

Дело C-252/21

Преюдициално запитване

Дата на постъпване в Съда:

22 април 2021 г.

Запитваща юрисдикция:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Германия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

24 март 2021 г.

Жалбоподатели:

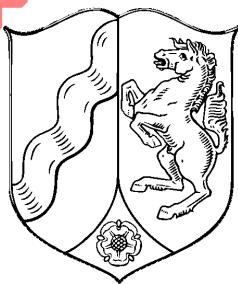
Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Отвeтник:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

[...]

По административното дело във връзка с въпроси на картелното право

1. **Facebook Inc.**, [...] САЩ,
2. **Facebook Ireland Ltd.**, [...] Ирландия,

3. Facebook Deutschland GmbH, [...] Хамбург,

жалбоподатели,

[...]

с р е щ у

Bundeskartellamt, [...] Бон,

ответник,

други страни в производството:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [...] Берлин,

привлечена страна,

[...] **[ориг. 2]**

1. Kartellsenat на Oberlandesgericht Düsseldorf (Първа колегия по картелни дела на Върховен областен съд, Дюселдорф),

след съдебното заседание от 24 март 2021 г.,

[...]

о п р е д е л и:

I.

Спира производството по делото.

II.

Отправя до Съда на Европейския съюз следните въпроси за тълкуване на Регламент (ЕС) 2016/679 на Европейския парламент и на Съвета от 27 април 2016 година относно защитата на физическите лица във връзка с обработването на лични данни и относно свободното движение на такива данни и за отмяна на Директива 95/46/ЕО (Общ регламент относно защитата на данните, наричан по-нататък и „ОРЗД“), и за тълкуване на член 4, параграф 3 ДЕС:

1.

а) Съвместимо ли е с член 51 и сл. от ОРЗД национален орган за защита на конкуренцията на държава членка като Bundeskartellamt (Федерална служба за защита на конкуренцията, наричана по-нататък „Bundeskartellamt“), който не е надзорен орган по смисъла на член 51 и сл. от ОРЗД и в държавата членка на който предприятие със седалище

извън Европейския съюз има място на установяване, оказващо на своето основно място на установяване, което се намира в друга държава членка и носи изключителната отговорност за обработването на лични данни за цялата територия на Европейския съюз, съдействие в областта на рекламата, комуникацията и връзките с обществеността, да установи за целите на контрола върху злоупотребите в областта на картелното право, че договорните условия на основното място на установяване досежно обработването на данни и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, и да разпорежи това нарушение да бъде преустановено?

б) При утвърдителен отговор: съвместимо ли е това с член 4, параграф 3 ДЕС, когато в същото време водещият надзорен орган в държавата членка на основното място на установяване по [ориг. 3] смисъла на член 56, параграф 1 от ОРЗД води процедура по разследване на договорните му условия досежно обработването на данни?

Ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен:

2.

а) Когато интернет потребител или само посещава уебсайтове, съответно приложения, за които са приложими критериите по член 9, параграф 1 от ОРЗД, като приложения за флирт, уебсайтове за хомосексуални запознанства, на политически партии или със здравна насоченост, или въвежда в тях и информация, например при регистрация или поръчки, а друго предприятие, като *Facebook Ireland*, събира данни относно посещенията от потребителя уебсайтове и приложения чрез интегрирани на тях интерфейси, като „*Facebook Business Tools*“ („Бизнес инструменти на *Facebook*“), или чрез поставени бисквитки или подобни технологии за съхранение на компютъра или мобилното устройство на интернет потребителя, и относно въведената там от него информация, свързва тези данни с данните от акаунта на потребителя във *Facebook.com* и ги използва, представлява ли събирането и/или свързването, и/или използването обработване на чувствителни данни по смисъла на разпоредбата?

б) При утвърдителен отговор: посещението на тези уебсайтове и приложения и/или въвеждането на информация там, и/или натискането на интегрираните на тези уебсайтове, съответно приложения, бутони („социални плъгини“, като „Харесвам“, „Споделяне“, съответно „*Facebook Login*“ [„Вход във *Facebook*“], или „*Account Kit*“ [„Комплект акаунти“]) на доставчик като *Facebook Ireland*, представлява ли правене на обществено достояние на данните относно посещенията като такова и/или относно въвеждането на информация от потребителя по смисъла на член 9, параграф 2, буква д) от ОРЗД?

3.

Може ли предприятие като *Facebook Ireland*, което е оператор на финансирана от реклами цифрова социална мрежа и в своите условия за ползване предлага персонализиране на съдържанието и рекламата, сигурност на мрежата, подобряване на продуктите и постоянно и безпроблемно използване на всички продукти — собственост на групата, да се позове на необходимостта от изпълнението на договора съгласно член 6, параграф 1, буква б) от ОРЗД или на зачитането на легитимните интереси съгласно член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД, за да обоснове събирането за тези цели на данни от други услуги — собственост на групата, и **[ориг. 4]** от уебсайтове и приложения на трети страни чрез интегрирани на тях интерфейси, като „*Facebook Business Tools*“, или чрез поставени бисквитки или подобни технологии за съхранение на компютъра или на мобилното крайно устройство на интернет потребителя, свързването на тези данни с данните от акаунта на потребителя във *Facebook.com* и използването им?

4.

Възможно ли е в такъв случай легитимни интереси по смисъла на член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД да са и:

– малолетието/непълнолетието на потребителите за персонализирането на съдържание и реклама, подобряването на продуктите, сигурността на мрежата и не-маркетинговата комуникация с потребителя,

– предоставянето на измервания, анализи и други бизнес услуги на рекламодатели, разработчици и други партньори с цел те да могат да оценяват и подобряват своята дейност,

– предоставянето на маркетингова комуникация с потребителя с цел предприятието да подобрява своите продукти и да осъществява директен маркетинг,

– проучвания и иновации за социални цели, за да се подпомогне техническият прогрес, съответно научното разбиране на важни социални проблеми, и за да се окаже положително влияние върху обществото и света,

– споделянето на информация с правоприлагащи и изпълнителни органи и в отговор на законни искания с цел предотвратяване, разкриване и преследване на престъпления, непозволено използване, нарушения на условията и правилата за ползване и други вредоносни практики,

когато за тези цели предприятието събира данни от други услуги — собственост на групата, и от уебсайтове и приложения на трети страни

чрез интегрирани на тях интерфейси, като „*Facebook Business Tools*“, или чрез поставени бисквитки или подобни технологии за съхранение на компютъра или на мобилното крайно устройство на интернет потребителя, свързва тези данни с данните от акаунта на потребителя във *Facebook.com* и ги използва?

5.

Възможно ли е в такъв случай събирането на данни от други услуги — собственост на групата, и от уебсайтове и приложения на трети страни чрез интегрирани на тях интерфейси, като „*Facebook Business Tools*“, или чрез поставени бисквитки или подобни технологии за съхранение на компютъра или на мобилното крайно устройство на интернет потребителя, свързването на тези данни с акаунта на потребителя във *Facebook.com* и използването им, или използването в отделни случаи на данни, които вече [ориг. 5] са събрани и свързани по друг законосъобразен начин, да е обосновано и съгласно член 6, параграф 1, букви в), г) и д) от ОРЗД, в отговор например на законни искания относно определени данни (буква в), за борба с вредоносни практики и насърчаване на сигурността (буква г), за проучвания в полза на обществото и за подпомагане на безопасността, интегритета и сигурността (буква д)?

6.

Възможно ли е да се даде на предприятие в господстващо положение, като *Facebook Ireland*, ефективно, и по-специално свободно изразено съгласно член 4, точка 11 от ОРЗД съгласие по смисъла на член 6, параграф 1, буква а) и на член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД?

При отрицателен отговор на първия въпрос:

7.

а) Може ли национален орган за защита на конкуренцията на държава членка, като *Bundeskartellamt*, който не е надзорен орган по смисъла на член 51 и сл. от ОРЗД и проверява предприятие в господстващо положение за нарушение на забраната за злоупотреби в областта на картелното право, което нарушение не се състои в това, че условията на това предприятие за обработване на данни и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, да направи извод, например при претеглянето на интересите, дали условията на същото предприятие за обработването на данни и тяхното прилагане са съобразени с ОРЗД?

б) При утвърдителен отговор: важи ли това, в светлината на член 4, параграф 3 ДЕС, и когато в същото време компетентният водещ надзорен орган съгласно член 56, параграф 1 от ОРЗД води процедура

по разследване на условията на това предприятие за обработването на данни?

При утвърдителен отговор на въпрос 7 е необходимо да се даде отговор на въпроси 3—5 във връзка с данните от използването на притежаваната от групата услуга *Instagram* [ориг. 6]

М о т и в и

I.

Вторият жалбоподател (наричан по-нататък и „*Facebook Ireland*“) стопанисва в Европа безплатната за частни потребители цифрова социална мрежа *Facebook.com*. Първият жалбоподател е неговото американско дружество майка. Третият жалбоподател е германското дружество сестра на *Facebook Ireland*, което му оказва съдействие в областта на рекламата, комуникацията и връзките с обществеността (жалбоподателите са наричани по-нататък заедно и „*Facebook*“).

На *Facebook.com* частният потребител може да създаде своя лична *Facebook* страница, на която да комуникира с трети страни. Той може да качва собствени публикации в „*Newsfeed*“ („Новинарски поток“) на своята *Facebook* страница и по свое желание да ги разпространява сред приятелите си във *Facebook* или в мрежата, както и да получава в своя „*Newsfeed*“ съобщения от приятели във *Facebook* или от други представени на *Facebook.com* доставчици на съдържание и фирми, за които се е абонира. Той може също така да показва съдържание от уебсайтове и приложения на трети страни в своя „*Newsfeed*“ и в този на своите приятели във *Facebook* с натискане на бутоните на „социалните плъгини“ (по-специално „*Харесвам*“ или „*Споделяне*“). С „*Facebook Login*“ и „*Account Kit*“ потребителите могат да влизат в уебсайтове и приложения на трети страни или да създават профили там само със своите данни за регистрация във *Facebook*.

Facebook предлага на предприятия да интегрират на своите уебсайтове и приложения бутоните на „социалните плъгини“ (по-специално „*Харесвам*“ и „*Споделяне*“), както и „*Facebook Login*“ и „*Account Kit*“ чрез интерфейси, предварително дефинирани от *Facebook* с името „*Facebook Business Tools*“. Тези интерфейси поддържат чрез потребителите поток от данни към *Facebook.com*, независимо дали потребителите на уебсайта или приложението действително натискат бутоните.

Facebook.com се финансира от онлайн реклама, която е съобразена с индивидуалния потребител на социалната мрежа и има за цел да покаже на потребителя тези реклами, които биха могли да го заинтересуват въз основа на личното му потребителско поведение, интереси, покупателна способност и житейска ситуация. Рекламодателите могат да използват „*Advertisement Manager*“ („*Рекламен мениджър*“), за да конкретизират желаната целева група и да покажат рекламите на потребителите, и освен това [ориг. 7] да

изпратят до *Facebook* своите списъци с клиенти в криптирана форма и допълнително да прецизират рекламата си, като я сравнят с данните от социалната мрежа. С допълнителни инструменти за анализ и измерване (рекламни отчети и „*Facebook Analytics*“ [„*Facebook* анализи“]), които *Facebook* също предлага, под името „*Facebook Business Tools*“, рекламодателите могат да измерват успеха на своята реклама, да анализират собствените си онлайн услуги и да получават обобщени статистически данни за целевата си група. Това също се осъществява чрез интегриране на интерфейси („*Facebook Pixel*“ или „*SDK*“), които регистрират поведението на потребителите на уебсайтове и приложения и на трети страни, независимо дали потребителят извършва съответно действие.

Освен социалната мрежа, групата *Facebook* предлага и други услуги, сред които финансираната от реклами, безплатна услуга *Instagram* за „споделяне“ на снимки и кратки видеоклипове, поддържана в Европа и от *Facebook Ireland*, безплатната услуга без финансиране от реклами *WhatsApp* за изпращане и получаване на различни медии, като текстови съобщения, изображения, видеоклипове, контакти, документи, местоположения, както и гласови съобщения и обаждания, поддържана в Европа от *WhatsApp Ireland*, и услугата за продажба на очила и софтуер за „виртуална реалност“ *Oculus*, която се поддържа в Европа от другото дъщерно дружество *Facebook Technologies Ireland Ltd.* До 13 март 2020 г. *Facebook* предлага и услугата за редактиране и „споделяне“ на снимки *Masquerade*.

С натискането на бутон „Регистрация“ частните потребители в Европа сключват потребителски договор чрез *Facebook.com* и по този начин едновременно се съгласяват с условията за ползване, определени от *Facebook Ireland*. Съгласно тези условия *Facebook Ireland* обработва лични данни, като обяснението в тази насока се позовава по-специално на политиката за данни и бисквитки, определена от *Facebook Ireland*. Съгласно тази политика *Facebook Ireland* събира свързани с потребители и устройства данни относно действията на потребителите във и извън социалната мрежа и ги отнася към акаунтите на съответните потребители във *Facebook.com*. Действията на потребителите извън социалната мрежа са, от една страна, посещенията на уебсайтове и приложения на трети страни, които са свързани с *Facebook.com* чрез програмни интерфейси („*Facebook Business Tools*“), и от друга — използването на другите услуги, собственост на *Facebook: Instagram, WhatsApp* и *Oculus*, във връзка с които се извършва обработване на данни „извън останалите предприятия и продукти на *Facebook*“. [ориг. 8]

С решение от 6 февруари 2019 г. Bundeskartellamt (Федерална комисия за картелен надзор) забранява на основание член 19, параграф 1 и член 32 от Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Закон срещу ограниченията на конкуренцията, наричан по-нататък „GWB“) на жалбоподателите и на предприятията, свързани с тях съгласно член 36, параграф 2 от GWB, предвиденото в условията за ползване обработване на данни, както и

неговото извършване, и налага мерки за преустановяване. Забраната предвижда да не се прилагат условия за ползване, включително така както те са конкретизирани в политиката за данни и бисквитки, съгласно която използването на мрежата *Facebook.com* от установени в Германия частни потребители зависи от възможността *Facebook Ireland* да събира без съгласието на потребителите свързани с потребители и устройства данни от използването на *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* и *Masquerade*, и от посещения на уебсайтове, съответно приложения на трети страни чрез „*Facebook Business Tools*“, да свързва тези данни с данните им във *Facebook.com*, и да ги използва (т. 1 от разпоредителната част на решението). Освен това *Bundeskartellamt* забранява на жалбоподателите и на свързаните с тях съгласно член 36, параграф 2 от *GWB* предприятия да прилагат тези условия с действителните операции по обработване на данни, които *Facebook Ireland* извършва въз основа на политиката за данни и бисквитки (т. 2 от разпоредителната част на решението), и задължава жалбоподателите и свързаните с тях съгласно член 36, параграф 2 от *GWB* предприятия да адаптират условията за ползване и тяхното прилагане, като при това изрично поясняват, че не се извършва събиране, свързване с акаунта във *Facebook.com* и използване на свързаните с потребители и устройства данни от използването на *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* и *Masquerade*, както и от „*Facebook Business Tools*“, или ако се извършва, това става само със съгласието на потребителите (т. 3 от разпоредителната част на решението). На последно място, в т. 4 от разпоредителната част на решението си *Bundeskartellamt* пояснява, че не е налице съгласие от потребител, когато предоставянето на *Facebook.com* се поставя в зависимост от даването на такова съгласие.

На 11 февруари 2019 г. жалбоподателите подават в срок и в съответствие с формалните изисквания жалба срещу решението на *Bundeskartellamt* пред *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Върховен областен съд, Дюселдорф).

На 31 юли 2019 г. *Facebook Ireland* — по инициатива на Европейската комисия и на националните асоциации за защита на потребителите на държавите членки — въвежда нови — по същество идентични — условия за ползване, където в точка 2 изрично се посочва, че потребителят дава съгласието си за показване на реклами, вместо да плаща за използването на продуктите на *Facebook*. От 28 януари 2020 г. *Facebook* предлага навсякъде по света т.нар. [ориг. 9] *Off-Facebook-Activity* (Дейност извън *Facebook*, наричана по-нататък „*OFA*“). Това позволява на потребителите на *Facebook* да видят обобщение на информацията, която *Facebook* получава за техните действия на други уебсайтове и приложения, и при желание да преустановят с действие за минало и бъдеще време свързването на тези данни със своя акаунт във *Facebook.com*.

II.

Разпоредбите от германското право, релевантни за изхода на производството по обжалване, гласят следното:

Член 19, параграф 1 от GWB в приложимата до 18 януари 2021 г. редакция:

(1) Забранено е използването от страна на едно или повече предприятия на господстващо положение с цел злоупотреба.

Член 19, параграф 1 от GWB в приложимата след 19 януари 2021 г. редакция:

(1) Забранена е злоупотребата с господстващо положение от страна на едно или повече предприятия.

Член 32, параграф 1 от GWB:

(1) Органът за защита на конкуренцията може да задължи предприятия или сдружения на предприятия да преустановят нарушение на разпоредба от тази част или на член 101 или член 102 от Договора за функционирането на Европейския съюз.

III.

Уважаването на жалбата на *Facebook Ireland* — която, след прекратяването на услугата *Masquerade* и декларираното от Bundeskartellamt, че от тази част на обжалваното решение вече не могат да се черпят права, е насочена само срещу останалата част от решението — зависи от отговора на поставените в диспозитива преюдициални въпроси. Ето защо, преди да има произнасяне по същество във връзка с жалбата, производството следва да бъде спряно и в съответствие с член 267 ДФЕС да бъде отправено преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз.

1. Като начало, Bundeskartellamt мотивира своето разпореждане, издадено въз основа на член 19, параграф 1 и член 32 от GWB, единствено с това, че обработването на данни от услуги — собственост на групата, които се предлагат отделно от *Facebook.com*, и на данни от „*Facebook Business Tools*“, както то е предвидено в условията за ползване и както то се извършва, представлява злоупотреба с господстващо положение на пазара на социални мрежи за частни потребители в Германия под формата на злоупотреба с условия съгласно общата клауза на член 19, параграф 1 от GWB, [ориг. 10], понеже като налагане на пазарна мощ това обработване на данни нарушава ОРЗД, тъй като основанията по смисъла на член 6, параграф 1 и член 9, параграф 2 от ОРЗД са недостатъчни. Освен това злоупотребата имала отрицателни последици за конкурентите на пазара на социални мрежи и на трети пазари, като ги възпрепятствала. Не било необходимо да се извършва допълнително претегляне на интересите за защита на конкуренцията, което всъщност щяло да доведе до същия резултат като претеглянето на интересите за защитата на данните. Тъй като

концепцията за защита, утвърдена в германската съдебна практика относно общата клауза на член 19, параграф 1 от GWB, досега не е намерила еквивалент в европейската съдебна практика и практика по прилагане, решението се основавало единствено на член 19, параграф 1 от GWB, който в това отношение бил по-строг от член 102 ДФЕС.

Докато решението на Bundeskartellamt трябва да бъде отменено, доколкото то е насочено срещу първия и третия жалбоподател, и срещу всички свързани с тях съгласно член 36, параграф 2 от GWB предприятия, тъй като последните не са участвали в административното производство и не им е било предоставено право на изслушване, и тъй като разпореждането не съдържа никакви съображения защо са взети предвид първият и третият жалбоподател и защо изискващото се съгласно член 32, параграф 1 GWB право на преценка не може да бъде упражнено за първи път в производството по обжалване, настоящият съдебен състав приема следното за *Facebook Ireland*:

а) *Facebook Ireland* има господстващо положение на релевантния за делото продуктов пазар на цифрови социални мрежи за частни потребители, който за целите на контрола върху злоупотребата с господстващо положение въз основа на неоспорените изводи на Bundeskartellamt може да бъде ограничен до национално ниво поради действащите главно на територията на Германия мрежови ефекти, и следователно това дружество се явява адресат на разпоредбата на член 19, параграф 1 от GWB.

б) Ако условията за ползване на *Facebook Ireland* и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, това може да представлява злоупотреба с условия в ущърб на частните потребители съгласно общата клауза на член 19, параграф 1 от GWB, тъй като член 19 от GWB — точно както и член 102 ДФЕС — защитава потребителите не само косвено, от нарушаване на условията на конкуренцията вследствие на пазарна мощ, но и пряко, от експлоатация от страна на предприятие в господстващо положение, без да е налице въздействие върху структурата на конкуренцията (вж. решение на Съда от 15 март 2007 г. — C-95/04, т. 106 в *juris* — *British Airways; BGH*, [ориг. 11], решение на Съда от 7 декември 2010 г. — KZR 5/10, т. 55 в *juris* — *Entega II*). Релевантната за конкуренцията вреда би се състояла в нарушение на защитената от ОРЗД възможност на потребителите свободно да разполагат със своите лични данни. Разглеждане на сравнителни пазари и проверка за допълнително отклонение от условията за сравнение, каквито се извършват за определянето на неправомерно завишени цени по смисъла на член 19, параграф 2, точка 2 от GWB, не се осъществяват, когато твърдението за злоупотреба е, че има (релевантно) нарушение на закона (вж. решение на Bundesgerichtshof [Федерален върховен съд, наричан по-нататък „BGH“] от 6 ноември 2013 г. — KZR 58/11, т. 66 в *juris* — *VBL-Gegenwert I*). Тогава няма място и за изискването по принцип в рамките на общата клауза на член 19, параграф 1 от GWB претегляне на интересите (вж. решение на BGH от 7 юни 2016 г. — KZR 6/15, т. 48 в *juris* — *Pechstein/International Skating*

Union [ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0]). Изискваната съгласно член 19, параграф 1 от GWB и в член 102, първо изречение ДФЕС причинно-следствена връзка между злоупотреба и пазарна мощ (вж. решение на Съда от 14 ноември 1996 г. — C-333/94, т. 27 в *juris* — *Tetrapak* [ECLI:EU:C:1996:436]; решение на Съда от 14 февруари 1978 г. — C-27/76, т. 248/257 в *juris* — *United Brands* [ECLI:EU:C:1978:22]; определение на BGH от 23 юни 2020 г. — KVR 69/19, т. 73 в *juris* — *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]) би била налице, както в по-широк смисъл на каузалност на поведението, тъй като при функционираща конкуренция логично *Facebook Ireland* не би следвало да настоява на условия за недопустимо съгласно ОРЗД обработване на данни, така и в смисъл на каузалност на резултата, тъй като потребителите — макар че и предприятия без господстващо положение на пазара могат да нарушават ОРЗД — практически нямат алтернатива, ако нарушението се извършва от квазимонополно предприятие като *Facebook Ireland* (вж. и решения от 5 октомври 1988 г. — C-247/86, в *juris* — *Alsatel* [ECLI:EU:C:1988:469] и от 27 март 1974 г. — C-127/73, *juris* — *BRT et Société belge* [ECLI:EU:C:1974:25], в които Съдът на Европейския съюз не поставя под съмнение връзката между злоупотреба и пазарна мощ). При извършена злоупотреба *Facebook Ireland* не може да се позове на привилегия за групи от дружества, произтичаща от член 36, параграф 2 от GWB (вж. решение на Съда от 24 октомври 1996 г. — C-73/95 P, т. 17 в *juris* — *Vihoo*; определение на BGH от 6 ноември 2012 г. — KVR 54/11, т. 19, 22 в *juris* — *Gasversorgung Ahrensburg*; решение на BGH от 23 юни 2009 г. — KZR 21/08, т. 16 в *juris* — *Entega I*).

в) Разпореждането на Bundeskartellamt е незаконосъобразно от формална гледна точка, тъй като в нарушение на член 3, параграф 1, второ изречение от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора [ориг. 12] (Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167, наричан по-нататък „Регламентът за изпълнение“) тя не е извършила проверка от гледна точка на член 102, параграф 1 ДФЕС, въпреки че господстващото положение на *Facebook Ireland* в Германия съответства на господстващо положение в съществена част от вътрешния пазар по смисъла на член 102, параграф 1 ДФЕС (вж. решение на Съда от 23 април 1991 г. — C-41/90, т. 28 в *juris* — *Höfner-Elsner*; решение на Съда от 9 ноември 1983 г. — C-322/81, т. 28 в *juris* — *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]), и въз основа на извода, че нарушението на ОРЗД води до „действителни и потенциални пречки за конкурентите“ (т. 885 от решението на Bundeskartellamt), би следвало да се приеме и наличието на условието за засягане на ниво търговия между държави членки, залегнало в член 102, параграф 1 ДФЕС (вж. решение на Съда от 23 април 1991 г. — C-41/90, т. 32 в *juris* — *Höfner-Elsner*; решение на Съда от 9 ноември 1983 г. — C-322/81, т. 104 в *juris* — *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]). [...] [следва уточняване] Поради [...] съответствието, което следва да се приеме, че съществува между член 19, параграф 1 от GWB и член 102, параграф 1

ДФЕС (вж. решение на BGH от 8 април 2014 г. — KZR 53/12, т. 46 в *juris* — *VBL-Versicherungspflicht*; решение на BGH от 6 ноември 2013 г. — KZR 58/11, т. 51 в *juris* — *VBL-Gegenwert I*), обаче процесуалната грешка е ирелевантна, ако разпореждането е законосъобразно съгласно член 19, параграф 1 от *GWB*, и не води до по-съществена незаконосъобразност, ако то е незаконосъобразно съгласно член 19, параграф 1 от *GWB*.

г) Поради това е от значение дали *Bundeskartellamt* може да установи нарушават ли условията за ползване на *Facebook Ireland* и тяхното прилагане ОРЗД и да наложи срещу съответното нарушение разпоредените коригиращи мерки. **[ориг. 13]**

аа) За целта преюдициалният въпрос по т. 1 а) следва да изясни дали е съвместимо с разпоредбите за компетентност, сътрудничество и съгласуваност на член 51 и сл. от ОРЗД, и по-специално на член 56, параграф 1 от ОРЗД, и с разпоредбите за правомощията по членове 57 и 58 от ОРЗД *Bundeskartellamt* да установи за целите на контрола върху злоупотребата с господстващо положение, че условията за ползване на *Facebook Ireland* и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, и да разпорежи коригиращи мерки. Това е необходимо, защото *Bundeskartellamt* не е надзорен орган по смисъла на ОРЗД, а водещият надзорен орган по член 56, параграф 1 от ОРЗД е ирландският надзорен орган, тъй като *Facebook Ireland* е основното място на установяване на *Facebook* в Европа, което поддържа социалната мрежа в Европа, използва единни условия за ползване във всички държави — членки на Съюза и по смисъла на член 4, точка 7 от ОРЗД е администратор на лични данни за цялата територия на Европейския съюз.

Доколкото във връзка с това следва да се има предвид и възможността за гражданскоправна защита съгласно член 82 от ОРЗД, и по-специално възможността за други санкции съгласно член 84, параграф 1 от ОРЗД, настоящият съдебен състав обръща внимание на факта, че членове 19 и 32 от *GWB* не са сред разпоредбите, за които Германия е уведомила Европейската комисия съгласно член 84, параграф 2 от ОРЗД (т. 201 от мотивите на жалбата).

бб) В случай че е съвместимо с разпоредбите за компетентност на ОРЗД *Bundeskartellamt* да установи за целите на контрола върху злоупотребите в областта на картелното право, че условията за ползване на *Facebook Ireland* и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, и да наложи наказание, преюдициалният въпрос по т. 1. б) следва да изясни дали това е съвместимо със заложения в член 4, параграф 3 ДЕС принцип на лоялно сътрудничество, при положение че водещият надзорен орган по член 56, параграф 1 от ОРЗД вече извършва проверка за такова нарушение, както в случая тук ирландският надзорен орган, който според неоспореното твърдение на *Facebook* (т. 188 и 217 от мотивите на жалбата) в сътрудничество с други заинтересовани надзорни органи в Съюза към момента на постановяване на

акта на Bundeskartellamt, а и след това, вече е проверявал за евентуално нарушение на ОРЗД при обработването на данни от *Facebook Ireland*.

д) Ако за целите на контрола върху злоупотребите в областта на картелното право Bundeskartellamt може да установи, че условията за ползване на *Facebook Ireland* и тяхното прилагане нарушават ОРЗД, и да разпорежи корективни действия, е от значение също така [ориг. 14] дали условията за ползване (конкретизирани в политиката за данните и бисквитките) относно обработването на данни от други услуги — собственост на групата, и от „*Facebook Business Tools*“ (наричани по-нататък заедно и „*Off-Facebook данни*“) и тяхното прилагане нарушават ОРЗД и дали Bundeskartellamt може да забрани условията за ползване и тяхното прилагане и да разпорежи, че това обработване на данни може да се осъществява само с дадено от потребителите изрично съгласие, без ползването на *Facebook.com* да се поставя в зависимост от даването на такова съгласие.

аа) Bundeskartellamt правилно приема, че *Off-Facebook* данните са лични данни по смисъла на член 4, точка 1 от ОРЗД (вж. решение на Съда от 19 октомври 2016 г. — C-582/14, т. 49 в *juris* — Breyer; решение на Съда от 24 ноември 2011 г. — C-70/10, т. 51 в *juris* — Scarlet; преюдициално запитване на BGH до Съда от 5 октомври 2017 г. — I ZR 7/16, т. 23 в *juris* — *Cookie-Einwilligung I* [ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0]), че използването на данните за целите на персонализирането на мрежата и на рекламата представлява „профилиране“ по смисъла на член 4, точка 4 от ОРЗД и че *Facebook Ireland* е администратор на лични данни по смисъла на член 4, точка 7 от ОРЗД (вж. решение на Съда от 29 юли 2019 г. — C-40/17, т. 84 в *juris* — *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]).

бб) Bundeskartellamt правилно приема, че натискането на бутон „Регистрация“ — включително като се има предвид точка 2 от новите условия за ползване от 31 юли 2019 г. — не представлява даване на съгласие за обработване на *Off-Facebook* данни съгласно член 6, параграф 1, буква а) и член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД (вж. решение на Съда от 1 октомври 2019 г. — C-673/17, т. 58 и сл. — *Planet49* [ECLI:EU:C:2019: 801]) и че съгласието, което *Facebook Ireland* получава от потребителите за използване на данни от „*Facebook Business Tools*“ с цел показване на персонализирана реклама, се отнася до *използването* на тези данни само за тази цел, а не въобще до събирането и свързването им с акаунта във *Facebook.com*. Bundeskartellamt също така правилно приема, че възможността за блокиране или изтриване на бисквитки в крайното устройство на потребителя или в неговия уеб браузър, възможността за нулиране на рекламни идентификатори в операционната система на мобилното устройство и въведената функция OFA в края на януари 2020 г. не изпълняват условията за предоставено съгласие по член 6, параграф 1 буква а) и член 9 параграф 2 буква а) от ОРЗД. [ориг. 15]

вв) Тъй като обработването на *Off-Facebook* данни, предвидено в условията за ползване, и тяхното прилагане — включително в групата — е законосъобразно, ако е налице поне едно от основанията по член 6, параграф 1, букви а)–е) от ОРЗД, и тъй като Съдът на ЕС вече се е произнесъл, че идентичната разпоредба на предходния член 7 от Директива 95/46/ЕО съдържа изчерпателен списък на случаите, в които обработването на лични данни може да се счита за законосъобразно, и че държавите членки не могат нито да добавят нови критерии за законност на обработването на лични данни към този член, нито да предвиждат допълнителни изисквания, които изменят обхвата на някой от посочените в него критерии (вж. решение на Съда от 29 юли 2019 г. — C-40/17, т. 55 в *juris* — *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]; решение на Съда от 19 октомври 2016 г. — C-582/14, т. 57 в *juris* — *Breyer*; решение на Съда от 24 ноември 2011 г. — C-468/10 и C-469/10, т. 30 и 32 в *juris* — *ASNEF и FECEMD*), е от значение дали предвиденото и изпълняваното съгласно условията за ползване обработване на *Off-Facebook* данни може във всички случаи да бъде обосновано единствено с дадено съгласие. Всъщност само тогава *Bundeskartellamt* би могла да разпорежи по причини, свързани със защитата на данните, да не се извършва обработване или то да се извършва само при получено съгласие.

(1) В рамките на своята социална мрежа съгласно точка 1 от актуалните си условия за ползване (приложение Vf 9) под заглавието „Предлагани от нас услуги“ *Facebook Ireland* в общи линии предлага — доколкото е релевантно в случая — следните договорни услуги: 1. персонализиране на съдържание, 2. показване на персонализирани реклами, 3. сигурност на потребителите и мрежата, 4. подобряване на продуктите и 5. постоянно и безпроблемно използване на продуктите на предприятието *Facebook*.

Facebook Ireland събира свързаните с потребители и устройства данни от използването на услугите — собственост на групата и от „*Facebook Business Tools*“, които са конкретно посочени в неговата политика относно данните (приложение Vf 10) под заглавието „Какъв вид информация събираме?“, свързва ги със събраните и съхранени при използването на *Facebook.com* данни и ги използва в съответствие с обясненията под заглавието „Как използваме тази информация“ с цел предоставянето, персонализирането и подобряването на продуктите си, предоставянето на измервания, анализи и други бизнес услуги, насърчаването на безопасността, интегритета и сигурността, комуникацията с потребителите, както и за проучвания и иновации за социалното благо, и в съответствие с [ориг. 16] обясненията под заглавието „Как дружествата на *Facebook* работят заедно?“. „също и *извън предприятията на Facebook*“.

В съответствие с политиката си относно бисквитките (приложение Vf 11), при използването на услугите — собственост на групата и при посещението на уебсайтове и приложения на трети страни с интегрирани „*Facebook Business Tools*“ *Facebook Ireland* поставя бисквитки или използва други технологии за съхранение, и събира в тази връзка без никакви допълнителни

действия от страна на потребителя данни, свързани с потребители и устройства, които използва, за да предоставя своите услуги, за целите на сигурността, показването на реклами и изготвянето на анализи.

Отделните видове събирани и използвани данни са посочени в политиката относно данните, под заглавието „Какъв вид информация събираме?“. (приложение Bf 10) и в точка 2, букви а)–d) от разпоредителната част на акта на Bundeskartellamt.

В своята политика относно защитата на данните (приложение Bf 10), под заглавието „Какво е правното ни основание за обработване на данните?“. *Facebook Ireland* се позовава на всички основания по член 6, параграф 1 от ОРЗД. Под заглавието „Научете повече за тези правни основания“ (приложение Bf 12) *Facebook Ireland* се позовава на съгласие по смисъла на член 6, параграф 1, буква а) от ОРЗД, дадено за: 1. обработването на данни със специална защита, които потребителят е посочил в своя профил във *Facebook.com*, с цел споделяне с избраните лица и персонализиране на съдържание; 2. използването на технология за лицево разпознаване; и 3. използването на предоставяни от рекламодателите и партньорите данни относно активността на потребителите извън продуктите на *Facebook* с цел показване на персонализирана реклама; 4. споделянето с рекламодателите на лични данни, които идентифицират персонално потребителя; 5. събирането на информация, която потребителят се съгласява да получава чрез активирани от него настройки на устройството (GPS местоположение, камера, снимки). За тези цели *Facebook Ireland* получава самостоятелно дадено съгласие от потребителя или му предлага възможност за отказ (в случая с лицевото разпознаване).

В споменатия документ (приложение Bf 12) *Facebook Ireland* се позовава на основанието, произтичащо от необходимостта за изпълнението на договор по смисъла на член 6, параграф 1, буква б) от ОРЗД с цел: 1. предоставянето, персонализирането и подобряването на своите продукти; 2. насърчаването на безопасността, интегритета и сигурността; 3. **[ориг. 17]** преноса на данни извън ЕИП; 4. комуникацията с потребителя; 5. осигуряването на постоянно и безпроблемно преживяване във всички продукти на *Facebook*.

Facebook Ireland се позовава на основанието за законни интереси в съответствие с член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД: 1. с оглед на малолетни/непълнолетни лица; 2. за предоставянето на измервания, анализи и други бизнес услуги; 3. за предоставянето на маркетингова комуникация; 4. за проучвания и иновации за социално благо; 5. за да споделя информация с други органи, включително правоприлагащи или изпълнителни, и в отговор на законни искания.

Facebook Ireland освен това се позовава на основанието за спазване на законово задължение (член 6, параграф 1, буква в) от ОРЗД), за защитата жизненоважни интереси (член 6, параграф 1, буква г) от ОРЗД) и за

необходимостта от *изпълнението на задача от обществен интерес* (член 6, параграф 1, буква д) от ОРЗД) (вж. по-специално приложение Vf 12).

(2) Съгласие би било необходимо, ако и доколкото събирането, свързването с акаунта във *Facebook.com* и използването на т.нар. *Off-Facebook* данни представляват обработване на специални категории лични данни по смисъла на член 9, параграф 1 от ОРЗД, и ако не е предвиден никакъв друг начин за предоставяне на разрешение освен съгласието по член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД.

(а) Преюдициалният въпрос по т. 2. а) следва да изясни дали, както смята *Bundeskartellamt* (т. 584 и сл. от нейното решение), при събирането на данни относно посещенията на уебсайтове и приложения на трети страни чрез „*Facebook Business Tools*“, бисквитки и други технологии за съхранение, и/или свързването на тези данни с акаунта на потребителя във *Facebook.com*, и/или използването им се обработват чувствителни данни по смисъла на член 9, параграф 1 от ОРЗД, ако става дума за уебсайтове, съответно приложения, по отношение на които са приложими критериите по параграф 1, като приложения за флирт, уебсайтове за хомосексуални запознанства, на политически партии или със здравна насоченост (т. 587 от решението на *Bundeskartellamt*).

В тази насока от изясняване се нуждае и въпросът дали са достатъчни само данни за посещението на уебсайта или самото приложение, или потребителят трябва да е въвеждал в тях и информация, например за да се регистрира или за да направи поръчки, и как следва да се тълкуват понятията „данни, разкриващи“ по смисъла на първата категория данни и „данни“ по смисъла на втората категория данни в член 9, параграф 1 от ОРЗД [ориг. 18]. Формулировката на първата категория данни в член 9, параграф 1 от ОРЗД („данни, разкриващи“) би могла да е в подкрепа на тезата, че забраната за обработване започва още с „изходните данни“, т.е. например данни за посещението на страницата или за въведената от потребителя информация, поради което от значение е кога е налице „разкриване“ на чувствителни данни. За разлика от това, при втората категория данни в член 9, параграф 1 от ОРЗД изглежда е забранено само обработването на чувствителни данни, поради което е от значение дали посещението на съответните страници или въвеждането на съответната информация от потребителя сами по себе си могат да бъдат чувствителни данни, въпреки че правното определение в член 4, точка 15 от ОРЗД например прави разграничението отново относително, като включва в данните за здравето и такива, които „дават“ информация за здравословното състояние. От изясняване се нуждае и въпросът дали за преценката е от значение каква е целта на използването, в случая например персонализирането на социалната мрежа и рекламата, мрежовата сигурност, подобряването на услугите, предоставянето на резултати от измервания и анализи на рекламодатели, проучвания за социално благо, отговор на правни запитвания и изпълнение на законоустановени задължения, защита на

жизненоважните интереси на потребители и трети страни, изпълнение на задачи от обществен интерес.

(б) Доколкото става въпрос за чувствителни данни по смисъла на член 9, параграф 1 от ОРЗД, преюдициалният въпрос по т. 2. б) следва да изясни дали потребителят явно ги е направил обществено достояние, като е посетил уебсайта, съответно приложението и/или е въвел в тях информация, и/или е натиснал интегрираните в уебсайтовете и приложенията бутони, които *Facebook Ireland* предлага, по-конкретно „социалните плъгини“ („Харесвам“ и „Споделяне“), съответно „*Facebook Login*“ или „*Account Kit*“ (член 9, параграф 2, буква д) от ОРЗД), тъй като в този случай той би изгубил специалната защита на член 9, параграф 1 от ОРЗД, без да е било необходимо да дава съгласие по смисъла на член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД. На практика поради сферата на дейност на *Facebook* съгласно член 9, параграф 2 не е необходимо посочването на други причини за разрешение, или поне такива не се изискват от *Facebook*, по-специално не са споменати в условията за ползване.

(3) Доколкото при използването на други услуги — собственост на групата и при посещението на уебсайтове и приложения с интегрирани „*Facebook Business Tools*“ *Facebook Ireland* събира данни чрез бисквитки и подобни технологии за съхранение в крайните устройства на потребителите, се прилага и член 5, параграф 3 от Директива 2002/58/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 12 юли 2002 година относно обработката на лични данни и защита на правото на неприкосновеност на личния живот в [ориг. 19] сектора на електронните комуникации (Директива за правото на неприкосновеност на личния живот и електронни комуникации, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 36, стр. 63). Както е постановил *Bundesgerichtshof*, ОРЗД не засяга прилагането на тази разпоредба, така че член 15, параграф 3, първо изречение от *Telemediengesetz* (Закон за електронните медии), който транспонира Директива 2002/58/ЕО, продължава да е приложим и в съответствие с Директивата следва да се тълкува в смисъл, че за поставянето на бисквитки при създаването на потребителски профили за целите на рекламата или проучването на пазара е необходимо съгласието на потребителя (вж. решение на ВGH от 28 май 2020 г. — I ZR 7/16, т. 47 и сл. в *juris* — *Cookie-Einwilligung II*; вж. и решение на Съда от 1 октомври 2019 г. — C-673/17, т. 38 и сл. в *juris* — *Planet49* [E-CLI:EU:C:2019:801]; решение на Съда от 29 юли 2019 г. — C-40/17, т. 88 и сл. в *juris* — *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]). Ето защо в случая е ирелевантно дали за това е достатъчно съгласието, получено за използването на информация от партньори с цел показване на персонализирана реклама, тъй като *Bundeskartellamt* установява, че *Facebook* е нарушило забраната за злоупотреби в областта на конкурентното право, предвидена в член 19, параграф 1 от *GWB*, единствено въз основа на нарушение на ОРЗД при извършването от него обработване на данни, а не на член 5, параграф 3, първо изречение от *Telemediengesetz*.

(4) Ако и доколкото съгласно член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД не се изисква съгласие — т.е. при обработването на данни от други услуги — собственост на групата, за които Bundeskartellamt не е установила обработване на вероятно чувствителни данни по смисъла на член 9, параграф 1 от ОРЗД, и при обработването на данни от „Facebook Business Tools“, ако те не са чувствителни данни или ако явно са били направени обществено достояние от потребителя — е от значение дали и доколко Facebook Ireland може за обработването на Off-Facebook данни да се позове на други основания съгласно член 6, параграф 1 от ОРЗД. Настоящият съдебен състав приема, че при явно направено обществено достояние по смисъла на член 9, параграф 2, буква д) от ОРЗД отпада само забраната за обработване по параграф 1 от разпоредбата, но не и необходимостта да е налице някое от основанията съгласно член 6, параграф 1 от ОРЗД (вж. изречение пето от съображение 51).

(а) Преюдициалният въпрос по точка 3 следва да изясни дали, както бе посочено по-горе, когато предлага като договорни услуги: 1. персонализиране на съдържание, 2. показване на персонализирани реклами, 3. сигурност на потребителите и мрежата, 4. подобряване на продуктите и 5. постоянно и безпроблемно използване на продуктите на предприятието Facebook, Facebook Ireland може да се позове на необходимостта за изпълнението на договор съгласно член 6, параграф 1, буква б) от ОРЗД или на **[ориг. 20]** основанието за зачитане на легитимните интереси съгласно член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД, когато за тези цели то събира Off-Facebook данни, свързва тези данни с акаунта на потребителя във Facebook.com и ги използва.

Според настоящия съдебен състав практиката на Съда на Европейския съюз относно характеристиката „необходимост“ (вж. решение на Съда от 4 май 2017 г. — C-13/16, т. 30 в *juris* — *Rigas satiksme*) и съображенията на Европейския комитет по защита на данните в неговите Насоки 2/19 (т. 2, т. 26 и сл., т. 48 и сл., т. 57, приложение Vf 42B) дават сериозни основания да се приеме, че обработването на данни, което се извършва за показването на персонализирана реклама, за което не са необходими бисквитки, за сигурността на потребителите и мрежата, и за подобряването на продуктите най-малкото може да е в законните интереси на предприятието; съгласно тази съдебна практика изглежда обработването на данни с цел персонализиране на съдържание и евентуално за постоянно и безпроблемно използване на продуктите на предприятието Facebook в случая с Facebook Ireland по-скоро би могло да се приеме като необходимо за изпълнението на договор.

Съгласно тази съдебна практика обработването например на данни от WhatsApp с цел сигурност на потребителите и мрежата би могло да е легитимен интерес на Facebook Ireland, тъй като съгласно информацията под заглавието „Как дружествата на Facebook работят заедно?“, от политиката относно данните (приложение Vf 10) предприятието използва данни от

акаунти в *WhatsApp*, които изпращат спам, за да предприеме действия срещу такива акаунти във *Facebook.com*, въпреки че всъщност това обработване нито е необходимо за изпълнението на договора, нито е обосновано с някакви други легитимни интереси, тъй като *Facebook Ireland* не използва данните от *WhatsApp* за цели, свързани с продуктите и персонализирането във *Facebook.com* (т. 746 от решението на Bundeskartellamt).

Обработването на данните от *Instagram*, доколкото то се извършва с цел персонализиране на съдържание и безпроблемно използване на продуктите на *Facebook* (така че на потребителя да могат да се показват лица или съдържание във *Facebook.com*, което там също би могло да го интересува), би могло да е необходимо за изпълнението на договора или поне да е легитимен интерес на *Facebook Ireland*. Това обработване на данни може да е легитимен интерес на предприятието и когато то се извършва с цел показване на персонализирана реклама, сигурност на мрежата и подобряване на продуктите. По собствени твърдения например *Facebook Ireland* използва по-специално данни за акаунти в *Instagram*, които се държат подозрително или очевидно са замесени в незаконни дейности, за да гарантира сигурността на потребителите на *Facebook* [ориг. 21] (т. 465 от мотивите на жалбата). Същото по принцип би могло да се отнася и за данните от *Oculus*, въпреки че в тази насока засега липсват констатации относно конкретните цели за обработването на тези данни във *Facebook.com*.

Обработването на данни от „*Facebook Business Tools*“, по-специално от социалните плъгини „Харесвам“ и „Споделяне“, както и от „*Facebook Login*“ и „*Account Kit*“, би могло да е необходимо за изпълнението на договора или поне да е легитимен интерес на *Facebook Ireland*, доколкото то се извършва за персонализирането на съдържание и безпроблемното използване на продуктите на *Facebook*. За това би трябвало да се изисква натискането на бутоните от потребителя и ограничаване до съответните процеси, необходими за обработването на данни. Независимо от натискането на бутоните, събирането на данни и свързването им с акаунт във *Facebook.com* би могло да е легитимен интерес на *Facebook Ireland*, ако потребителят е дал съгласието си за обработването на данни с цел показването на персонализирана реклама. Сигурността на мрежата или подобряването на продуктите също биха могли да са легитимен интерес на *Facebook Ireland* за обработването на данни. Така например, по собствени твърдения *Facebook* използва данни от „социалните плъгини“, за да разпознава веднага дали сред големия брой посещения на страници има опити от ботове за отваряне и управляване на акаунти във *Facebook* (т. 465 от мотивите на жалбата).

(б) Преюдициалният въпрос по т. 4 следва да изясни дали:

– малолетието/непълнолетието на потребители за персонализирането на съдържание и реклама, подобряването на продуктите, сигурността на мрежата и не-маркетинговата комуникация с потребителя;

- предоставянето на измервания, анализи и други бизнес услуги на рекламодатели, разработчици и други партньори с цел те да могат да оценяват и подобряват своята дейност;
- предоставянето на маркетингова комуникация с потребителя с цел *Facebook Ireland* да подобрява своите продукти и да осъществява директен маркетинг;
- проучвания и иновации за социалното благо, които подпомагат техническия прогрес, съответно научното разбиране на важни социални проблеми, и които оказват положително влияние върху обществото и света;
- споделянето на информация с правоприлагащи и изпълнителни органи и в отговор на законни искания с цел предотвратяване, разкриване и преследване на престъпления, непозволено използване, нарушения на условията и правилата за ползване и други вредни практики; [ориг. 22]

също представляват легитимни интереси по смисъла на член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД за събирането, свързването с акаунта на потребителя във *Facebook.com* и използването на *Off-Facebook* данни за посочените цели.

Следва да се изясни по-специално дали за обработването на данни от други услуги — собственост на групата, и от „*Facebook Business Tools*“ *Facebook Ireland* може да се позовава на основанието за зачитане на легитимните интереси съгласно член 6, параграф 1, буква е) от ОРЗД по отношение на малолетни или непълнолетни лица, които за самостоятелното предоставяне на съгласие по член 6, параграф 1, буква а) от ОРЗД не са навършили ненамалената в Германия съгласно възможността по член 8, параграф 1, трето изречение от ОРЗД възраст от 16 години (член 8, параграф 1 от ОРЗД), за които коментарите в германската литература са, доколкото става ясно, единодушни, че не могат да сключват ефективен договор за ползване със социална мрежа по смисъла на член 6, параграф 1, буква б) от ОРЗД, тъй като поради обработването на данни този договор е не просто неизгоден от правна гледна точка (член 107 от BGB [Bürgerliches Gesetzbuch, Германски граждански кодекс]; вж. Klumpp в: Staudinger, BGB, преработено издание 2017 г., член 107, т. 30; Spickhoff в: MüKoBGB, 8-мо издание 2018 г., член 107, т. 82; Mansel в: Jauernig, BGB, 18-то издание 2021 г., член 107, т. 3), и които лица не са получили необходимото съгласие от родителите си.

Не е ясно също така дали основание за обработването на *Off-Facebook* данни може да бъде интересът от проучвания и иновации за социално благо, които подпомагат техническия прогрес, съответно научното разбиране на важни социални проблеми, и които оказват положително влияние върху обществото и света.

За разлика от това използването на данните от „*Facebook Business Tools*“ за предоставянето на измервания, анализи и други бизнес услуги на рекламодатели, разработчици и други партньори с цел те да могат да

оценяват и подобряват своята дейност би могло да е легитимен интерес на *Facebook Ireland* (и неговите партньори), поне когато потребител се е съгласил с използването на информация от партньори за показването на персонализирана реклама. Ако и доколкото обработването на данни от други услуги — собственост на групата и/или от „*Facebook Business Tools*“ за подобряване на продуктите е обосновано, това би могло да се отнася и до използването за предоставянето на маркетингова комуникация с потребителя с цел *Facebook* да подобрява своите продукти и да осъществява директен маркетинг. [ориг. 23]

Събирането, свързването с акаунта във *Facebook.com* и използването или използването на *Off-Facebook* данни, които вече са събрани и свързани по друг законосъобразен начин, за споделянето на информация с правоприлагащи и изпълнителни органи и в отговор на законни искания с цел предотвратяване, разкриване и преследване на престъпления, непозволено използване, нарушения на условията и правилата за ползване и други вредоносни практики, също би могло да се извършва на основание на легитимните интереси на *Facebook Ireland*.

Когато се извършва необходимото претегляне на интересите — наред с произтичащото от член 21 от ОРЗД законово право на възражение (т. 148 и сл. от мотивите към жалбата) — по отношение на „*Facebook Business Tools*“ вероятно би следвало да се има предвид, че доставчиците на уебсайтове на трети страни, които са интегрирали тези инструменти, имат възможност да възпрепятстват потока от данни към *Facebook Ireland*, докато не получат съгласието на потребителите (т. 868 от решението на Bundeskartellamt), и че от 28 януари 2020 г. *Facebook* предлага функцията OFA, която позволява на потребителите на *Facebook.com* да видят в обобщен вид получаваната от *Facebook* информация за техните действия на други уебсайтове и приложения, като им дава възможност при желание да преустановят с действие за минало и бъдеще време свързването на тези данни със своя акаунт във *Facebook.com*. (т. 148 и сл. от мотивите на жалбата).

(в) Петият преюдициален въпрос следва да изясни дали събирането, свързването с акаунта във *Facebook.com* и използването или използването на *Off-Facebook* данни, които вече са събрани и свързани по друг законосъобразен начин, може в отделни случаи да бъде обосновано с член 6, параграф 1, букви в), г) и д) от ОРЗД, тъй като — както *Facebook Ireland* твърди в представения като приложение Vf 12 документ — те са необходими например за отговор на законни искания относно определени данни (буква в), за борбата с вредоносни практики и насърчаването на сигурността (буква г), за проучвания в полза на обществото и за насърчаването на безопасността, интегритета и сигурността (буква д), понеже и тогава обработването на тези данни не може във всички случаи, без изключение, да бъде поставено в зависимост от дадено съгласие от потребителите, или дали по принцип липсва основание за обработване на *Off-Facebook* данни по тези причини.

е) Ако условията за обработване на данни и тяхното прилагане са неразрешени или необосновани, отговорът на въпроса дали те представляват и практика за възпрепятстване [ориг. 24] на конкуренцията на пазара на социални мрежи за частни потребители или на други пазари по смисъла на общата клауза на член 19, параграф 1 от GWB, вече не би бил от значение.

ж) Ако и доколкото обработването на *Off-Facebook* данни може да бъде обосновано единствено ако е налице съгласие, шестият преюдициален въпрос следва да изясни дали въобще е възможно потребител да даде ефективно съгласие по смисъла на член 6, параграф 1, буква а) и член 9, параграф 2, буква а) от ОРЗД на предприятие в господстващо положение, каквото е *Facebook Ireland*, както *Bundeskartellamt* е разпоредила с оглед преустановяване на предполагаемото нарушение, или дали изискването съгласно член 4, точка 11 от ОРЗД съгласието да бъде изразено свободно никога да не може да бъде изпълнено при наличие на предприятие в господстващо положение, дори когато изпълнението на договора не се поставя в зависимост от даването на съгласие за обработване на данни. Довод за тази теза би могло да е първото изречение от съображение 43.

2. Преюдициалните въпроси не могат да останат неизяснени, тъй като в производството по обжалване *Bundeskartellamt* посочва като „допълнително основание“ (стр. 88 от писмената защита) за своето разпореждане мотивите на *Bundesgerichtshof* по предходното бързо производство (определение от 23 юни 2020 г. — KVR 69/19, в *juris* — *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). Съгласно това определение — както постановява *BGH* — с използването на данните от други услуги — собственост на групата, и от „*Facebook Business Tools*“ потребителят на *Facebook.com* е принуден да се съгласи с разширяване на услугите, което „е възможно той да не желае“, при което оспорените условия за ползване не би следвало да се очакват в условията на функционираща конкуренция, но те биха били в състояние да възпрепятстват конкуренцията, така че след цялостна преценка и претегляне на засегнатите интереси, по-специално поради липса на основание по смисъла на ОРЗД, разширяването на кръга на услугите да се окаже неправомерно. Всъщност тези мотиви по същество не подкрепят разпореждането дори само защото *Bundeskartellamt* най-малкото не е представила нужните доказателства, че обработването на данни е в състояние да възпрепятства конкуренцията. Има сериозна вероятност това да е налице единствено при обработването на данни в *Instagram*, но и по отношение на тях не може да бъде взето решение без изясняване на седмия преюдициален въпрос и евентуално на преюдициални въпроси 3—5.

а) Настоящият съдебен състав проверява разпореждането, като има предвид и тези мотиви, тъй като *Bundesgerichtshof* изглежда допуска възможността *Bundeskartellamt* да ги посочи [ориг. 25] като допълнително основание още в производството по обжалване, макар че тогава доводът за злоупотреба би бил основан на друго обстоятелство, а не нарушение на ОРЗД, и поради това изискването в разпоредителната част съгласие на

потребителите също няма да е съгласието по смисъла на ОРЗД, а друго, което евентуално следва да бъде дадено наред със съгласието по ОРЗД.

б) По същество Bundeskartellamt най-малкото не е представила нужните доказателства, че обработването на *Off-Facebook* данни трябва да е в състояние да възпрепятства конкуренцията. Би било необходимо да се докажат потенциални антиконкурентни последици — на пазара на мрежи например чрез засилване на мрежовите ефекти или подобряване на продукта на сайта, или например чрез притежаване на по-подробни данни на рекламния сайт, или на (все пак диференцираните един от друг) рекламни пазари и на трети пазари, — докато практиката на предприятие в господстващо положение, ако изобщо липсват антиконкурентни последици на пазара, не може да се приеме за злоупотреба (вж. решение на Съда от 6 декември 2012 г. — C-457/10 P, т. 112 в *juris* — *Astra Zeneca*; решение на Съда от 17 февруари 2011 г. — C-52/09, т. 64 в *juris* — *TeliaSonera*).

Тъй като *Facebook Ireland* не използва данните от *WhatsApp* на потребителите на *Facebook.com* за цели, свързани с персонализирането и продуктите във *Facebook.com*, — което според него не е и целта му в Европа — не е ясно, а и не е установено от Bundeskartellamt дали обработването на данните от *WhatsApp* по някакъв начин би било в състояние да възпрепятства конкуренцията на пазара на мрежи или на пазар на реклами, съответно на услуги за изпращане на съобщения. Bundeskartellamt също така не е направила изводи доколко данни от *Oculus* на потребители на *Facebook.com* се използват за целите на мрежата *Facebook.com* и доколко са в състояние да възпрепятстват конкуренцията на пазара на мрежи или на релевантния пазар на реклами, съответно на пазара, на който се предлага *Oculus*. Потребителите на *Facebook.com* практически „е възможно да не желаят“ обработването на данни от „*Facebook Business Tools*“ само когато те не натискат „социалните плъгини“ („Харесвам“, „Споделяне“), не използват „*Facebook Login*“ или „*Account Kit*“ и не са дали съгласието си за показването на персонализирана реклама. Освен това Bundeskartellamt не е установила доколко обработването на данни от „*Facebook Business Tools*“, което не се извършва, за да се персонализира използването на *Facebook.com*, за безпроблемното използване на продуктите на *Facebook* и за показването [ориг. 26] на персонализирана реклама, обаче може да е в състояние да възпрепятства конкуренцията на пазара на мрежи, на пазар на реклами или на трети пазари, още повече че с функцията OFA потребителите могат да преустановят свързването на тези данни със своя акаунт във *Facebook.com*.

в) Единствено обработването на данни от *Instagram* на потребителите на *Facebook.com* до голяма степен е в състояние да възпрепятства конкуренцията, защото с тези данни се персонализира използването на *Facebook.com*, като там на потребителите се предлагат лица, които те следват в *Instagram*, и така може да се появи засилване на мрежовите ефекти, и защото тези данни — свързани с данните на потребителите във

Facebook.com — се използват например за рекламни цели или за подобряване на продуктите във *Facebook.com*. За въпроса дали при функционираща конкуренция на пазара на социални мрежи подобно обработване на данни за разширена услуга би било възможно без изрично съгласие от страна на потребителя, и по-специално за цялостната преценка и претегляне на засегнатите интереси, въз основа на които следва да се установи дали поведението на *Facebook Ireland* представлява злоупотреба както от гледна точка на експлоатацията на потребителите, така и от гледна точка на възпрепятстването на конкуренцията (вж. определение на ВGH от 23 юни 2020 г. — KVR 69/19, т. 98 и сл. в *juris* — *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]), е важно седмият преюдициален въпрос да изясни дали е възможно Bundeskartellamt поне за тази цел да докаже, че това обработване на данни нарушава ОРЗД, а преюдициални въпроси 3—5 също така да изяснят дали това обработване на данни нарушава ОРЗД и следователно *Facebook Ireland* прилага методи, различни от регулиращите нормалната конкуренция на стоките или услугите въз основа на престациите на икономическите оператори (вж. решение на Съда от 6 октомври 2015 г. — C-23/14, т. 29 и сл. — *Post Danmark*; решение на Съда от 6 декември 2012 г. — C-457/10, т. 74 и сл. в *juris* — *Astra Zeneca*).

[...]