

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

¿Se puede cometer un abuso de domino ex artículo 102 TFUE en relación con los datos personales y por infracción del RGPD?

La STJUE de 4 de julio de 2023 (As. C-252/21) *Meta Platforms Inc.*

Fernando Díez Estella

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Nebrija*

La Sentencia del pasado 4 de julio de 2023 en el asunto *Meta Platforms Inc.* es de una trascendencia enorme, ya que es la primera vez que el Tribunal de Justicia de la UE contempla la posible infracción del art. 102 TFUE a partir de una conducta de una empresa en relación con la recogida y tratamiento de los datos personales de sus usuarios. Este reto encuentra su expresión legal —y sus contradicciones y complejidades— en la aplicación conjunta del RGPD, el art. 102 TFUE y la DMA, y la necesaria colaboración entre las respectivas autoridades encargadas de su *enforcement*. En este trabajo se examina, a partir de la consideración de la privacidad como un parámetro de la competencia, hasta qué punto puede una autoridad antitrust entrar a valorar la infracción de la normativa de protección de datos, así como el aspecto material de la conducta de Facebook, y su consideración como abuso de posición dominante, tanto de carácter explotativo como excluyente. Las consecuencias de este histórico pronunciamiento han obligado ya a las grandes plataformas digitales a modificar sus términos y condiciones en la recogida de datos que llevan a cabo a los efectos de realizar publicidad personalizada a sus usuarios

Privacidad, competencia, autoridades regulatorias, RGPD, DMA, publicidad personalizada.

EU Court of Justice's judgment of July 4, 2023, in the *Meta Platforms Inc.* case is of enormous significance, as it is the first time that it considers the possible infringement of Art. 102 TFEU based on a company's conduct in relation to the collection and processing of its users' personal data. This challenge finds its legal expression —and its contradictions and complexities— in the joint application of the GDPR, Art. 102 TFEU and the DMA, and the necessary collaboration between the respective authorities in charge of their enforcement. This paper examines, based on the consideration of privacy as a parameter of competition, to what extent an antitrust authority can enter to assess the infringement of data protection regulations, as well as the material aspect of Facebook's conduct, and its consideration as an abuse of dominant position, both exploitative and exclusionary. The consequences of this historic ruling have already forced the major digital platforms to

modify their terms and conditions in the data collection they carry out for the purpose of targeted advertising to their users.

Privacy, competition, authorities, GDPR, DMA, targeted advertising.

«El acceso a los datos personales y la posibilidad del tratamiento de estos se han convertido en un parámetro significativo de la competencia entre empresas de la economía digital.

Por lo tanto, excluir las normas en materia de protección de datos personales del marco jurídico que las autoridades de defensa de la competencia deben tomar en consideración al examinar un abuso de posición dominante ignoraría la realidad de esta evolución económica y podría menoscabar la efectividad del Derecho de la competencia en el seno de la Unión»

STJUE de 4 de julio de 2023, n. 51

I. Introducción: el interfaz entre privacidad y competencia

A estas alturas, es indudable la importancia que las consideraciones sobre privacidad y protección de datos juegan en la aplicación de la normativa *antitrust*, muy especialmente, la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el art. 102 TFUE.

En efecto, el creciente papel de los datos en los modelos de negocio de los nuevos ecosistemas digitales de plataforma ha puesto de manifiesto la vertiente que tienen de activo económico (1) , que se añade a la tradicional de rasgo de la personalidad. Ya en el mes de marzo de 2021 el Parlamento Europeo emitió su informe sobre la *Estrategia Europea de Datos* (2) , en el que se señala que los datos se han convertido en un nuevo activo económico, que ya es un requisito para asegurar la viabilidad y competitividad de las empresas.

La necesidad de una adecuada protección de los datos personales tuvo su pronto reflejo en el ámbito de la Unión Europea con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) (3) . Esta normativa ha sido de enorme trascendencia en la configuración de la Europa digital, y como tal ha sido acertadamente estudiada (4) , tanto en cuanto al modelo de privacidad que instaura en la UE, como en su amplia influencia en todo tipo de propuestas normativas en el ámbito digital (5) .

Sin embargo, el RGPD contempla sólo un aspecto de los datos, su vertiente *personal*, como rasgo de la personalidad, y sujeto por tanto a un derecho fundamental de protección de la privacidad (6) . Faltaba por desarrollar la vertiente *económica*, la del dato en cuanto activo —y en ocasiones, activo esencial— en la operativa de las empresas y elemento constitutivo y nuclear de sus estrategias de mercado y modelos de negocio.

En paralelo, el legislador comunitario era cada vez más consciente de la necesidad de adaptar la normativa en materia de competencia a estos nuevos mercados digitales, a través de una regulación sectorial —no *antitrust*— que opere *ex ante*. Fruto de ello es el recientemente aprobado Reglamento de Mercados Digitales (7) (conocido como la DMA, por sus siglas en inglés: *Digital Markets Act*). Conseguir una adecuada interacción entre la protección de datos y la regulación de los mercados digitales es, como hemos tenido oportunidad de manifestar en anteriores publicaciones, uno de los grandes retos en este ámbito (8). Este reto encuentra su expresión legal —y sus contradicciones y complejidades— en el *enforcement* conjunto del RGPD, el art. 102 TFUE y la DMA, y es una cuestión que, desde luego, va a dar mucho de qué hablar en el futuro.

De todas estas cuestiones trata el pronunciamiento que va a ser objeto de análisis en estas páginas, la Sentencia (9) del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms Inc.* Esta sentencia es de una trascendencia enorme, ya que es la primera vez que el Tribunal de Justicia contempla la posible infracción del art. 102 TFUE a partir de una conducta de una empresa en relación con la recogida y tratamiento de los datos personales que recaba de sus usuarios. Y en la que el núcleo de la supuesta ilicitud está la infracción de la normativa específica de protección de datos, el RGPD.

En efecto, como desarrollaremos más extensamente a continuación, lo que subyace en la decisión original de la autoridad alemana de competencia, la *Federal Cartel Office* (FCO) es el hecho de que las grandes plataformas digitales como Google o Facebook tienen una posición dominante duradera gracias a su mayor capacidad de recabar ingentes cantidades de datos de sus usuarios, lo que les otorga una ventaja competitiva sobre sus rivales en el mercado, especialmente en el área de negocio más lucrativa en el ámbito digital, la publicidad *on-line*, y en concreto la publicidad personalizada.

Esta recogida de datos se lleva a cabo no sólo a través de sus propias prestaciones y servicios, también a través de fuentes externas, especialmente terceros que interactúan con la plataforma, y otros sistemas de seguimiento y rastreo web. Dado que, para tener un perfil en Facebook, a través de las condiciones que el usuario necesariamente tenía que consentir, en cierta forma se le obligaba a aceptar no sólo el servicio principal, sino todos los accesorios, y la recogida y tratamiento de los datos de dentro de Facebook y de terceras partes, esta suerte de «*bundling of consent*» constituía una lesión de su privacidad —contraria al RGPD— y un abuso de dominio (10) —contrario al art. 102 TFUE—.

Siguiendo las clásicas categorías de abuso de dominio, la FCO califica la conducta de Facebook en primer lugar como un abuso de carácter *explotativo*, en la medida en que perjudica directamente a los usuarios, que pierden del control de sus datos personales, sufren una lesión directa a su derecho de privacidad y ven mermada la calidad del servicio que reciben. Y, en menor medida (11), como un abuso también de carácter *excluyente*, ya que genera unas barreras de entrada que impiden el acceso a sus competidores a mercados como el de la publicidad on-line.

Tras un «ajetreado» periplo judicial por los tribunales alemanes, el asunto llegó finalmente al TJUE, en forma de cuestión prejudicial, y el pronunciamiento con que le da respuesta será objeto de análisis en estas páginas. Para ello, se examinará en el apartado 2º la cuestión del *enforcement*: hasta qué punto puede una autoridad de competencia entrar a valorar la infracción de la normativa de protección de datos. A continuación, en el apartado 3º, se analiza el aspecto material de la conducta de Facebook, y su consideración como abuso de posición dominante, tanto de carácter explotativo como excluyente. En el apartado 4º de este trabajo, a modo de valoración final, se ofrecen una serie de consideraciones sobre las implicaciones que esta Sentencia pueden tener en el futuro, en cuanto a la interrelación entre el art. 102 TFUE, la DMA y el RGPD, así como el tratamiento de la privacidad como un parámetro de la competencia.

II. La necesaria cooperación entre autoridades de competencia y de protección de datos

1. La evaluación de la privacidad como parámetro competitivo

El caso *Facebook vs. Bundeskartellamt* aborda de lleno la cuestión, a la que he tenido ya ocasión de referirme en anteriores publicaciones (12), de hasta qué punto la privacidad es un parámetro de la competencia. Este debate, todavía no resuelto, y que ha sido caracterizado, con acierto, como el «*antitrust privacy dilemma*» (13) plantea la cuestión de cómo integrar las consideraciones sobre privacidad en el análisis competitivo de la conducta de las empresas (14). Decimos que se trata de un debate abierto porque no se ha llegado todavía a un consenso sobre la interrelación entre las normas de protección de datos y las de derecho de la competencia, ni mucho menos se han podido consolidar las teorías del daño basadas en la protección de la privacidad (15).

Para un sector doctrinal (16) minoritario, los temas de privacidad y competencia tienen que manejarse por separado, y cualquier intento de «mezclar» ambos enfoques tendría un riesgo demasiado elevado de crear confusión y dar lugar a un *enforcement* subóptimo. Sin embargo, la gran mayoría (17) defiende un enfoque que integre tanto la perspectiva de competencia como la de protección de datos. Por ejemplo, destaca la percepción (18) de que se pueden considerar los efectos de la privacidad desde la perspectiva *antitrust* porque la privacidad puede verse como un integrante del bienestar del consumidor, y por tanto una dimensión de la calidad del producto o servicio (se conoce esta teoría como «*privacy-as-quality*»).

Sin embargo, este razonamiento y el *assessment* de la privacidad como parámetro competitivo conlleva una dificultad evidente: a diferencia del precio, la degradación de la calidad del servicio (volveremos a este concepto más adelante) que el cliente puede percibir cuando se rebaja la protección de la privacidad es, por su misma naturaleza: subjetiva, no cuantificable, multidimensional, y enteramente dependiente de la personal sensibilidad de cada consumidor. Cualquier valoración en este ámbito siempre está sujeta a esta limitación inherente al concepto mismo de privacidad.

Es evidente que para hacer frente a este problema, además de refinar el instrumental con el que actualmente contamos para adaptarlo a esta doble perspectiva —protección de datos y competencia—, habría que articular igualmente la necesaria cooperación entre las respectivas autoridades: las que protegen la privacidad (en España, por ejemplo, la AEPD, *Agencia Española de Protección de Datos*) y las que tutelan la libre competencia en el mercado (en España, la CNMC, *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*).

A este respecto, hay ya aportaciones doctrinales que proponen esta cooperación institucional, al hilo de un fenómeno —la publicidad personalizada, o *targeted advertising*, uno de los aspectos cruciales del caso Facebook en Alemania— que evidencia este doble aspecto de los datos: su valor personal para el consumidor y su valor económico para las plataformas digitales (19). Como veremos en el epígrafe final de este trabajo, precisamente las actividades de *profiling* necesarias para llevar a cabo ese tipo de publicidad son una de las cuestiones a las que más atención está poniendo en la actualidad tanto la Comisión Europea como otras agencias y autoridades nacionales, tanto de competencia como de protección de datos.

Sin embargo, nos encontramos todavía en los primeros tiempos del entendimiento conjunto de esta doble vertiente de los datos, y por tanto la necesidad de esta cooperación entre autoridades puede resultar una propuesta para algunos ajena o de difícil realización práctica. Pese a todo, posiblemente el mejor ejemplo de que esta articulación es posible, y las evidentes ventajas en términos de un *enforcement* que integre ambos enfoques, es la reciente declaración conjunta (20) de la autoridad reguladora de los datos —*Information Commissioner's Office* (ICO)— y de la competencia —*Competition and Markets Authority* (CMA)— en Reino Unido, y que pone de manifiesto lo infundado de la pretendida «contraposición» entre los objetivos de uno y otro ordenamiento, así como las indudables sinergias y ventajas que se derivan de este enfoque integrador que estamos proponiendo en estas páginas:

«Los objetivos del derecho de la competencia y de la protección de datos se han

caracterizado en ocasiones como objetivos opuestos. No estamos de acuerdo. Hay sinergias fundamentales que sustentan nuestros respectivos objetivos políticos y creemos que, aunque puedan surgir tensiones, son superables» (párrafo n° 47).

Desde luego que suscribimos por completo esta opinión, y este enfoque conjunto nos parece la única vía posible de afrontar los problemas que se derivan para la competencia de las infracciones de normativa de protección de datos. Como ha señalado la doctrina más atenta (21) , aunque tenemos dos tipos de fallos de mercado distintos (el abuso de dominio y la pérdida de privacidad), cuya respectiva regulación (derecho de la competencia y de protección de datos personales) tutela bienes jurídicos distintos (el proceso competitivo y el derecho de privacidad), y está encomendada a órganos distintos, necesariamente han de resolverse conjuntamente para llegar a una solución óptima en beneficio tanto de las empresas como de los consumidores, y del mercado en su conjunto.

En este, como en tantos otros ámbitos del nuevo escenario empresarial, «la experiencia reciente ha evidenciado que el Derecho de la competencia sigue siendo vital en la era digital para proteger el bienestar social en nuestro modelo económico, en la medida en que las innovaciones tecnológicas disruptivas y la dinámica del mercado no protegen por sí mismas de los abusos monopolísticos» (22) .

Las razones de esta necesaria interacción pueden sintetizarse (23) en tres: el derecho de la competencia y el de protección de la privacidad están mezclándose de maneras nuevas y polifacéticas, muy especialmente en el ámbito de los mercados digitales; las teorías del daño y fundamentación doctrinal de esta nueva «frontera legal» son todavía incipientes; las autoridades de competencia y de protección de datos ya no pueden cumplir sus objetivos por separado.

2. El caso *Bundeskartellamt c. Facebook*: las instancias recorridas en Alemania

A este respecto, el pronunciamiento del TJUE es la respuesta a la cuestión prejudicial suscitada con motivo de un complejo periplo del asunto por tres instancias distintas en Alemania. Vamos a reseñarlas brevemente en este apartado, para indicar con posterioridad qué dijo al respecto el TJUE, y en el siguiente epígrafe abordaremos la cuestión del supuesto abuso de posición dominante por parte de Facebook en el mercado de las redes sociales.

Hay que reconocer que el modelo de negocio de Facebook —la *targeted advertising*— está nítidamente descrito por el TJUE: «El modelo económico de la red social en línea Facebook se basa en la financiación a través de la publicidad en línea, que se hace a medida para los usuarios individuales de la red social, en función, en particular, de sus actitudes de consumo, intereses, poder adquisitivo y situación personal» (24) . Y que, dicho modelo, se apoya a su vez en el *profiling*: «Tal publicidad es técnicamente posible mediante el establecimiento automatizado de perfiles detallados de los usuarios de la red y de los servicios en línea ofrecidos a nivel del grupo Meta» (25) .

En el marco de la prohibición de abuso de posición dominante de la Ley alemana (art. 19[1] GWB) (26) , la *Federal Cartel Office* planteó por primera vez en el ámbito del derecho europeo la introducción de parámetros de privacidad en la evaluación de una conducta contraria a la competencia. Como se ha apuntado desde algún sector doctrinal (27) , este caso además consideró la protección de los consumidores —su privacidad, sus datos personales— como una de las finalidades del Derecho de la competencia, más allá de las consideraciones puramente regulatorias en materia de protección de datos.

La política de privacidad de Facebook estaba diseñada con el mecanismo de *opt-in*, es decir, si los usuarios no mostraban su conformidad a los términos impuestos por Facebook no podrían acceder a ninguno de los servicios ofrecidos por la popular red social. De ahí que la FCO comenzara a investigar en 2016 si dicha empresa estaba abusando de su posición dominante en el mercado de las redes sociales a través de la imposición de cláusulas contractuales abusivas en sus términos y condiciones (28) . En este sistema, como recoge la declaración conjunta de la ICO y la CMA

británicas, la decisión del usuario se veía reducida a la mínima expresión, y solamente podrían aceptar los términos y condiciones si querían acceder al servicio (29) .

Así, el *Bundeskartellamt* analizó detalladamente los términos y condiciones (TyC) de los servicios ofrecidos por Facebook, concluyendo que el tratamiento integral de dichos datos personales infringía el RGPD. Esta afirmación vino precedida de una consulta a la autoridad de protección de datos alemana, con la que colaboró en este asunto, y que entendió que la autoridad de competencia está legitimada para aplicar los principios instituidos por el RGPD en el marco de la evaluación de la conducta de la empresa dominante (30) .

Apoyándose como base legal en el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), la FCO consideró que el consentimiento que prestaron los usuarios de Facebook en sus TyC está viciado, ya que estos no eran plenamente conscientes de las tareas de recogida y tratamiento de datos que se iban a realizar por parte de la red social. En paralelo, incide en que, aun en el supuesto en que se considerara que se ha prestado ese consentimiento libremente, la cantidad de datos recopilada es excesiva y no es necesaria para la actividad de *profiling* realizada por Facebook (31) . Una vez establecido que Facebook recogía ilegalmente los datos personales de sus usuarios para mejorar sus propios servicios de publicidad personalizada (32) , la FCO determinó que los usuarios perdían el control sobre sus datos personales, de forma contraria a lo exigido por el RGPD.

Así, la popular empresa norteamericana consolidaba su posición de dominio frente al resto de sus competidores, fortaleciendo las barreras de entrada al mercado de las redes sociales (33) . En su análisis, la FCO determinó que dichas barreras de entrada estaban reforzadas por la imposibilidad de los competidores de replicar la base de datos que Facebook había obtenido en aplicación de su política de TyC (34) . Como argumento añadido, señaló la FCO que dichos efectos ni siquiera podrían verse contrarrestados por la presión competitiva de la innovación en Internet ni la ejercida por los escasos y débiles competidores que tenía en el mercado (35) .

Con todos estos argumentos jurídicos el *Bundeskartellamt* concluyó, en junio de 2019, que los TyC impuestos a los usuarios de Facebook eran cláusulas contractuales abusivas (36) . Y, en la medida en que está práctica era una manifestación directa de su poder de mercado, consideró igualmente acreditado el abuso por parte de Facebook de su posición de dominio en el mercado de las redes sociales privadas (37) . Como hemos señalado anteriormente, es la primera vez que una conducta basada en la imposición de una política de privacidad contraria al RGPD se considera como práctica contraria al Derecho de la Competencia.

Facebook planteó un recurso ante el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (OLG), quien suspendió cautelarmente la decisión de la FCO, al entender que la teoría del daño construida para acreditar la conducta de abuso de dominio no había sido del todo correcta. Señala el OLG que «*el tratamiento de datos por parte de Facebook [...] no da lugar a ningún daño competitivo relevante ni a ninguna evolución indeseable de la competencia*» (38) . Para este tribunal la conducta prohibida y sancionada por la FCO no da lugar a un resultado anticompetitivo, y la recopilación y el tratamiento de los datos de los usuarios de Facebook no perjudica al mercado, dado que los datos en cuestión pueden duplicarse sin dificultades y ponerse a disposición de cualquier tercero, incluidos los competidores de Facebook en el mercado de las redes sociales (39) .

Veremos a continuación la importancia de este *iter* procesal en la cuestión que venimos analizando, ya que el Tribunal de Düsseldorf considera que la autoridad alemana de competencia utilizó las herramientas de competencia —en este caso la prohibición de abuso de posición dominante— para tratar de justificar su competencia en una materia que corresponde en exclusiva a las autoridades de protección de datos.

En efecto, según el OLG, la FCO «*está analizando exclusivamente un problema de protección de los datos personales y no uno de falta de competencia en los mercados*» (40) . En este sentido, el simple hecho de que Facebook tuviera un altísimo número de usuarios activos a diario en la red

social no podía considerarse prueba suficiente para establecer que los usuarios perdieron el control sobre sus datos. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la cuestión sobre si el consumidor medio tenía todos los instrumentos a su disposición para entender en profundidad el poder que le otorgaba a Facebook aceptando sus TyC, nada tiene que ver con el Derecho de la Competencia.

Finalmente, resolviendo el recurso que se le había planteado, y manifestando a su vez un total desacuerdo con las conclusiones alcanzadas por el OLG, en junio de 2020 el Tribunal Federal de Justicia alemán (BHG) revocó dicha decisión considerando que la recopilación de datos de los usuarios por parte de Facebook se realizó sin el consentimiento necesario y que por tanto sí constituye un abuso de posición de dominio (41) .

Puede criticarse al BHG que la conclusión a la que llega no tiene en cuenta una realidad empírica conocida como la *privacy paradox* (42) , que demuestra que a pesar de que los usuarios de plataformas digitales expresen una preferencia clara por una mayor protección de sus datos personales, suelen consentir a un tratamiento mucho más intensivo que aquel que desearían. En efecto, en su decisión el BHG parece obviar que los consumidores tienen la posibilidad, en todo caso, de elegir no utilizar la red social si deciden que los TyC son inaceptables.

Pese a todo, el BHG acoge —aunque con matices— la teoría del daño esbozada inicialmente por la FCO, y añade que la conducta de Facebook no solamente refuerza su posición dominante en el mercado de las redes sociales, sino también en el mercado conexo de la publicidad online (43) . Mediante la técnica de *profiling*, la empresa consigue mejorar la experiencia personalizada del usuario en sus propios servicios y, atraídos por este incremento en la calidad del servicio, estos permanecen un mayor tiempo en la red social.

3. El planteamiento de la cuestión prejudicial y las Conclusiones del AG Rantos

Habida cuenta de la irresoluble disparidad de criterios respecto a la conducta de Facebook, el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf optó por elevar una cuestión prejudicial (44) ante el TJUE, registrada con fecha 22 de abril de 2021. Poco más de un año después, el 20 de septiembre de 2022 el AG Rantos hizo públicas sus conclusiones (45) , y junto a otros aspectos que son más propiamente de interpretación del RGPD (cuyo análisis escapa al objeto de este comentario), apunta una serie de consideraciones muy relevantes de cara a establecer ese marco de colaboración entre las autoridades de protección de datos y las de competencia.

La séptima (46) de las cuestiones prejudiciales planteadas fue:

¿Está facultada la autoridad nacional de defensa de la competencia de un Estado miembro, como la Bundeskartellamt, que no es autoridad de control a efectos de los artículos 51 y siguientes del RGPD y que investiga una infracción de la prohibición de abusos en el marco del Derecho de la competencia cometida por una empresa con posición dominante, infracción que no consiste en una infracción del RGPD por sus condiciones de tratamiento de datos ni por la ejecución de estas condiciones, para hacer apreciaciones, por ejemplo, al ponderar los intereses en juego, sobre la conformidad de las condiciones de tratamiento de datos de dicha empresa y su ejecución con el RGPD?

En sus conclusiones el AG Rantos, considera (apartados nn. 22 y 23) que, aunque una autoridad antitrust no es competente para pronunciarse sobre una infracción del RGPD, puede, no obstante, en el ejercicio de sus propias competencias, tener en cuenta la compatibilidad —o no— de una práctica comercial con el RGPD. A este respecto, el AG subraya que la conformidad o no de esa conducta con las disposiciones del del RGPD puede ser, a la luz de todas las circunstancias del caso, un indicio importante para determinar si esa conducta constituye una infracción de las normas de competencia, en particular un abuso de posición dominante contrario al art. 102 TFUE.

Así mismo, el AG señala (apartado nº 24) que una autoridad de la competencia sólo puede valorar el cumplimiento del GDPR como una cuestión incidental, sin perjuicio de las facultades de la autoridad de control competente en virtud de dicho reglamento. Por tanto, la autoridad de la

competencia debe tener en cuenta cualquier decisión o investigación de la autoridad de control competente, informar a esta última de cualquier detalle relevante y, en su caso, consultarla.

Sin embargo, y esto es lo problemático, como el propio AG recoge (apartado nº 27): «*El Derecho de la Unión no establece normas detalladas sobre la cooperación entre una autoridad de defensa de la competencia y las autoridades de control en el sentido del RGPD en tal situación*».

4. El pronunciamiento del TJUE sobre la «colaboración institucional»

En este aspecto de la Sentencia del pasado 4 de julio de 2023, el TJUE recogió el planteamiento del AG Rantos, pero con algunos matices interesantes.

Para empezar, haciendo un llamamiento a la cooperación tanto de las autoridades de competencia como de las de protección de datos, el TJUE formula lo que bien puede convertirse en el estándar de la cooperación de ambas autoridades: «*todas las autoridades nacionales implicadas están vinculadas por el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando aplican el RGPD. En virtud de este principio [...] las autoridades administrativas, deben respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones de la Unión y abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión*» (47) .

Naturalmente —y el TJUE no es ajeno a ello— existe el «riesgo de divergencias» (48) en la interpretación del RGPD por parte de ambas autoridades, y para mitigarlo el TJUE estable como un protocolo de actuación que es, como se ha señalado acertadamente (49) , algo más detallado y jerárquico que lo que el AG había formulado en sus conclusiones.

En primer lugar, la autoridad de competencia «debe determinar si [la conducta en cuestión] ya ha sido objeto de una decisión de la [autoridad GDPR o del TJUE] competente» (50) . En caso afirmativo, la autoridad de competencia no puede apartarse de dicha decisión, «aunque conserva su libertad para deducir sus propias conclusiones desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la competencia» (51) .

Como puede apreciarse, este matiz contrasta en cierta medida con el planteamiento del AG, según el cual la autoridad de competencia habría tenido que consultar —y podría decirse que llegar a algún tipo de entendimiento— con la autoridad de protección de datos en caso de albergar dudas sobre la interpretación del GDPR por parte de esta última (52) . El Tribunal opta por un *modus operandi* según el cual la autoridad de protección de datos conserva en principio la primacía interpretativa, mientras que la autoridad de competencia sólo puede valorar la importancia de una conducta que supuestamente infrinja —según la interpretación de la autoridad del RGPD— la normativa de protección de datos en el contexto de su evaluación del abuso de posición dominante.

Conforme a este planteamiento, una evaluación en virtud del art. 102 del TFUE podría, por ejemplo, considerar que una conducta relevante para el RGPD no es una práctica que pueda considerarse de competencia en los méritos, aunque la autoridad del RGPD la considere lícita en virtud del art. 6 RGPD. Los asuntos que se planteen en un futuro tendrán que demostrar hasta qué punto este planteamiento funciona en la práctica, pero la falta de consenso actual sobre la teoría del daño aplicable sin duda facilitará la aplicación del Derecho de la competencia basado en la infracción del RGPD.

En este sentido, la evaluación *antitrust* de una conducta que sin embargo se ha considerado lícita conforme a otras áreas del ordenamiento jurídico no es novedosa en el acervo comunitario; ya se había planteado, por ejemplo, en el asunto (53) *AstraZeneca c. Comisión*, sobre una decisión de la Comisión por la que se imponía una multa de 60 millones de euros a las recurrentes en casación por haber utilizado abusivamente el sistema de patentes y los procedimientos de comercialización de productos farmacéuticos con el fin de evitar o retrasar la llegada al mercado de medicamentos genéricos competidores.

De hecho en nuestro propio país tenemos un ejemplo reciente de este mismo tipo de conducta —*sham litigation*—. En efecto, las reclamaciones basadas en una patente pueden considerarse lícitas desde la perspectiva propia de los derechos de propiedad industrial, mientras que la autoridad de competencia —en este caso, la CNMC— consideró (54) que el ejercicio de ese derecho era abusivo y por tanto contrario al Derecho de la Competencia.

Hay algunos casos, sin embargo, en los que el TJUE indica (55) que lo oportuno es una consulta por parte de la autoridad de competencia a la autoridad de protección de datos:

- (i) • cuando no está claro si una decisión existente de la autoridad de protección es aplicable al caso en cuestión;
- (ii) • cuando no hay (todavía) decisión, pero la conducta en cuestión, o una práctica similar, está siendo examinada por la autoridad de protección de datos;
- (iii) • cuando en ausencia de una decisión o examen pendiente, la autoridad de competencia considera que la conducta de la empresa enjuiciada infringe el GDPR.

Las condiciones (56) de dicha solicitud de consulta deben, como prevé el TJUE, guiarse por los principios de cooperación leal (la autoridad de protección de datos debe responder «en un plazo razonable» y proporcionar «información adecuada y disponible» sobre el alcance de la conducta examinada), primacía de las autoridades de protección de datos en asuntos relativos al GDPR, y también eficacia en la aplicación de la normativa de competencia.

Naturalmente, «[e]n caso de que la autoridad de control requerida no dé una respuesta en un plazo razonable, la autoridad nacional de defensa de la competencia podrá proseguir su propia investigación. Lo mismo podrá hacer cuando ni la autoridad nacional de control competente ni la autoridad de control principal formulen objeciones a que tal investigación prosiga, sin esperar a la adopción de una decisión por parte de estas» (57) .

A este respecto, y a la vista de los autos obrantes en el expediente, y que la FCO se había puesto en contacto con las autoridades de protección de datos pertinentes (58) , el TJUE entiende que sí ha cumplido con sus obligaciones de cooperación leal (59) , y, por tanto —y en ese específico contexto de cumplimiento de estas obligaciones derivadas del RGPD— una autoridad de competencia de un Estado miembro:

«puede concluir, en el marco del examen de un abuso de posición dominante por parte de una empresa, con arreglo al artículo 102 TFUE, que las condiciones generales del servicio de dicha empresa relativas al tratamiento de los datos personales y la aplicación de esas condiciones no son conformes con el citado Reglamento, cuando esa conclusión sea necesaria para declarar la existencia de tal abuso» (60) .

Huelga decir —a nadie escapa ahora la importancia en los procedimientos sancionadores *antitrust* la necesidad de una escrupulosa observancia del *due process* (61) — que dichas consultas deben llevarse a cabo a través de algún cauce formal, del que quede constancia en el expediente, y frente a las cuales las partes implicadas puedan ejercer sus derechos (por ejemplo de acceso), y en su caso plantear los oportunos recursos si consideran que en algún momento se han visto conculcadas garantías procesales o derechos fundamentales.

III. ¿Abuso de dominio por Facebook?

Anticipando que en algún momento llegaría ante las autoridades de competencia un asunto como éste, ya en el año 2020 la OCDE había publicado (62) un concienzudo informe sobre el abuso de dominio en los mercados digitales, que ponía de manifiesto la necesidad de «repensar» las teorías de daño empleadas hasta ahora para adaptarlas a este nuevo contexto.

Por su parte, la Comisión Europea venía desde hace tiempo constatando que la lentitud de los

procesos sancionadores antitrust y la escasez de remedios estructurales que acompañan a su finalización generaban carencias para atajar los excesos de las grandes plataformas, ya que su actuación —pese a que se condene como anticompetitiva y se le impongan cuantiosas multas— causa un daño irreversible la competencia, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. De ahí la necesidad de una regulación *ex ante*, como la referida DMA, que complemente la normativa de competencia *ex post*.

Ambas —DMA y el art. 102 TFUE— tienen como objeto propio proteger intereses jurídicos distintos, pero ciertamente complementarios (63) , y no parece que —de momento— la articulación entre ambas normativas esté bien estructurada. Con todo, la finalidad principal de esta normativa sigue siendo la de poner coto al poder sistémico de un pequeño número de plataformas digitales que, sin embargo, tienen un enorme impacto en los mercados en los que actúan, actuando como reguladores privados y obstaculizando e impidiendo la entrada a nuevas empresas, a modo de «cuello de botella», lo que priva de elección a los usuarios y consumidores finales.

A esta finalidad obedece igualmente el recientemente anunciado (64) por la Comisión plan para adoptar unas directrices sobre los abusos de exclusión prohibidos por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Al mismo tiempo, se ha publicado un documento (65) de reforma de las *Orientaciones* (66) de 2008, en las que establecía sus «prioridades de control en la aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», corrigiendo aquellos aspectos en los que dichas prioridades ya no reflejan el enfoque de la Comisión. El trasfondo de esta iniciativa, y el fin último que persigue, los indica igualmente la Comisión en un *Competition Policy Brief* titulado «Un enfoque dinámico y viable basado en los efectos del artículo 102 del TFUE» (67) .

En dicho informe, la Comisión subraya que tanto la economía a escala mundial como en el ámbito de la Unión Europea han experimentado cambios significativos, que exigen una adaptación de la normativa de competencia. En particular, el ejecutivo comunitario señala que se observan cada vez más indicios de concentración del mercado y de creciente importancia de los mercados y servicios digitales. Estos mercados se caracterizan a menudo por fuertes efectos de red y una dinámica en la que «el ganador se lo lleva todo». Por tanto, sólo una aplicación rigurosa de la legislación contra los abusos de posición dominante es adecuada para hacer frente con éxito a estos problemas.

La cuestión que ha de examinarse con cuidado es si puede constatarse una teoría del daño sólida y consistente en la conducta de un operador ciertamente dominante —*Meta*, antes *Facebook*— en un mercado geográfico y de producto concreto —las redes sociales privadas en Alemania— y ante un marco regulatorio también definido —el RGPD—. Veremos, en este epígrafe, las posibilidades que existen para constatar la infracción, y qué respuestas cabe extraer de la STJUE: tras una serie de consideraciones previas sobre el papel del Derecho de la Competencia en el «mercado» de los datos (§3.1), se examinará la respuesta del TJUE sobre la infracción del RGPD como un abuso de carácter explotativo (§3.2), así como las posibilidades de considerarlo un abuso de carácter excluyente (§3.3).

1. Consideraciones previas: el análisis *antitrust* de los datos

Es preciso, con carácter previo a la valoración de la STJUE del pasado 4 de julio de 2023, contextualizar el rol que el Derecho de la Competencia está llamado a cumplir en relación con este nuevo activo económico que son los datos.

Posiblemente lo que mejor ilustra la novedad —y las dificultades que conlleva una adecuada valoración legal— del *Big Data* en su peculiar «interfaz» con el derecho de defensa la competencia (68) es la propia actividad de la Comisión en relación con los mercados digitales. En efecto, empezando por los tres mediáticos casos contra *Google* (69) (dos de los cuales han sido ya resueltos a favor de la Comisión por el Tribunal General (70)), y pasando por la apertura de investigaciones contra *Apple* (71) y *Amazon* (72) , la Comisión ha mostrado una feroz determinación para hacer frente al supuesto comportamiento anticompetitivo de las plataformas

digitales que gozan de una posición dominante y, por tanto, tienen una «especial responsabilidad» de no dañar el proceso competitivo. Aunque no en todos de igual manera y con la misma relevancia, el papel de los datos ha sido uno de los factores que más se han tenido en cuenta a la hora de valorar la presunta conducta anticompetitiva de las empresas.

Sin embargo, donde la relevancia de los datos en el proceso competitivo cobra una trascendencia que no puede ignorarse, es en el ámbito del control de concentraciones. En efecto, como señaló hace pocos años la entonces Comisaria de Competencia de la CE: «*a medida que los datos sean más importantes para la competencia, tendremos que examinar más detenidamente aquellas operaciones que impliquen la acumulación de grandes volúmenes de datos*» (73) .

Pese a unos comienzos titubeantes, y operaciones de concentración en que se obviaba este análisis por parte de la autoridad de competencia, al igual que ocurre en el ámbito del abuso de dominio, que estamos analizando aquí, también en el control de concentraciones ambos enfoques —el de competencia y el de protección de datos— están llamados a ser integrados en un único análisis (74) .

Así, en la operación *TomTom/TeleAtlas*, aprobada en 2008, se reconocieron —por primera vez— los datos como un parámetro de competencia, pero no se consideró la aplicación de la normativa de protección de datos a efectos del análisis competitivo (75) . Ese mismo año, la operación *Google/DoubleClick* se aprobó «*sin perjuicio de las obligaciones impuestas a las partes por la legislación comunitaria en relación con la protección de las personas y la protección de la privacidad con respecto al tratamiento de datos personales*» (76) . Idéntica postura se adoptó en la operación *Facebook/WhatsApp* aprobada en 2014, en la que hay una cierta sensación de que la CE pecó de no haber dado a los datos y las consideraciones de privacidad la importancia que tenían, relegando esa valoración a las autoridades de protección de datos (77) .

Tuvimos que esperar hasta el año 2016, con la operación *Microsoft/LinkedIn*, en que se sentaron las bases para un cambio de modelo (78) . Allí fue cuando la autoridad comunitaria examinó por primera vez en qué medida la pérdida de control sobre los datos personales de una empresa en favor de la otra y la lesión de la privacidad de sus usuarios podría suponer un daño competitivo (79) , en una línea de razonamiento claramente antecesora del caso Facebook en Alemania. De hecho, se tuvieron en cuenta las propias limitaciones que impondría el RGPD en el futuro cercano para descartar que *Microsoft* tuviera la posibilidad de transmitir y tratar datos personales con fines esencialmente comerciales.

Como es lógico en este tipo de supuestos, la CE tuvo en cuenta que el bienestar del consumidor podría verse afectado por la acumulación de datos personales de los usuarios por las empresas que se concentran, en concreto porque podrían darse decrementos en la calidad de los productos y en la innovación razonablemente prevista para las empresas competidoras en el mercado (80) . Este nuevo enfoque se vio confirmado en 2018, en idénticos términos y con las mismas referencias explícitas a la normativa de protección de datos y el RGPD, al aprobar la operación *Apple/Shazam* (81) .

Finalmente, en el 2020, se autorizó la operación *Google/Fitbit* (82) , aunque la Comisión Europea había manifestado su preocupación por el posible impacto de la operación (83) , teniendo en cuenta la posición dominante (además de sus economías de escala y alcance) que *Google* ya ostentaba en el mercado de las búsquedas online en el mercado interior común. En la línea de lo que venimos desarrollando en estas páginas, la Comisaria Vestager afirmó que la investigación pretendía «*garantizar que el control por parte de Google de los datos recogidos a través de los dispositivos wearables, como resultado de la transacción, no distorsione la competencia*» (84) .

Vemos, por tanto, que ya no se cuestiona el hecho de que los datos son una fuente de poder de mercado (85) . En efecto, la obtención, almacenamiento y procesamiento de los datos personales han dejado de ser cuestiones sometidas a las restricciones legales orientadas a la protección de la privacidad para convertirse en un parámetro de la competencia, no basado en precios sino en la

calidad del servicio (86) , que es especialmente acusado en aquellos servicios que se prestan a precio cero a los consumidores y usuarios (87) . Dado que la privacidad es un factor que los usuarios valoran cada vez más en sus decisiones económicas, además de ser un derecho fundamental podemos concluir —reafirmando lo que se ha señalado al principio de este comentario — que es un factor más dentro del proceso competitivo. Así, en los mercados impulsados por esta nueva economía de los datos, estos constituyen una ventaja competitiva que se traduce en una fuente de poder de mercado.

Hasta tal punto la *data-driven economy* ha cambiado el escenario en el que se aplica la normativa de competencia, que la Comisión Europea lanzó en 2022 una consulta pública (88) encaminada a preparar una reforma (89) de su *Comunicación* sobre definición de mercado relevante (90) , para adaptarla a estas nuevas realidades digitales. Hay ya un borrador de nueva comunicación, la *Draft Market Definition Notice*, hecha pública (91) el pasado 8 de noviembre de 2022, que sin ambages recoge cómo, entre los parámetros para definir en mercado «*puede encontrarse el precio del producto, pero también su nivel de innovación, su calidad en diversos aspectos*» (apartado n. 12).

Lo señala con precisión el TJUE, en los apartados dedicados a la necesaria cooperación entre autoridades de competencia y de protección de datos, que hemos examinado en el epígrafe anterior: «*la conformidad o no conformidad de tales actividades con las disposiciones del RGPD puede constituir, en su caso, un indicio relevante, entre las circunstancias pertinentes del caso concreto, para determinar si dichas actividades constituyen medios que rigen una competencia normal y para evaluar las consecuencias de una determinada práctica en el mercado o para los consumidores*» (92) .

Y, añade seguidamente una afirmación bastante categórica —este texto es el que hemos elegido para el encabezamiento de este artículo— y que marca, en nuestra opinión, el adecuado marco de interacción entre ambos ordenamientos:

«el acceso a los datos personales y la posibilidad del tratamiento de estos se han convertido en un parámetro significativo de la competencia entre empresas de la economía digital. Por lo tanto, excluir las normas en materia de protección de datos personales del marco jurídico que las autoridades de defensa de la competencia deben tomar en consideración al examinar un abuso de posición dominante ignoraría la realidad de esta evolución económica y podría menoscabar la efectividad del Derecho de la competencia en el seno de la Unión» (93) .

De ahí que las empresas tengan un incentivo para implementar estrategias de protección de datos que les sirvan para crear o reforzar una posición dominante en el mercado (94) , ya sea con un aumento o una disminución de los niveles de protección en la recogida y procesamiento de los datos de sus usuarios, o de empresas que operan en sus plataformas. De esta forma, la disminución de la protección de la privacidad podría constituir un abuso de explotación a los usuarios finales. Como recientes aportaciones doctrinales han señalado (95) muy acertadamente, el aumento de la protección de la privacidad podría excluir o discriminar a los rivales, tal y como alegan los demandantes en las investigaciones alemanas y francesas sobre la transparencia del seguimiento de las aplicaciones de *Apple* (ATT).

Sin embargo, como desarrollaremos a continuación, las consideraciones relativas estrictamente a la protección de la privacidad, operan en el ámbito de los posibles efectos *explotativos* del abuso. En cambio, la mayoría de los casos de efectos de *exclusión* se refieren a conductas relacionadas con los datos en un sentido amplio, no necesariamente ligado a teorías del daño específicas de la privacidad. Como se ha señalado en un extenso informe (96) , estas teorías de exclusión relacionadas con los datos incluyen: 1) la exclusión de rivales competitivamente significativos en el mercado de datos, a través de medios de recogida de datos, o mediante acuerdos de exclusividad, o la agrupación o vinculación de servicios; 2) el uso de datos para trasladar un monopolio de un mercado a otro; y 3) los datos como un recurso o infraestructura esencial, a la que los rivales

necesitan acceder para competir eficazmente.

2. La potencial infracción del RGPD y el carácter explotativo de la recogida de datos

Llegamos ya al núcleo de la STJUE en el caso *Meta Platforms Inc.*, en el que intentaremos responder a la pregunta planteada en el título de este comentario: ¿cabe un abuso de dominio ex art. 102 TFUE sobre la base de una infracción del RGPD?

Como tantas veces ocurre en la jurisprudencia de la Corte Luxemburguesa, tenemos que adelantar —para no generar falsas expectativas— que no se da una respuesta clara y unívoca a esta pregunta, por lo que la cuestión queda abierta al debate, y habrá de irse perfilando en ulteriores pronunciamientos.

En efecto, recordemos que el *Bundeskartellamt* consideró que el tratamiento de los datos de los usuarios afectados (el no darles opción a otorgar consentimiento separado para los datos que recogía de dentro de la red y de fuera, que hemos llamado el «bundling of consent»), tal como estaba previsto en las condiciones generales y según lo llevaba a cabo *Meta Platforms Ireland*, constituía una explotación abusiva de la posición dominante de dicha sociedad en el mercado de las redes sociales en línea para usuarios privados en Alemania.

Tras la anulación de la decisión de la FCO por parte del OLG, el BGH la confirma, aunque con un razonamiento distinto: según el Tribunal federal, el núcleo de la abusividad de la conducta de Facebook no era tanto por la infracción de la normativa de protección de datos, y en consecuencia la violación del derecho fundamental de privacidad de los usuarios, como lo que llama su «derecho básico de autodeterminación informacional» (97), que —a diferencia del ámbito de la UE— sí está reconocido y protegido por la constitución alemana.

Conforme al razonamiento del BGH, al obligar —a través de los TyC— a los usuarios a prestar un consentimiento tan amplio e indiscriminado a la recogida y tratamiento de sus datos, que incluía tanto los que la plataforma extrae de la actividad dentro de ella como los provenientes de terceros y otras páginas web, y no concederles una opción de prestar un consentimiento restringido que supusiera un servicio (de publicidad) menos «personalizado», se estaba violando su derecho a auto-determinar el grado de información personal que querían poner en manos de Facebook (98).

De ahí que, tras el largo periplo judicial que hemos reseñado, el *Oberlandesgericht Düsseldorf* planteara la siguiente cuestión prejudicial al TJUE (la número 6ª en su escrito):

¿Es posible una prestación válida y, en particular libre del consentimiento en el sentido del artículo 4, punto 11, del RGPD, frente a una empresa con posición dominante, como [Meta Platforms Ireland], especialmente a efectos de los artículos 6, apartado 1, letra a), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD?

Como puede fácilmente apreciarse, el núcleo de la conducta abusiva —habida cuenta de que la posición dominante de Facebook en el mercado de las redes sociales no se cuestiona— es si los TyC que impone a los usuarios priva de libertad y validez al consentimiento que tienen que otorgar para disfrutar de ese servicio digital, siempre conforme a las previsiones del RGPD.

Puede verse, por tanto, que el examen que el TJUE hace no es tanto del art. 102 TFUE, como de las previsiones del RGPD en cuanto a la validez del consentimiento, y las razones que pueden legitimar o justificar la conducta de la empresa que lo exige. De hecho, como ya hemos señalado en la introducción, el grueso de este pronunciamiento —encaminado a responder a las cuestiones prejudiciales 2ª a 5ª (apartados 64 a 139)— es exclusivamente sobre protección de datos e interpretación del RGPD. Por su parte, sólo las cuestiones prejudiciales 1ª y 7ª (apartados 36 a 63) tocan lo relativo a la cooperación entre las respectivas autoridades de *enforcement*, y únicamente los apartados finales de la sentencia (números 140 a 154) examinan la cuestión del posible abuso de posición dominante, en respuesta a dicha cuestión prejudicial 6ª.

En sus conclusiones, el AG Rantos había señalado (apartado nº 75) que cualquier posición dominante en el mercado que tenga un responsable del tratamiento de datos personales que opere una red social es un factor a la hora de valorar si los usuarios de dicha red han dado su consentimiento libremente. En efecto, el poder de mercado del responsable del tratamiento podría dar lugar a un claro desequilibrio en el sentido del art. 43 del RGPD. Sin embargo, debe aclararse que para que dicho poder de mercado poder de mercado sea relevante desde el punto de vista de la aplicación del RGPD, no debe considerarse necesariamente una posición dominante en el sentido del artículo 102 del TFUE. Además, esta circunstancia por sí sola no puede, en principio, invalidar el consentimiento.

El TJUE, en su pronunciamiento del pasado 4 de julio de 2023, hace suyo este razonamiento, y concluye que:

«el hecho de que el operador de una red social en línea ocupe una posición dominante en el mercado de las redes sociales en línea no impide, como tal, que los usuarios de tal red puedan prestar válidamente su consentimiento, con arreglo al artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento, al tratamiento de sus datos personales efectuado por ese operador. No obstante, esta circunstancia constituye un elemento relevante para determinar si el consentimiento ha sido efectivamente prestado válidamente y libremente, lo que incumbe probar a dicho operador» (99) .

Para llegar a esta conclusión el TJUE parte del concepto de «consentimiento del interesado» contenido en el art. 4.11 RGPD que se define como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen».

Antes había señalado (100) las circunstancias en las cuales no debe considerarse ese consentimiento libremente prestado:

- 1) • cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno;
- 2) • cuando exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento;
- 3) • cuando no permite autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto;
- 4) • cuando la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.

Por tanto, a efectos de infracción del RGPD (que no del art. 102 TFUE), la posición de dominio de que goza Facebook es, hasta cierto punto, irrelevante; la clave está en el «desequilibrio manifiesto» (101) (en el sentido del considerando 43 RGPD) entre el interesado y el responsable de tratamiento que esa posición dominante provoca, que a su vez favorece, o propicia, o permite, o incluso induce, a la imposición de TyC que no son estrictamente necesarias para la ejecución del contrato.

Además de indicar (102) que la carga de la prueba sobre el consentimiento del interesado recae en el responsable del tratamiento, el TJUE aporta (103) algunas claves de cómo debe actuar la empresa para garantizar la legalidad de sus TyC, y por tanto la conformidad de su conducta con el RGPD:

- 1) • disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea;

- 2) • que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada (104) , una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos;
- 3) • que pueda darse un consentimiento separado para el tratamiento, por un lado, de los datos relativos a su comportamiento dentro de la red social y, por otro, de los datos *off* Facebook.

Por tanto, la última palabra sobre si el consentimiento de los usuarios de Facebook en Alemania fue prestado con entera libertad y validez conforme a las exigencias del RGPD recae en el tribunal de Düsseldorf, o el propio BHG. El TJUE no entra a discutir esa cuestión, simplemente da las pautas interpretativas necesarias, y aunque la respuesta a la cuestión prejudicial planteada pueda resultar algo decepcionante —a la luz, también, de la expectativa que había generado este caso—, arroja por lo menos algo de seguridad jurídica sobre esta cuestión.

Desde luego, nada dice el TJUE —no estaba en la cuestión prejudicial, y por tanto tampoco se pronuncia sobre ello el AG en sus Conclusiones— sobre la causalidad: si basta una relación causal en la conducta (Meta podía imponer las cláusulas abusivas únicamente debido a que ostentaba una posición dominante en el mercado) o hay que establecer una conexión en cuanto al resultado (los TyC de la red social provocan un efecto restrictivo de la competencia).

Como ya hemos señalado, el TJUE rechaza una justificación del consentimiento del interesado cuando la empresa dominante no ofrece su principal prestación contractual sin un tratamiento de datos relacionado y no necesario. En este sentido, la violación del GDPR resultante de la falta de dicho consentimiento constituiría un «indicio relevante» (105) para la constatación de un abuso en el sentido del art. 102 TFUE. Esta línea de razonamiento no aporta ningún tipo de indicio o prueba para determinar si sólo la posición dominante hizo posible el nexo causal entre el acceso a la red social y el tratamiento de datos «no necesario».

De ahí que exista un cierto consenso en la doctrina (106) en que calificar la recopilación «excesiva» de datos como un abuso de carácter *explotativo* contrario al art. 102 TFUE es un poco forzado, pese a que indudablemente sí contravenga las previsiones sobre privacidad contempladas en el RGPD. Igualmente discutible —aunque está bien argumentada— es el intento de construir una teoría del daño en este asunto sobre la consideración de los datos como un objeto sobre el cual los individuos ostentan un derecho —fundamental— de propiedad (107) (conforme al art. 17 de la CDFEU).

A este respecto, y aunque se aplica sobre todo al ámbito de control de concentraciones, una interesante teoría del daño es la planteada por algunos autores (108) , conforme a la cual una empresa dominante en su mercado entra en un mercado distinto, muy «rico en datos» y lleva a cabo una práctica de precios predatorios, así como vinculación de políticas de privacidad. Esto le permite la agrupación de los datos del usuario en todas las fuentes. La adquisición de datos en el mercado secundario confiere una ventaja en el mercado primario de datos intensivos que protege a la empresa dominante de la entrada de otros competidores, perjudicando así a los consumidores, y constituyendo un abuso de carácter explotativo.

El paralelismo con la conducta de Facebook en el mercado de las redes sociales en Alemania —y otros adyacentes, como por ejemplo el que hemos comentado ya de la publicidad personalizada— arroja por lo menos algunas claves para analizar el carácter competitivo o anticompetitivo de sus prácticas. El Informe de la OCDE de 2020 recoge (109) esta teoría del daño, bajo el nombre de *privacy policy tying*, y es perfectamente aplicable a las conductas de abuso de dominio en los nuevos ecosistemas digitales.

3. ¿Efecto excluyente de la conducta?

Entre las posibilidades que se han manejado para configurar como abusiva la conducta de Facebook en el mercado alemán de las redes sociales está la del «tradicional» abuso en mercados conexos. En efecto, esta figura, ya conocida —y sancionada— en el acervo antitrust comunitario

(110) , ha cobrado un nuevo vigor en el ámbito de los mercados digitales, en los que el modelo de negocio de ecosistema que desarrollan las grandes plataformas propicia que trasladen —a esto se refiere, con dudosa precisión jurídica, el término «apalancamiento» con el que suele traducirse el nombre inglés de esta conducta, el *leveraging*— su posición de dominio en un mercado, o submercado, a otro adyacente, en el que están integrados vertical u horizontalmente, o con los que tienen vínculos que permiten la conducta.

Quizá el ejemplo más claro —y reciente— para ilustrar esta posibilidad del ya conocido como *data leveraging* (111) sea la Sentencia del TJUE del pasado 12 de mayo de 2022 en el asunto *ENEL* (112) , que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano, en el que la anterior monopolista disfrutaba de un acceso —que sus competidores no podían replicar— a los datos de sus clientes, y que utilizó para asegurarse su traslado del mercado libre al regulado.

El núcleo de la conducta abusiva está en la actuación de la empresa sobre algo tan propio del ámbito de la protección de datos como es el recabar el consentimiento, con falta de transparencia y a través de una oferta discriminatoria:

«De ello resulta que, en la medida en que la explotación abusiva de una posición dominante se aprecia a la luz de la capacidad de la conducta controvertida para producir efectos excluyentes, y no en vista de sus efectos concretos, si se demostrase que SEN solicitó a sus clientes el consentimiento para recibir ofertas, respectivamente, de sociedades del grupo ENEL y de sus competidores, de manera discriminatoria, esta circunstancia bastaría por sí sola para demostrar que el comportamiento de la empresa formada por al menos SEN y EE podía menoscabar el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada» (apartado n. 102).

Este enfoque contrasta con las Conclusiones del A.G. Rantos, presentadas (113) el 9 de diciembre de 2021, que en cambio sugería una teoría del daño basada en la replicabilidad (114) de los datos, a los que *Servizio Elettrico Nazionale* había tenido acceso en su etapa de monopolista, y estaba ahora utilizando para llevar a cabo una práctica anticompetitiva en el mercado conexo liberalizado.

A la luz de esta jurisprudencia, bien podría argumentarse que *Meta*, a través de diversas prácticas de vinculación ilícita —entre el consentimiento necesario para operar su servicio esencial, y otros servicios no esenciales; entre los datos que recaba de la actuación del interesado en la red social y los datos que recaba *off* Facebook— implementadas siempre vía sus TyC, está generando unas barreras de entrada que impiden el acceso de sus competidores a los datos de sus usuarios, fortaleciendo así su posición dominante en el mercado de referencia, extendiéndolo a otros mercados conexos —como la publicidad on-line— y con el consiguiente efecto excluyente. Como ya hemos señalado en la introducción, la FCO se limita a apuntar esta posibilidad, sin desarrollar una teoría del daño sólida. Esta es, con razón, una de las cosas que el OLG le reprocha (115) a la autoridad alemana de competencia.

En cambio, en su decisión que anula la del OLG, el BGH sí desarrolla (116) un poco más el razonamiento, indicando que el carácter abusivo de la conducta de Facebook era resultado no sólo de los efectos de carácter explotativo que generaba sobre los usuarios de la red social, sino de los efectos de carácter anticompetitivo que provocaba en los mercados, especialmente los de publicidad on-line.

Por ello, al igual que respecto de los aspectos de carácter *explotativo* que hemos visto en el apartado anterior, en un ejercicio de imaginar escenarios parecidos al del caso Facebook, sería también posible construir una teoría del daño en torno al carácter *anticompetitivo* contrario al art. 102 TFUE de una conducta de «negativa de dar acceso» (117) a terceros a los datos que necesita para competir en el mercado de forma eficiente.

En efecto —pero esto ya es pura especulación, dado que este supuesto no se planteó en la

decisión inicial de la FCO ni se menciona en la cuestión prejudicial o la STJUE— podría acudir, en este tipo de supuestos, a la clásica práctica de la negativa de suministro (*refusal-to-supply*), que es una de las modalidades más frecuentes de abuso de posición dominante, y posiblemente una de las que más doctrina y jurisprudencia han generado. Sobre la premisa que hemos sentado de la importancia de los datos en la economía digital, y como ya se ha planteado la doctrina (118) , ¿podrían considerarse los datos de los usuarios de Facebook como un recurso esencial (*essential facility*) al que, en las condiciones establecidas por la jurisprudencia comunitaria, estoy obligado (*duty-to-deal*) a dar acceso a mis competidores?

Sobre esta cuestión no hay, en la actualidad, consenso (119) , y la total inexistencia de pronunciamientos de los tribunales o decisiones de las autoridades de competencia complica enormemente extraer pautas que permitan un análisis de la práctica. Sin embargo, sobre los efectos perniciosos que el ejercicio (abusivo) de la superioridad en la recogida y tratamiento de datos que empresas como Google y Facebook tienen de cara al mercado de la publicidad personalizada, sí hay ya estudios e informes (120) que demuestran que ese «bundling of consent» del que venimos hablando en estas páginas tiene efectos de exclusión, y puede por tanto considerarse como un abuso de posición dominante.

Por otro lado, la práctica del *data leveraging* (en este caso no de datos personales, sino empresariales) está también en el núcleo del expediente sancionador por abuso de posición dominante incoado contra *Amazon* por la Comisión Europea, y que como es sabido finalmente se ha cerrado a través de una transacción (121) .

Ha sido una especie de cumplimiento anticipado de lo que señala la DMA, en su considerando nº 46:

«un guardián de acceso puede aprovechar su doble función para utilizar los datos generados o suministrados por sus usuarios profesionales en el marco de las actividades que dichos usuarios profesionales desarrollan cuando utilizan los servicios básicos de plataforma, o los servicios prestados junto con los servicios básicos de plataforma o en apoyo de tales servicios, en beneficio de sus propios servicios o productos».

La teoría del daño aplicable a esta práctica es denominada en el Informe OCDE como *forced free riding* (122) , fundamentándola en estudios de un sector doctrinal (123) .

IV. Implicaciones a futuro: interrelación entre el art. 102 TFUE, el RGPD y la DMA

Como se ha señalado (124) acertadamente, en estos nuevos ecosistemas digitales de poco valen las teorías schumpeterianas de la «creación destructiva», y se precisa una firme intervención tanto regulatoria como antitrust. Combinar la aplicación del derecho de competencia —*ex post*— con la normativa sectorial —*ex ante*—, que además está ahora mismo repartida en dos normas distintas, el RGPD y la DMA, supone posiblemente uno de los grandes retos jurídicos a los que se enfrenta la UE en el ámbito de los mercados digitales (125) .

Desde luego que el enfoque adoptado por la DMA no ha sido pacíficamente admitido por todos (126) , y que la interrelación de este Reglamento con el Derecho de la Competencia dista todavía mucho de ser óptima (127) . Aún a riesgo de ser reiterativos, insistimos en que su objetivo no es la prohibición de las conductas de abuso de dominio (que siguen estando contempladas en el art. 102 TFUE) de las plataformas en línea, sino la consecución de unos mercados digitales «equitativos y disputables» (128) .

A los efectos que nos interesan aquí, del caso Facebook, hay que señalar igualmente que, pese a que las cuestiones respecto a los datos están presentes en las obligaciones de los artículos 5 y 6 de la DMA, el debate de esta trascendental cuestión ha no ha merecido la atención que necesitaba (129) en todo el proceso de elaboración de la norma, y teniendo en cuenta su importancia de cara precisamente a la disputabilidad de los mercados, la somera referencia que se hace en el

Considerando n° 36 es a todas luces insuficiente:

«El tratamiento, a efectos de la prestación de servicios de publicidad en línea, de datos personales de terceros que utilicen servicios básicos de plataforma proporciona a los guardianes de acceso ventajas potenciales en términos de acumulación de datos, lo que crea obstáculos a la entrada al mercado. Esto se debe a que los guardianes de acceso tratan datos personales de un número considerablemente mayor de terceros que otras empresas».

Es imposible una lectura atenta de este considerando que no evoque el caso Facebook en Alemania, y las decisiones de la FCO y el BLG. Como es evidente también que la Comisión Europea ha reflejado «algo» de la discusión de todo ese asunto en el art. 5.2 de la DMA:

«El guardián de acceso se abstendrá de realizar lo siguiente:

- a) • tratar, con el fin de prestar servicios de publicidad en línea, los datos personales de los usuarios finales que utilicen servicios de terceros que hagan uso de servicios básicos de plataforma del guardián de acceso;*
- b) • combinar datos personales procedentes de los servicios básicos de plataforma pertinentes con datos personales procedentes de cualesquiera servicios básicos de plataforma adicionales o de cualquier otro servicio que proporcione el guardián de acceso o con datos personales procedentes de servicios de terceros;*
- c) • cruzar datos personales procedentes del servicio básico de plataforma pertinente con otros servicios que proporcione el guardián de acceso por separado, entre ellos otros servicios básicos de plataforma, y viceversa, y*
- d) • iniciar la sesión de usuarios finales en otros servicios del guardián de acceso para combinar datos personales;*

salvo que se le haya presentado al usuario final esa opción específica y este haya dado su consentimiento en el sentido del artículo 4, punto 11, y del artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679».

Puede fácilmente apreciarse que dicho precepto —dicha obligación impuesta a los *gatekeepers*, como Google o Facebook— parece redactado para evitar situaciones y conductas exactamente iguales a las acaecidas en el mercado de las redes sociales en Alemania. Desde luego, es un perfecto reflejo de los *remedies* en el caso ante la FCO, en cuanto a asegurar la capacidad de elección del usuario en cuanto a la combinación por parte de la plataforma de datos recogidos de diferentes fuentes.

Y, donde fácilmente pueden encontrarse «ecos» del caso *Bundeskartellamt c. Facebook* es en el tratamiento que la DMA hace de la publicidad personalizada. Como es sabido, el art. 15 de este nuevo Reglamento establece la obligación de los *gatekeepers* de presentar a la Comisión «una descripción auditada independientemente de las técnicas para elaborar perfiles de los consumidores que apliquen en sus servicios básicos de plataforma enumerados en la decisión de designación».

El considerando n° 72 de la DMA aporta la razón de ser de esta obligación: «Los intereses de protección de datos y privacidad de los usuarios finales son pertinentes para cualquier evaluación de los posibles efectos negativos de la práctica observada de los guardianes de acceso de recopilar y acumular grandes cantidades de datos de los usuarios finales». Y el objetivo de buscar esta transparencia no es garantizar la privacidad de los usuarios, sino —conforme a la finalidad última de la DMA— la disputabilidad de los mercados.

En la línea de lo que hemos contemplado en la argumentación inicial de la FCO en su decisión respecto de la actuación de Facebook en Alemania, la preocupación de la DMA es que esas ingentes cantidades de datos y la especial capacidad de procesamiento que llevan a cabo las plataformas

digitales hagan que «*que las potenciales empresas entrantes o emergentes no pueden acceder a los datos en la misma medida y profundidad, ni a una escala similar*», lo que acabaría constituyendo una barrera de entrada, y terreno abonado para abusos de exclusión.

En fechas recientes, el 31 de julio de 2023, la CE ha sometido a consulta pública una plantilla (130) para llevar a cumplimiento esta obligación, a la que ya han formulado sus comentarios (131) , el pasado 20 de septiembre de 2023, la *European Data Protection Board* (EDPB) junto con el *European Data Protection Supervisor* (EDPS). Lo que pone de manifiesto este documento es, una vez más, la complementariedad (132) entre el RPDG y la DMA.

En cualquier caso, dado que la FCO aplicó derecho alemán —no el art. 102 TFUE—, que la STJUE del pasado 4 de julio de 2023 habla sobre todo del RPDG y apenas nada de abuso de posición dominante, y que la DMA está todavía recién estrenada, pocas pautas pueden extraerse, con carácter general, del caso Facebook en Alemania. Una cosa sí está clara, y es que se ha puesto encima de la mesa, y abierto al debate, una nueva medida para problemas de privacidad/competencia: obligar a las firmas en posición dominante (o, según se mire, a los *gatekeepers*) a que aseguren a los usuarios de sus plataformas digitales un mínimo estándar de elección (y, por tanto, control) sobre el uso de sus datos personales.

Concluimos este apartado con unas palabras que sintetizan la valoración global que nos merece este asunto: «con el caso alemán de Facebook, la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán y la DMA, este concepto de un estándar mínimo de elección para los consumidores con respecto a sus decisiones sobre la recopilación y el uso de sus datos personales frente a empresas con poder mercado puede ser una nueva y poderosa herramienta para proteger la intimidad y la autodeterminación informativa de los consumidores. Al mismo tiempo, esto también puede tener efectos muy positivos sobre la competencia» (133) .

V. Valoración final y conclusiones

De todo lo dicho anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones.

1. El papel de los datos personales en los modelos de negocio de las nuevas plataformas digitales (de cara al negocio de la *publicidad personalizada*, por ejemplo) trasciende su tradicional consideración como rasgo de la persona y ligado a la protección del derecho fundamental de la privacidad, para su valoración netamente económica, y consideración como activo empresarial.

2. Como todo activo empresarial, el modelo de negocio en torno a él —articulado a través de los TyC que las plataformas exigen para disfrutar de los servicios que ofrecen—, las formas de recogida y tratamiento de los datos personales, está sometido al análisis del Derecho de la Competencia, tanto en su versión «tradicional» (principalmente a través de la prohibición de abuso de posición dominante del art. 102 TFUE como del control de concentraciones), como en su versión «modernizada», más de corte regulatorio que *antitrust*, y plasmada en la *Digital Markets Act* (DMA).

3. Con las limitaciones propias de todo asunto concreto, en una jurisdicción particular, que no deja de tener un contexto legal y económico propios, y no siempre generalizables, es evidente que el caso *Bundeskartellamt c. Facebook* ha puesto encima de la mesa, abiertas el debate, dos cuestiones que hasta ahora nunca se habían planteado. Por un lado, ¿hasta qué punto puede una autoridad de competencia valorar la infracción del RPDG? Por otro, ¿cabe hablar de un abuso de posición dominante a partir del tratamiento de los datos personales de usuarios?

4. Respecto a lo primero, el TJUE es claro en su pronunciamiento del pasado 4 de julio de 2023, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Düsseldorf, y que ha sido objeto de análisis en estas páginas: una autoridad de competencia puede concluir, en el marco del examen de un abuso de posición dominante por parte de una empresa, con arreglo al artículo 102 TFUE, que las condiciones generales del servicio de dicha empresa relativas al tratamiento de los datos personales y la aplicación de esas condiciones no son conformes con el RPDG, cuando esa

conclusión sea necesaria para declarar la existencia de tal abuso.

5. Respecto a la segunda cuestión, el TJUE evita pronunciarse sobre los aspectos más controvertidos de la decisión de la FCO: el carácter —o no— abusivo de la conducta de Facebook en el mercado de las redes sociales privadas en Alemania, y su caracterización como práctica de carácter *explotativo* o de carácter *excluyente*. Sin duda que hubiera sido deseable alguna aclaración al respecto, que arrojará criterios de interpretación para casos similares. No ocurre así, y esto es en cierta forma decepcionante, teniendo en cuenta lo novedoso de este asunto, y su trascendencia, pero —ciñéndose estrictamente a los términos de la cuestión prejudicial planteada— se limita a señalar que la posición dominante de la popular plataforma no impide, por sí misma, que el consentimiento otorgado por los usuarios para el tratamiento de sus datos personales sea válido conforme a los términos del RGPD.

6. Falta, pues, desarrollar una teoría del daño sólida y económicamente fundada que además permita evaluar conjuntamente los aspectos de privacidad y competencia de este tipo de conductas, por otro lado tan frecuentes y propias de los nuevos ecosistemas digitales. A lo largo de estas páginas hemos hecho un somero recorrido por las principales propuestas que se han hecho por parte de la doctrina, señalando sus fortalezas y sus debilidades. En el ámbito estricto de la privacidad, las que nos han parecido mejor fundamentadas son las que la consideran como una dimensión de la calidad del producto o servicio, y por tanto su lesión puede configurarse como un abuso de carácter *explotativo* ya que reduce el bienestar del consumidor. En el ámbito más amplio de los datos personales como activo económico, dejando de lado las consideraciones de privacidad, pueden válidamente explorarse las teorías del daño asociadas a conductas abusivas de carácter *excluyente* como la negativa de suministro, el *tying* o *leveraging* o las infraestructuras esenciales.

7. Finalmente, el caso *Bundeskartellamt c. Facebook*, y en menor medida alguna de las consideraciones que la STJUE *Meta Platforms Inc.* recoge, plantean uno de los grandes retos que la regulación jurídica de los nuevos mercados digitales plantea: la articulación y el *enforcement* conjunto del RGPD, el art. 102 TFUE y la DMA. Algo de las contradicciones y complejidades que esto conlleva se ha esbozado en estas páginas; desde luego que junto al «aparato» legal (que posiblemente tendrá que irse adaptando y refinando aún más para hacer frente a estas nuevas situaciones), los necesarios estudios y aportaciones doctrinales, y la voluntad política de llevarlo a cabo, parece evidente que semejante tarea es del todo punto imposible sin la cooperación institucional entre las respectivas autoridades de competencia y de protección de datos.

VI. Bibliografía

AKMAN, P. (2022): «Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act», *European Law Review*, nº 1, pp. 85-114.

ALLENDESALAZAR, R. (2020), «Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones» en *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.

BINNS, R. y BIETTI, E. (2020): «Dissolving privacy, one merger at a time: competition, data and third party tracking», *Computer Law & Security Review*, n. 36 (April), pp. 2-19

BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey», *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.

BUITEN, M.C. (2020): «Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 9 (2), pp. 270-298. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>

CABRAL, L. et al. (2021): *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic*

Experts, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Documento disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>

CARUGATI, C. (2021): «The Antitrust Privacy Dilemma», 22 de noviembre de 2021. Disponible: <https://ssrn.com/abstract=3968829>

COLANGELO G. y MAGGIOLINO M. (2019): «Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?», *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 42 (3), p. 8. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>

COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017): «Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law», *Common Market Law Review*, 54 (1).

DÍEZ ESTELLA, F. (2003): «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del «*monopoly leveraging*» a las «*essential facilities*», *Revista de Derecho Mercantil*, n° 248, Abril-junio.

DÍEZ ESTELLA, F. (2022): Capítulo 2. ¿Es la privacidad un parámetro de la competencia?, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y ZURIMENDI ISLA, A. (Dir), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 51 a 72.

DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): «Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N° 1, pp. 169-195.

DOUGLAS, E. (2021): «Digital crossroads: the intersection of competition law and data privacy», *Temple University Legal Studies Research Paper No. 2021-40*, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3880737>

GASCÓN MARCÉN, A. (2021): «El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre), Vol. 13, N° 2, págs. 209 a 232.

GERADIN, D.; BANIA, K. y KARANIKIOTI, T. (2022): «The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation» (August 29, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4203907>

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2023): «La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pág. 495.

HAUCUP, J. (2019): «Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German Facebook decision», *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2-6.

HERRERO SUÁREZ, C. (2018): Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia, en PIÑAR MAÑAS, J.L. y DE LA CUADRA SALCEDO, T. (Dir): *Sociedad digital y Derecho*, Ed. Publicaciones Oficiales — BOE, Madrid, págs. 659 a 682.

HÖPPNER, T. (2022): «From Creative Destruction to Destruction of the Creatives: Innovation in Walled-Off Ecosystems» (June 24, 2022), *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 2.

IBÁÑEZ-COLOMO, P. (2022): «On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?», *Chillin' competition*, 18 de mayo de 2022, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>

KËLLEZI, P. (2019): «Data Protection and Competition Law: Non-Compliance as Abuse of Dominant Position» (December 14, 2019). Disponible en SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=3503860>

KERBER, W. (2022): «Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law», 67(2) *Antitrust Bulletin*.

KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): «The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law», *European Journal of Law and Economics*, vol. 54, pág. 237.

KOMNINOS, A. (2022): «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?» (June 14, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4136146>

LANDE, R. (2008): «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern», 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018): «Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization», *Telecommunications Policy*, n° 42, págs. 386 y 388.

LAROUICHE, P. y DE STREEL, A. (2021): «The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions», *Journal of European Comp. Law & Practice*, Vol. 12 (7), pp. 542-560.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M. (2018): «Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal», en *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 1ª ed., p. 26-27. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

OLMEDO PERALTA, E. (2021): *La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía de los datos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

PADILLA, J. y CONDORELLI, D. (2022): «Data-driven Envelopment with Privacy-Policy Tying», *Working Paper*, 12 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.condorelli.science/PEPPT.pdf>

PICHT, P. G. (2023): «CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence» (July 26, 2023). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4521320>

PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), ÁLVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. (2016): *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial REUS, Madrid.

PUSCAS, C. (2022): «AG Rantos: What is the legal framework for analysing data leveraging abuses under Article 102 TFUE», *Kluwer Competition Law Blog*, January 3, 2022. Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/01/03/>

RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): «Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, págs. 200-216.

RIBERA MARTÍNEZ, A. (2023): «Getting Clued Into The Interplay Between Data Protection Regulation and Competition Law in Case C-252/21 Meta Platforms and Others (Conditions Générales d'Utilisation d'un Réseau Social)», 5 de julio de 2023, *Kluwer Competition Blog*: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/07/05/>

ROBERTSON, V. (2020): «Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data», 57 *Common Market Law Review*, pp. 161-189.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2021): «Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 363 a 384.

RYAN, D. (2021): «Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach

to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), págs .84-112.

SCHMIDT-SAMEK, P. (2023): «Data-related exploitative abuse of a dominant position and the Fundamental Right to Property. Art. 17 CFR as a possible key to the German Facebook case (Meta case)», *German Law Journal*, Vol. 09 No. 31, Pages 1375-1410.

SCHWEITZER, H. (2021): «The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal» (April 30, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3837341>

SHELANSKI, H. (2013): «Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, pp. 1673-1705.

SOKOL, D. y ZHU, F. (2021): «Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple's iOS 14 Policy Updates», *Competition Policy International*, May 2021.

STOJANOVIC, M. (2020): «Can competition law protect consumers in cases of a dominant company breach of data protection rules?», *European Competition Journal*, Vol. 16 (2-3), pp. 531-569.

TAMAYO VELASCO, J. (2021): «Big Data, Competencia y Protección de Datos: el Rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada», *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, Julio-diciembre 2021, pp. 183-202.

UNEKBAS, S. (2022): «Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU», *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 — Issue 2/2022.

VESTAGER, M.: SPEECH «*Clearing the path for Innovation*», Web Summit, Lisboa (Portugal), 7 de noviembre de 2017. Disponible en: https://commissioners.ec.europa.eu/2014-2019/vestager/announcements/clearing-path-innovation_en

VOLMAR N. M., HELMDACHB O. K. (2018): «Protecting consumer and their data trough competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation», *European Competition Journal*, vol. 14, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>

WILS, W. (2011): «EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees» en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, pp. 1-32.

WITT, A. C. (2021): «Excessive data collection as a form of anticompetitive conduct - The German Facebook case», *The Antitrust Bulletin*, 66 (2), 276-307.

(1) *Vid.*, con carácter general: OLMEDO PERALTA, E. (2021): *La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía de los datos*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Ver Texto

(2) Resolución de 25 de marzo de 2021, sobre una *Estrategia Europea de Datos* (2020/2217(INI)). En <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066>.

Ver Texto

- (3) D.O.U.E. L 119, 4.5.2016, p. 1-88 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>).
Ver Texto
- (4) *Vid.*, entre otras muchas obras de gran relevancia que podrían citarse aquí, por todas, PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), ÁLVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. (Coords.): *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Editorial REUS, Madrid 2016.
Ver Texto
- (5) GASCÓN MARCÉN, A.: «El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, N° 2, págs. 209 a 232.
Ver Texto
- (6) MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M. (2018): «Capítulo 2. La dignidad humana y los derechos personalísimos como punto de partida de un derecho a la protección de datos de carácter personal», en *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 1ª ed., p. 26-27. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.
Ver Texto
- (7) Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). DOUE núm. 265, de 12 de octubre de 2022, páginas 1 a 66.
Ver Texto
- (8) Permítase, sobre esta cuestión, la referencia a DÍEZ ESTELLA, F. y RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): «Derecho de la Competencia vs. Privacidad: ¿el gran dilema en los nuevos mercados digitales?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N° 1, pp. 169-195.
Ver Texto
- (9) Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 4 de julio de 2023, As. C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537).
Ver Texto
- (10) Hay que precisar que la FCO no aplicó a esta conducta el art. 102 TFUE, sino la *Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley Alemana de Competencia), en concreto la Secc. 19 GWB, pero es igualmente válido el análisis a los efectos que nos interesan, y el ulterior planteamiento de la cuestión prejudicial que el TJUE resuelve.
Ver Texto
- (11) Se ha reprochado —con razón— a la FCO que se limitara a «enunciar» este efecto excluyente de la conducta de Facebook, sin desarrollarla ni construir una sólida teoría del daño al respecto; *Vid.*, entre otros, KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): «The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law», *European Journal of Law and Economics*, vol. 54, pág. 237.
Ver Texto
- (12) DÍEZ ESTELLA, F. (2022): Capítulo 2. ¿Es la privacidad un parámetro de la competencia?, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y ZURIMENDI ISLA, A. (Dir.), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2022*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 51 a 72.
Ver Texto
- (13) CARUGATI, C. (2021): «The Antitrust Privacy Dilemma». Disponible: <https://ssrn.com/abstract=3968829>
Ver Texto

- (14) COSTA-CABRAL, F., y LYNSKEY, O. (2017): «Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law», *Common Market Law Review*, 54 (1).
Ver Texto
- (15) BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey», *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.
Ver Texto
- (16) Destacan, defendiendo esta postura, KËLLEZI, P.: (2019): «Data Protection and Competition Law: Non-Compliance as Abuse of Dominant Position» (December 14, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3503860>; BUITEN, M.C. (2020): «Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 9 (2), pp. 270-298. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>.
Ver Texto
- (17) Vid., entre otros, BINNS, R. y BIETTI, E. (2020): «Dissolving privacy, one merger at a time: competition, data and third party tracking», *Computer Law & Security Review*, n. 36 (April), pp. 2-19; STOJANOVIC, M. (2020): «Can competition law protect consumers in cases of a dominant company breach of data protection rules?», *European Competition Journal*, Vol. 16 (2-3), pp. 531-569.
Ver Texto
- (18) DOUGLAS, E. (2021): «Digital crossroads: the intersection of competition law and data privacy», *Temple University Legal Studies Research Paper No. 2021-40*, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3880737>
Ver Texto
- (19) TAMAYO VELASCO, J. (2021): «Big Data, Competencia y Protección de Datos: el Rol del Reglamento General de Protección de Datos en los modelos de negocio basados en la publicidad personalizada», *Revista de Estudios Europeos*, nº 78, Julio-diciembre 2021, pp. 183-202.
Ver Texto
- (20) Declaración conjunta de ambas autoridades: «*Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*», del 19 de mayo de 2021. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf
Ver Texto
- (21) KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): «The German Facebook Case...», *cit.*
Ver Texto
- (22) GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M. (2023): «La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pág. 495.
Ver Texto
- (23) DOUGLAS, E. (2021): «Digital crossroads...», *cit.* pág. 9.
Ver Texto
- (24) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 27.
Ver Texto
- (25) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 28.
Ver Texto

(26) Conviene hacer notar aquí que, a diferencia de lo previsto en el art. 102 TFUE, o en la mayoría de las legislaciones de los estados miembros, como por ejemplo nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el párrafo 18.3 (a) de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* explícitamente hace referencia a los datos como fuente de poder de mercado.

Ver Texto

(27) BOTTA, M. y WIEDEMANN, K. (2019): «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey», *The Antitrust Bulletin*, Vol. 64 (3), pp. 428-446.

Ver Texto

(28) VOLMAR N. M., HELMDACHB O. K. (2018): «Protecting consumer and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of Federal Cartel Office's Facebook investigation», *European Competition Journal*, vol. 14, no. 2-3, pp. 195-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>

Ver Texto

(29) Competition & Markets Authority y Information Commissioner's Office. (2021). *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, p. 19.

Ver Texto

(30) COLANGELO G. y MAGGIOLINO M. (2019): «Antitrust über alles. Whither Competition Law after Facebook?», *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 42 (3), p. 8. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3362428>

Ver Texto

(31) Según la FCO, aunque los anuncios mostrados podrían ser menos eficaces y precisos, *Facebook* seguiría siendo capaz de prestar el servicio de perfilación de usuarios a los anunciantes (*Facebook*, asunto B6-22/16, párrafo 695).

Ver Texto

(32) *Facebook c. Bundeskartellamt*, asunto B6-22/16, Case Summary, 15 de Febrero 2019, p. 4. Disponible en:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Ver Texto

(33) *Ibidem*, sección (b) Parallel use of services and high barriers for switching, Section 18(3a) no. 2 GWB, pp. 128-135.

Ver Texto

(34) *Facebook*, asunto B6-22/16, párrafos 469-472.

Ver Texto

(35) *Ibidem*, sección (e) Innovation-driven competitive, Section 18(3a) no.5 GWB, pp. 143-148.

Ver Texto

(36) *Facebook*, asunto B6-22/16. Texto íntegro de la decisión disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100

Ver Texto

(37) *Ibidem*, párrafo 873.

Ver Texto

- (38)** OLG, Facebook, asunto VI-Kart 1/19, p. 6. La traducción al español ha sido realizada a partir de del texto en inglés de la decisión del *D'Kart Antitrust Blog*, disponible en: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English-1.pdf> (traducción no oficial).
Ver Texto
- (39)** OLG, Facebook, asunto VI-Kart 1/19, p. 7, letra b).
Ver Texto
- (40)** OLG, Facebook, asunto VI-Kart 1/19, cit., p. 10.
Ver Texto
- (41)** Tribunal Federal de Justicia, Comunicado de prensa núm. 080/2020, 23 de junio de 2020. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2
Ver Texto
- (42)** ACQUISTI A. (2012), *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*, Digital Enlightenment Yearbook. Texto íntegro disponible en el repositorio digital Academia.edu: https://www.academia.edu/37950758/Nudging_Privacy_The_Behavioral_Economics_of_Personal_Information
Ver Texto
- (43)** BHG, Facebook, asunto KVR 69/19, par. 94. Disponible (exclusivamente en alemán) en la página web del Tribunal: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bedd4af3c9d89a4dcaa64fc85d244e9e&nr=109506&pos=0&anz=107>
Ver Texto
- (44)** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 22 de abril de 2021 — *Facebook Inc. y otros / Bundeskartellamt* (Asunto C-252/21) (2021/C 320/20).
Ver Texto
- (45)** Opinión del AG Rantos, de 20 de septiembre de 2022, As. C-252/21, *Meta Platforms Inc. v. Bundeskartellamt* (ECLI:EU:C:2022:704).
Ver Texto
- (46)** Es interesante hacer notar que la primera de las cuestiones judiciales planteadas, sobre si podía la autoridad de competencia pronunciarse «a título principal» sobre una infracción del RGPD, el AG la considera directamente inoperante, y por tanto no le da respuesta (Conclusiones, nn. 17 a 20). Sí lo hace el TJUE, pero pasando por encima de ella —ya que la respuesta es obvia— y respondiendo conjuntamente a las preguntas 1ª y 7ª.
Ver Texto
- (47)** STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 53.
Ver Texto
- (48)** STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 55.
Ver Texto
- (49)** PICHT, P. G. (2023): «CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence» (July 26, 2023). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4521320>
Ver Texto
- (50)** STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 56.
Ver Texto

(51) *Ibid.*

Ver Texto

(52) Conclusiones del AG Rantos, As. C-252/21, de 20 de septiembre de 2022, apartado n. 30.

Ver Texto

(53) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2012 — Asunto C-457/10, P *AstraZeneca AB, AstraZeneca plc / Comisión Europea, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)*.

Ver Texto

(54) Resolución de la CNMC, de 21 de octubre de 2022, Expte. S/0026/19 - *Merck Sharp Dome*.

Ver Texto

(55) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartados nn. 56 y 57.

Ver Texto

(56) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 58.

Ver Texto

(57) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 59.

Ver Texto

(58) Tal como recoge el apartado n. 60 de la Sentencia, dichas autoridades consultadas fueron el el *Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* (BfDI) (Comisario Federal de Protección de Datos y Libertad de Información, Alemania), el *Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit* (Comisario de Protección de Datos y Libertad de Información de Hamburgo, Alemania), competente en lo que atañe a Facebook Deutschland, y la *Data Protection Commission* (DPC) (Autoridad de Protección de Datos, Irlanda).

Ver Texto

(59) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 61.

Ver Texto

(60) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 62.

Ver Texto

(61) *Vid.*, por todos, WILS, W. (2011): «EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees» en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, pp. 1-32.

Ver Texto

(62) OECD (2020), *Abuse of dominance in digital markets*. Disponible en la página web: www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf

Ver Texto

(63) Incidiendo en lo defectuoso de la interrelación entre la DMA y la normativa *antitrust* comunitaria, cuando hubiera sido sin duda deseable que se hubiera hecho con otro planteamiento, destacados autores y expertos en la materia no duda en calificar al nuevo Reglamento como un «hijo perdido» del Derecho de la Competencia; LAROUCHE, P. y DE STREEL, A. (2021): «The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions», *Journal of European Comp. Law & Practice*, Vol. 12 (7), pp. 542-560.

Ver Texto

(64) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1911

Ver Texto

- (65) Disponible en la página web de la Comisión Europea (el texto únicamente se encuentra en inglés): https://competition-policy.ec.europa.eu/document/3c8af31c-1bf0-467a-b4a7-a69da6e722bb_en

Ver Texto

- (66) Comunicación de la Comisión — *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, DOUE C45/7, de 24 de febrero de 2009.

Ver Texto

- (67) Disponible en la página web de la Comisión: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf

Ver Texto

- (68) HERRERO SUÁREZ, C.: Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia, en PIÑAR MAÑAS, J.L. y DE LA CUADRA SALCEDO, T. (Dir): *Sociedad digital y Derecho*, Ed. Publicaciones Oficiales — BOE, Madrid 2018, págs. 659 a 682.

Ver Texto

- (69) Asunto AT.39740 *Google Search (Shopping)*, June 27, 2017; Asunto AT.40099 *Google Android*, July 18, 2018; Asunto AT.40411 *Google Search (AdSense)*, March 20, 2019.

Ver Texto

- (70) STG de 10 de noviembre de 2021, Asunto T-612/17, *Google and Alphabet v. Commission* (ECLI:EU:T:2021:763), y STG de 14 de septiembre de 2022, Asunto T-604/18, *Google Android* (ECLI:EU:T:2022:432).

Ver Texto

- (71) Asunto AT.40452 *Apple (Mobile payments - Apple Pay)*; Asunto AT. 40437 *Apple-App Store Practices (music streaming)*; y Asunto AT.40652 *Apple-App Store Practices (e-books/audiobooks)*.

Ver Texto

- (72) Asunto AT.40703 *Amazon—Buy Box*.

Ver Texto

- (73) M. VESTAGER, Comisaria de la Competencia en la Unión Europea (Comisión Europea). SPEECH: «*Clearing the path for Innovation*», Web Summit, Lisboa (Portugal), 7 de noviembre de 2017. Disponible en: https://commissioners.ec.europa.eu/2014-2019/vestager/announcements/clearing-path-innovation_en

Ver Texto

- (74) *Vid.* un excelente estudio de esta cuestión en ALLENDESALAZAR, R. (2020), «Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones» en *Anuario de Derecho de la Competencia*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.

Ver Texto

- (75) Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2008 (COMP/M.4854 - *TomTom / TeleAtlas*).

Ver Texto

- (76) Decisión de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2008 (COMP/M.4731 - *Google / DoubleClick*).

Ver Texto

- (77) Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2014 (COMP/M.7217 - *Facebook / WhatsApp*).

Ver Texto

(78) Decisión de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2016 (COMP/M.8124 - *Microsoft/LinkedIn*).

Ver Texto

(79) *Ibidem*, pars. 255 y 350.

Ver Texto

(80) HERRERO SUÁREZ, C. (2018), «Capítulo 31. Big Data y Derecho de la Competencia», En DE LA QUADRA SALCEDO, T. y PIÑAR MAÑAS, J.L., *Sociedad digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid: Red. es y Boletín Oficial del Estado, pp. 666 a 672.

Ver Texto

(81) Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2018 (COMP/M.8788 - *Apple/Shazam*).

Ver Texto

(82) Decisión de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2020 (COMP/M.9660— *Google/Fitbit*).

Ver Texto

(83) La entidad resultante de la fusión tendría acceso al *Big Data* de *Fitbit*, que contiene sobre todo datos sanitarios de sus usuarios puesto que sus dispositivos recopilan información sobre el latido de su corazón, su ingesta de calorías diaria, las distancias recorridas o sus hábitos de sueño, entre otros.

Ver Texto

(84) Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 4 agosto de 2020, ref. IP/20/1446. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1446

Ver Texto

(85) CABRAL, L. et al. (2021): *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Centre, 2021, p. 20. Documento disponible en la página web de la Comisión Europea: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>

Ver Texto

(86) LANDE, R. (2008): «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern», 714 *FTC: Watch 1*; JUST N. (2018): «Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization», *Telecommunications Policy*, n° 42, págs. 386 y 388.

Ver Texto

(87) *OECD, Quality considerations in digital zero-price markets—Background note by the Secretariat*, November 28, 2018, pp 6-8.

Ver Texto

(88) https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en

Ver Texto

(89) A partir de las conclusiones del estudio: VVA, LE Europe, WIK-Consult, WIFO y GRIMALDI: «Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf

Ver Texto

(90) *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)*, de 9 de diciembre de 1997.

Ver Texto

(91) Toda la documentación en: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/bbb4908a-0462-4bb5-9d35-c59bcb4e22a7_en?filename=2022_draft_revised_market_definition_notice_0.zip

Ver Texto

(92) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 47 (el subrayado es nuestro).

Ver Texto

(93) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 51.

Ver Texto

(94) Así es como se entiende en artículos doctrinales y comentarios recientes, y no se duda en calificar la protección de la privacidad como una «excusa» o pretexto para lo que realmente se pretende, la puesta en práctica de políticas anticompetitivas. *Vid.*, a modo de ejemplo: SOKOL, D. y ZHU, F. (2021): «Harming Competition and Consumers Under the Guise of Protecting Privacy: An Analysis of Apple's iOS 14 Policy Updates», *Competition Policy International*, May 2021; UNEKBAS, S. (2022): «Competition, privacy and justifications: invoking privacy to justify abusive conduct under article 102 TFEU», *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 1 — Issue 2/2022.

Ver Texto

(95) RIBERA MARTÍNEZ, A. (2022): «Trading Off the Orchard for an Apple: the iOS 14.5 Privacy Update», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, Issue 3, April 2022, págs. 200-216.

Ver Texto

(96) DOUGLAS, E. (2021): «Digital crossroads...», *cit.*, pp. 106 y ss.

Ver Texto

(97) KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): «The German Facebook Case...», *cit.*, págs. 239 y ss.

Ver Texto

(98) BHG, *Facebook*, asunto KVR 69/19, par. 47 a 49.

Ver Texto

(99) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 154.

Ver Texto

(100) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartados nn. 143 a 145.

Ver Texto

(101) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 149.

Ver Texto

(102) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 152.

Ver Texto

(103) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartados nn. 150 y 151.

Ver Texto

(104) No ha tardado Meta en «hacer caso» de esta recomendación, y el pasado 30 de octubre de 2023 ha anunciado en su página web que ofrecerá a los ciudadanos de la UE, el EEE y Suiza la posibilidad de pagar una suscripción mensual para utilizar Facebook e Instagram sin anuncios. Alternativamente, podrán seguir utilizando estos servicios de forma gratuita y ver los anuncios que les interesen. En la nota de prensa que acompaña a esta noticia hace referencia explícita tanto a la STJUE de 4 de julio de 2023

como a la DMA. Noticia disponible en: <https://about.fb.com/news/2023/10/facebook-and-instagram-to-offer-subscription-for-no-ads-in-europe/> (último acceso el 31 de octubre de 2023).

Ver Texto

(105) STJUE *Meta Platforms Inc.*, apartado n. 47.

Ver Texto

(106) ROBERTSON, V. (2020): «Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data», *57 Common Market Law Review*, pp. 161-189. Aunque con matices distintos, en idéntico sentido se pronuncia WITT, A. C. (2021): «Excessive data collection as a form of anticompetitive conduct - The German Facebook case», *The Antitrust Bulletin*, 66 (2), 276-307.

Ver Texto

(107) SCHMIDT-SAMEK, P. (2023): «Data-related exploitative abuse of a dominant position and the Fundamental Right to Property. Art. 17 CFR as a possible key to the German Facebook case (Meta case)», *German Law Journal*, Vol. 09 No. 31, Pages 1375-1410.

Ver Texto

(108) PADILLA, J. y CONDORELLI, D. (2022): «Data-driven Envelopment with Privacy-Policy Tying», *Working Paper*, 12 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.condorelli.science/PEPPT.pdf>

Ver Texto

(109) Informe OCDE (2020), pág. 55.

Ver Texto

(110) Permítase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F. (2003), «La doctrina del abuso en los mercados conexos: del «*monopoly leveraging*» a las «*essential facilities*», *Revista de Derecho Mercantil*, n° 248, Abril-junio.

Ver Texto

(111) Párrafo n° 92: «cuando una empresa pierde el monopolio legal que poseía anteriormente en un mercado, debe abstenerse, durante toda la fase de liberalización de dicho mercado, de recurrir a medios de los que disponía gracias a su antiguo monopolio y que, por este motivo, no están a disposición de sus competidores, con el fin de conservar, sirviéndose de medios distintos de sus propios méritos, una posición dominante en ese mercado nuevamente liberalizado». Vid. un sugerente análisis, en este sentido, en PUSCAS, C. (2022), «AG Rantos: What is the legal framework for analysing data leveraging abuses under Article 102 TFUE», *Kluwer Competition Law Blog*, January 3, 2022. Disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/01/03/ag-rantos-what-is-the-legal-framework-for-analysing-data-leveraging-abuses-under-article-102-tfeu/>

Ver Texto

(112) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de mayo de 2022, As. C-377/20 (ECLI:EU:C:2022:379).

Ver Texto

(113) Conclusiones del AG Rantos presentadas el 9 de diciembre de 2021, Asunto C 377/20 (ECLI:EU:C:2021:998).

Ver Texto

(114) Vid., sobre la sentencia, y el test de replicabilidad: IBÁÑEZ-COLOMO, P. (2022), «On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II): does the replicability test really work?», *Chillin' competition*, 18 de mayo de 2022, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>

Ver Texto

(115) OLG, *Facebook*, asunto VI-Kart 1/19, pp. 32 a 36.

Ver Texto

(116) BHG, *Facebook*, asunto KVR 69/19, par. 27.

Ver Texto

(117) Así lo señala, por ejemplo, al hilo precisamente de este caso, HAUCUP, J. (2019): «Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German *Facebook* decision», *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019, pp. 2-6.

Ver Texto

(118) RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2021), «Los datos en los mercados de doble cara: ¿son fácilmente replicables?», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y OLMEDO PERALTA, E. (dirs), *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 363 a 384.

Ver Texto

(119) RYAN, D. (2021), «Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries», *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10 (1), págs. 84-112.

Ver Texto

(120) *Vid.*, por ejemplo, el publicado por la Competition and Markets Authority (CMA) británica, *Online platforms and digital advertising - Market study final report*, July 2020. Disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>

Ver Texto

(121) Decisión de la Comisión Europea, de 20 de diciembre de 2022, conforme al art. 9 del Reglamento 1/2003, As. AT.40462 — *Amazon Marketplace* y As. AT.40703 - *Amazon Buy Box*. Disponibles en la página web de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40462

Ver Texto

(122) Informe OCDE (2020), pág. 53.

Ver Texto

(123) SHELANSKI, H. (2013): «Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, pp. 1673-1705.

Ver Texto

(124) HÖPPNER, T. (2022): «From Creative Destruction to Destruction of the Creatives: Innovation in Walled-Off Ecosystems» (June 24, 2022), *Journal of Law, Market & Innovation*, Vol. 2.

Ver Texto

(125) *Vid.* el acertado análisis en RIBERA MARTÍNEZ, A. (2023): «Getting Clued Into The Interplay Between Data Protection Regulation and Competition Law in Case C-252/21 Meta Platforms and Others (Conditions Générales d'Utilisation d'un Réseau Social)», 5 de julio de 2023, en *Kluwer Competition Law Blog*, disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/07/05/>. Sobre la interrelación entre el RGPD y la DMA, puede consultarse también GERADIN, D.; BANIA, K. y KARANIKIOTI, T. (2022): «The interplay between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation» (August 29, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4203907>

Ver Texto

(126) AKMAN, P. (2022): «Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act», *European Law Review*, nº 1, pp. 85-114.

Ver Texto

(127)KOMNINOS, A. (2022): «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition Law?» (June 14, 2022). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4136146>

Ver Texto

(128)SCHWEITZER, H. (2021): «The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal» (April 30, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3837341>

Ver Texto

(129)KERBER, W. (2022): «Taming Tech Giants: The Neglected Interplay between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law», 67(2) *Antitrust Bulletin*.

Ver Texto

(130)Disponible en la página web: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultations/consultation-template-relating-reporting-consumer-profiling-techniques_es

Ver Texto

(131)Disponibles en la página web del organismo europeo de *data-protección*: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-09/edps-edpb_comments_on_article_15_dma_template_report_for_plen_formatted.pdf

Ver Texto

(132)RIBERA MARTÍNEZ, A.: «The Complementarity Between the DMA, the DSA and the GDPR: The European Commission's Template Relating to the Audited Description of Consumer Profiling Techniques», *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de Agosto de 2023. Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/08/07/>

Ver Texto

(133)KERBER, W. y ZOLNA, K. (2022): «The German Facebook Case...», *cit.*, pág. 242.

Ver Texto