protection with competition law. According to the FCO, data may increase market power and advance in knowledge and result in market foreclosure. This concerns in particular major internet platforms due to network effects. The FCO will now assess whether Facebook's collection of personal user data constitutes abusive conduct. The FCO's focus is not on possible violations of data protection laws for which the FCO is not the competent authority. Rather, the main question for the FCO is whether Facebook, due to its market power, can impose unfair conditions on its users.

seiner Marktmacht gegenüber seinen Nutzern unangemessene Bedingungen durchsetzen kann. Maßstab für die Mißbräuchlichkeit der Verhaltensweise ist der hypothetische Wettbewerb, also ob Facebook die Bestimmungen auch bei wirksamen Wettbewerb bei seinen Nutzern hätte durchsetzen können.

Auch die Frage einer marktbeherrschenden Stellung von Facebook ist kartellrechtlich umstritten. Da Facebook seine Leistungen den Nutzern unentgeltlich anbietet, ist zum Beispiel fraglich, ob es insofern überhaupt auf einem „Markt“ tätig ist. Wie auch die EU-Kommission geht das Bundeskartellamt allerdings von einem Markt aus. Argument hierfür ist u.a. die Interdependenz zwischen den unentgeltlichen Seiten (Dienstleistungen für Nutzer) und entgeltlichen Seiten (Werbeeinnahmen) von Internetplattformen. Gerichtlich ist diese Frage noch nicht entschieden. Das Bundeskartellamt setzt sich für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber ein.

Das Verfahren verdeutlicht, dass die Internetwirtschaft in den Fokus des Bundeskartellamts gerückt ist. Neben einer Vielzahl von Verfahren im Bereich Online-Vertrieb und neuen Ansätzen in der Fusionskontrolle tritt nun die Missbrauchskontrolle in Verbund mit dem Datenschutz.

Für Unternehmen mit einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung gewinnt daher auch der Datenschutz weiter an Bedeutung.

Bei Fragen können Sie uns jederzeit gern kontaktieren.

The yardstick for whether Facebook's conduct is abusive is hypothetical competition, *i.e.*, whether Facebook could also have imposed such conditions on its users if it were subject to workable competition.

It also not clear whether Facebook holds a dominant market position. For instance, it is questionable whether Facebook is even active on a market in this respect, as it offers its services to its users free of charge. The FCO, and likewise the European Commission, consider that such services constitute a market activity. One argument here is the interdependence between the “free side” (services for users) and the “money side” (advertising revenue) of internet platforms. This questions has not been decided yet by German courts. The FCO has called upon the legislator to provide clarity in this respect.

The FCO's proceeding is another indication of its new focus on the internet economy. After a series of proceedings in the area of online distribution and new approaches in merger control, the FCO now combines data protection with abuse of dominance law.

Data protection will therefore gain further importance for companies possibly holding a dominant position.

For questions, please do not hesitate to contact us.



P+P Pöllath + Partners, Frankfurt

Daniel Wiedmann, LL.M. (NYU)
+49 (69) 247047 – 70
daniel.wiedmann@pplaw.com

P+P Pöllath + Partners, München

Tobias Jäger
+49 (89) 24240 – 279
tobias.jaeger@pplaw.com