

Cauza C-252/21

Cerere de decizie preliminară

Data depunerii:

22 aprilie 2021

Instanța de trimitere:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Data deciziei de trimitere:

24 martie 2021

Reclamante:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Pârât:

Bundeskartellamt



**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF [TRIBUNALUL REGIONAL
SUPERIOR DIN DÜSSELDORF, GERMANIA]**

ORDONANȚĂ

[*omissis*]

În procedura administrativă în materie de concurență,

1. **Facebook Inc.**, [*omissis*] SUA,

2. **Facebook Ireland Ltd.**, [omissis] Irlanda,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [omissis] Hamburg,

reclamante,

[omissis]

împotriva

Bundeskartellamt, [omissis] Bonn,

pârât,

cu participarea:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [omissis] Berlin,

intervenientă,

[omissis] [OR 2]

Camera întâi competentă în materie de concurență a Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunalul Regional Superior din Düsseldorf),

în urma ședinței din 24 martie 2021,

[omissis]

a h o t ă r ă t:

I.

Suspendă procedura.

II.

Adresează Curții de Justiție a Uniunii Europene următoarele întrebări preliminare privind interpretarea Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46 (Regulamentul general privind protecția datelor, denumit în continuare „RGPD”) și a articolului 4 alineatul (3) TUE:

1.

a) Este compatibil cu articolul 51 și următoarele din RGPD faptul că o autoritate națională de concurență a unui stat membru, precum Bundeskartellamt (Oficiul Federal al Concurenței, Germania), care nu este o

autoritate de supraveghere în sensul articolului 51 și următoarele din RGPD și în al cărei stat membru o întreprindere stabilită în afara Uniunii Europene deține o filială care furnizează filialei principale situate într-un alt stat membru a acestei întreprinderi – care este unica responsabilă pentru prelucrarea datelor cu caracter personal pentru întregul teritoriu al Uniunii Europene – servicii de sprijin în domeniul publicității, al comunicării și al relațiilor publice, constată, în cadrul supravegherii abuzurilor în materie de concurență, o încălcare a RGPD prin condițiile contractuale ale sediului principal privind prelucrarea datelor și prin punerea în aplicare a acestora și emite o decizie privind încetarea acestei încălcări?

b) În cazul unui răspuns afirmativ, acest lucru este compatibil cu articolul 4 alineatul (3) TUE dacă, în același timp, autoritatea principală de supraveghere din statul membru al filialei principale în [OR 3] sensul articolului 56 alineatul (1) din RGPD supune condițiile contractuale de prelucrare a datelor ale acestui sediu unei proceduri de anchetă?

În cazul unui răspuns afirmativ la întrebarea 1:

2.

a) Atunci când un utilizator de internet fie doar consultă site-uri sau aplicații care au legătură cu criteriile prevăzute la articolul 9 alineatul (1) din RGPD, cum ar fi aplicații de flirt, site-uri de întâlniri pentru homosexuali, site-uri ale partidelor politice, site-uri de sănătate, fie introduce date pe aceste site-uri, cum ar fi cu ocazia înregistrării sau a comenzilor, iar o altă întreprindere precum *Facebook Ireland* colectează date referitoare la consultarea site-urilor și a aplicațiilor de către utilizator și pe cele introduse de acesta pe site-urile respective, prin intermediul interfețelor integrate în site-uri și în aplicații, precum „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” sau prin intermediul modulelor cookie instalate pe computerul sau pe echipamentul terminal mobil al utilizatorului de internet ori al unor tehnologii de stocare similare, asociază aceste date cu datele contului *Facebook.com* al utilizatorului și le utilizează în privința colectării și/sau a asocierii și/sau a utilizării, este vorba despre prelucrarea a unor date sensibile în sensul acestei dispoziții?

b) În cazul unui răspuns afirmativ, consultarea acestor site-uri și aplicații și/sau introducerea unor date și/sau acționarea butoanelor integrate în aceste site-uri sau aplicații („pluginuri sociale” precum „Îmi place”, „Distribuie” sau „Conectare *Facebook*” ori „Account Kit”) ale unui furnizor precum *Facebook Ireland* echivalează cu a face publice în mod manifest datele referitoare la consultare ca atare și/sau la datele introduse de utilizator în sensul articolului 9 alineatul (2) litera (e) din RGPD?

3.

O întreprindere precum *Facebook Ireland* care exploatează o rețea socială digitală, finanțată din publicitate, care, în condițiile sale de utilizare, pune la dispoziție personalizarea conținuturilor și a publicității, securitatea rețelei, îmbunătățirea produselor și utilizarea coerentă și uniformă a tuturor produselor grupului, poate invoca justificarea întemeiată pe necesitatea executării contractului în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (b) din RGPD sau pe realizarea unor interese legitime în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD atunci când, în aceste scopuri, întreprinderea respectivă colectează date din alte servicii ale grupului și [OR 4] de pe site-uri și aplicații terțe prin intermediul interfețelor integrate în acestea precum „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” sau al modulelor cookie instalate pe computerul sau pe echipamentul terminal mobil al utilizatorului de internet ori al unor tehnologii de stocare similare, le asociază cu contul *Facebook.com* al utilizatorului și le utilizează?

4.

Într-o astfel de situație, pot constitui de asemenea interese legitime în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (f):

- minoritatea utilizatorilor pentru personalizarea conținuturilor și a publicității, îmbunătățirea produselor, securitatea rețelei și comunicarea cu utilizatorul în alte scopuri decât cele legate de marketing,
- furnizarea de măsurători, de analize și de alte servicii pentru întreprinderi destinate clienților din domeniul publicității, dezvoltatorilor și altor parteneri pentru ca aceștia să își poată evalua și îmbunătăți prestațiile,
- furnizarea de comunicări de marketing către utilizator pentru a permite întreprinderii să își îmbunătățească produsele și să desfășoare marketing direct,
- cercetarea și inovarea în scopuri sociale, în vederea promovării evoluției tehnologiei sau a înțelegerii în mod științific a unor aspecte sociale importante și pentru a influența pozitiv societatea și lumea,
- informarea autorităților de aplicare a legii și de executare și răspunsul la cererile legale în vederea prevenirii, depistării și urmării penale a infracțiunilor, a utilizării ilicite, a încălcărilor condițiilor de utilizare și a politicilor întreprinderii, precum și a oricărui alt comportament prejudiciabil,

atunci când, în aceste scopuri, întreprinderea colectează date din alte servicii ale grupului și de pe site-uri și aplicații terțe prin intermediul interfețelor integrate în acestea precum „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” sau al modulelor cookie instalate pe computerul sau pe echipamentul terminal mobil al utilizatorului de internet ori al unor tehnologii de stocare similare, le asociază cu contul *Facebook.com* al utilizatorului și le utilizează?

5.

Într-un astfel de caz, colectarea datelor provenite din alte servicii ale grupului și de pe site-uri și aplicații terțe prin intermediul interfețelor integrate în acestea precum „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” sau al modulelor cookie instalate pe computerul sau pe echipamentul terminal mobil al utilizatorului de internet ori al unor tehnologii de stocare similare, asocierea cu contul *Facebook.com* al utilizatorului și utilizarea acestor date sau utilizarea unor **[OR 5]** date colectate din altă parte și asociate în mod legal pot fi justificate într-un caz concret inclusiv în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) literele (c), (d) și (e) din RGPD, de exemplu, pentru a răspunde unei cereri valabile din punct de vedere legal privind anumite date [litera (c)], pentru combaterea unui comportament prejudiciabil și pentru promovarea securității [litera (d)], pentru cercetarea în beneficiul societății și pentru promovarea protecției, a integrității și a securității [litera (e)]?

6.

Poate fi exprimat un consimțământ valabil și în special liber în sensul articolului 4 punctul 11 din RGPD, în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (a) și cu articolul 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD, față de o întreprindere dominantă precum *Facebook Ireland*?

În cazul unui răspuns negativ la întrebarea 1:

7.

a) O autoritate națională de concurență a unui stat membru, precum Bundeskartellamt, care nu este o autoritate de supraveghere în sensul articolului 51 și următoarele din RGPD și care examinează o încălcare săvârșită de o întreprindere aflată în poziție dominantă a interdicției practicilor abuzive în temeiul dreptului concurenței, care nu constă într-o încălcare a RGPD prin condițiile sale de prelucrare a datelor și prin punerea în aplicare a acestora, se poate pronunța, de exemplu, în cadrul evaluării comparative a intereselor, cu privire la conformitatea cu RGPD a condițiilor de prelucrare a datelor întreprinderii respective și a punerii în aplicare a acestora?

b) În cazul unui răspuns afirmativ, acest aspect este valabil în raport cu articolul 4 alineatul (3) TUE inclusiv atunci când, în același timp, autoritatea de supraveghere principală, competentă în temeiul articolului 56 alineatul (1) din RGPD, supune condițiile de prelucrare a datelor ale acestei întreprinderi unei proceduri de anchetă?

În cazul unui răspuns afirmativ la întrebarea 7, este necesar să se răspundă la întrebările 3)-5) în ceea ce privește datele provenite din utilizarea serviciului *Instagram* al grupului. **[OR 6]**

Motive

I.

Cea de a doua reclamantă (denumită în continuare „*Facebook Ireland*”) exploatează în Europa rețeaua socială digitală gratuită *Facebook.com*, destinată utilizatorilor privați. Prima reclamantă este societatea-mamă americană a acesteia. Cea de a treia reclamantă este o societate-soră germană a *Facebook Ireland* și o susține pe aceasta în domeniul publicității, al comunicării și al relațiilor publice (reclamantele sunt denumite în continuare, împreună, „*Facebook*”).

Utilizatorul privat poate crea pe *Facebook.com* o pagină de *Facebook* personală prin intermediul căreia poate comunica cu terți. Acesta poate, printre altele, să afișeze propriile postări în secțiunea „Noutăți” de pe pagina sa de *Facebook* și, la alegerea sa, le poate difuza prietenilor săi de pe *Facebook* sau public, în rețea; în plus, acesta poate primi în secțiunea „Noutăți” mesaje de la prietenii săi de pe *Facebook* sau de la alți furnizori de conținut și întreprinderi reprezentate pe *Facebook.com* la care este abonat. De asemenea, utilizatorul poate afișa în secțiunea sa „Noutăți” a acestuia și în cea a prietenilor săi de pe *Facebook*, conținuturi provenite de pe site-uri și aplicații terțe, făcând clic pe butoanele de „pluginuri sociale” (în special „Îmi place” sau „Distribuie”). Prin intermediul funcțiilor „Conectare *Facebook*” și „Account Kit”, utilizatorul se poate conecta pe site-uri și în aplicații terțe sau își poate crea un profil în cadrul acestora doar cu datele sale de înregistrare *Facebook*.

Facebook pune la dispoziția întreprinderilor posibilitatea de integrare a butoanelor de „pluginuri sociale” (în special „Îmi place” și „Distribuie”), precum și „Conectare *Facebook*” și „Account Kit” pe site-urile și în aplicațiile acestora cu ajutorul interfețelor *Facebook* predefinite, denumite „Instrumente *Facebook* pentru afaceri”. Aceste interfețe permit un flux de date către *Facebook.com*, prin intermediul utilizatorilor, care nu depinde de acționarea efectivă a butoanelor de către utilizatorii site-ului sau ai aplicației.

Facebook.com este finanțată prin publicitate online, adaptată utilizatorului individual al rețelei sociale și prin care se urmărește afișarea pentru utilizator a publicității care l-ar putea interesa pe baza preferințelor sale personale de consum, a intereselor sale, a puterii de cumpărare și a condițiilor de viață. Cu ajutorul funcției „Administrare reclame”, persoanele care publică anunțuri pot specifica grupul-țintă dorit și pot solicita afișarea publicității pentru utilizatori, precum și [OR 7] să transmită către *Facebook* listele lor de clienți sub formă criptată și să își perfecționeze și mai mult publicitatea prin compararea cu datele de pe rețeaua socială. Cu ajutorul unor instrumente suplimentare de analiză și de măsurare (rapoarte publicitare și „*Facebook Analytics*”), puse de asemenea la dispoziție de *Facebook* sub denumirea „Instrumente *Facebook* pentru afaceri”, persoanele care publică anunțuri pot măsura succesul publicității lor și își pot analiza propriile servicii online și pot obține statistici agregate cu privire la grupul lor țintă. Acest lucru se realizează de asemenea prin integrarea interfețelor („Pixelul *Facebook*”

sau „SDK”) care înregistrează comportamentul utilizatorilor inclusiv pe site-uri și în aplicații terțe, independent de o acțiune corespunzătoare a utilizatorului.

Pe lângă rețeaua socială, grupul *Facebook* oferă și alte servicii, printre altele serviciul gratuit, finanțat din publicitate, *Instagram*, exploatat în Europa tot de *Facebook Ireland*, pentru „distribuirea” fotografiilor și a videoclipurilor scurte, serviciul *WhatsApp* gratuit, nefinanțat din publicitate, exploatat în Europa de *WhatsApp Ireland Ltd.*, pentru trimiterea și primirea a numeroase conținuturi media, cum ar fi mesaje text, fotografii, materiale video, contacte, documente, locații, precum și mesaje vocale și apeluri și *Oculus*, exploatat în Europa de cealaltă filială *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, prin intermediul căruia sunt comercializați ochelari de realitate virtuală și software. Până la 13 martie 2020, *Facebook* a furnizat de asemenea serviciul *Masquerade* pentru prelucrarea și „distribuirea” fotografiilor.

Prin acționarea butonului „Înregistrare”, utilizatorii privați din Europa încheie prin intermediul *Facebook.com* un contract de utilizare și acceptă totodată condițiile de utilizare ale *Facebook Ireland*. Potrivit acestora, *Facebook Ireland* prelucrează date cu caracter personal pentru explicarea cărora se face trimitere în special la politicile stabilite de *Facebook Ireland* de utilizare a datelor și a modulelor cookie. În temeiul acestora, *Facebook Ireland* colectează date privind utilizatorii și dispozitivele prin intermediul activităților utilizatorilor în cadrul și în afara rețelei sociale și le asociază conturilor *Facebook.com* ale utilizatorilor respectivi. În privința activităților utilizatorilor efectuate în afara rețelei sociale, este vorba, pe de o parte, despre vizitarea unor site-uri și aplicații terțe care sunt conectate cu *Facebook.com* prin interfețe de programare („Instrumente *Facebook* pentru afaceri”) și, pe de altă parte, despre utilizarea altor servicii care aparțin *Facebook* – *Instagram*, *WhatsApp* și *Oculus* – în legătură cu care are loc o prelucrare a datelor „la nivelul celorlalte întreprinderi și produse *Facebook*”. [OR 8]

Prin decizia din 6 februarie 2019, Bundeskartellamt a interzis reclamantelor și întreprinderilor care le sunt afiliate în conformitate cu articolul 36 alineatul (2) din Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Legea împotriva restricțiilor aduse concurenței, denumită în continuare „GWB”), prelucrarea datelor prevăzută de condițiile de utilizare, precum și punerea în aplicare a acestora, în temeiul articolului 19 alineatul (1) și al articolului 32 din GWB și a impus măsuri de încetare a încălcării. Interdicția vizează folosirea unor condiții de utilizare, inclusiv concretizarea lor în politici de utilizare a datelor și a modulelor cookie, potrivit cărora utilizarea rețelei *Facebook.com* de către utilizatorii privați stabiliți în Germania este supusă condiției ca *Facebook Ireland* să colecteze date referitoare la utilizatori și la dispozitive, provenite din utilizarea serviciilor *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* și *Masquerade* și din vizitarea unor site-uri și aplicații terțe prin intermediul „Instrumentelor *Facebook* pentru afaceri”, fără consimțământul utilizatorilor, să le asocieze cu datele *Facebook.com* ale acestora și să le utilizeze (punctul 1 din decizie). În plus, Bundeskartellamt le-a interzis reclamantelor și întreprinderilor care le sunt afiliate, în conformitate cu articolul 36 alineatul (2) din GWB, punerea în aplicare a acestor condiții în

contextul operațiunilor efective de prelucrare a datelor efectuate de *Facebook Ireland* pe baza politicilor de utilizare a datelor și a modulelor cookie (punctul 2 din decizie) și a impus reclamantelor și întreprinderilor afiliate acestora, în conformitate cu articolul 36 alineatul (2) din GWB, să adapteze condițiile de utilizare și punerea în aplicare a acestora și să declare în mod expres în această privință că datele referitoare la utilizatori și la dispozitive, provenite din utilizarea serviciilor *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* și *Masquerade*, precum și din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” nu sunt colectate, asociate cu contul *Facebook.com* sau utilizate ori nu sunt colectate, asociate cu contul *Facebook.com* sau utilizate fără consimțământul utilizatorilor (punctul 3 din decizie). În sfârșit, la punctul 4 din decizie, Oficiul a precizat că nu există consimțământul utilizatorului atunci când punerea la dispoziție a rețelei *Facebook.com* este condiționată de obținerea consimțământului.

La 11 februarie 2019, reclamantele au contestat decizia *Bundeskartellamt* în fața *Oberlandesgericht Düsseldorf*, în termenul și în forma prevăzute.

La inițiativa Comisiei Europene și a asociațiilor naționale pentru protecția consumatorilor din statele membre, la 31 iulie 2019, *Facebook Ireland* a introdus noi condiții de utilizare – cu un conținut în esență identic –, iar la punctul 2 a indicat în mod expres că în locul plății pentru utilizarea produselor *Facebook*, utilizatorul își dă acordul pentru afișarea publicității. Începând din 28 ianuarie 2020, *Facebook* pune la dispoziție la nivel mondial așa-numita [OR 9] *Off-Facebook-Activity* (denumită în continuare „OFA”). Astfel, utilizatorii *Facebook* pot solicita afișarea unui rezumat al informațiilor obținute de *Facebook* în legătură cu activitățile lor pe alte site-uri și aplicații și separarea lor, la cerere, pentru trecut și pentru viitor, de contul lor *Facebook.com*.

II.

Dispozițiile de drept german relevante pentru aprecierea procedurii căii de atac au următorul conținut:

Articolul 19 alineatul (1) din GWB, în versiunea în vigoare până la 18 ianuarie 2021:

(1) Exploatarea abuzivă a unei poziții dominante săvârșită de una sau mai multe întreprinderi este interzisă.

Articolul 19 alineatul (1) din GWB, în versiunea în vigoare începând cu 19 ianuarie 2021:

(1) Abuzul de poziție dominantă săvârșit de una sau mai multe întreprinderi este interzis.

Articolul 32 alineatul (1) din GWB:

(1) Autoritatea de concurență poate obliga întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi să înceteze o încălcare a unei dispoziții cuprinse în această parte sau la articolele 101 ori 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

III.

Admiterea acțiunii introduse de *Facebook Ireland* – care, în urma încetării serviciului *Masquerade* și a declarației Bundeskartellamt de a nu mai deriva în această privință niciun drept din decizia atacată, nu este îndreptată decât împotriva acestei decizii în rest – depinde de răspunsul la întrebările preliminare adresate în dispozitiv. Pentru aceste motive, înaintea soluționării acțiunii, este necesar să se suspende judecarea cauzei și să se adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene (denumită în continuare „Curtea”) o cerere de decizie preliminară, în temeiul articolului 267 TFUE.

1. Într-o primă etapă, Bundeskartellamt și-a motivat decizia întemeiată pe articolul 19 alineatul (1) și pe articolul 32 din GWB numai prin faptul că prelucrarea datelor provenite din serviciile grupului furnizate separat de *Facebook.com* și din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, astfel cum este stabilită în condițiile de utilizare și pusă în aplicare, constituie o exploatare abuzivă a poziției dominante pe piața rețelelor sociale destinate utilizatorilor privați din Germania, sub forma unui abuz în stabilirea condițiilor potrivit clauzei generale prevăzute la articolul 19 alineatul (1) din GWB, [OR 10] întrucât această prelucrare a datelor, ca o consecință a puterii de piață, ar încălca RGPD ca urmare a lipsei justificărilor suficiente în temeiul articolului 6 alineatul (1) și al articolului 9 alineatul (2) din RGPD. În plus, abuzul ar produce efecte de excludere în detrimentul concurenților de pe piața rețelelor sociale și de pe piețele terțe. O evaluare comparativă suplimentară a intereselor din perspectiva dreptului concurenței nu ar fi necesară; aceasta ar conduce, de altfel, la același rezultat ca și evaluarea comparativă a intereselor din perspectiva protecției datelor. Întrucât conceptul de protecție dezvoltat de jurisprudența germană referitoare la clauza generală prevăzută la articolul 19 alineatul (1) din GWB nu și-ar fi găsit până în prezent echivalentul în jurisprudența europeană și în practica de aplicare, decizia ar fi întemeiată numai pe articolul 19 alineatul (1) din GWB, mai strict în această privință decât articolul 102 TFUE.

În timp ce decizia Bundeskartellamt va trebui anulată în măsura în care este îndreptată împotriva primei și a celei de a treia reclamante și a tuturor societăților afiliate reclamantelor în conformitate cu articolul 36 alineatul (2) din GWB, întrucât acestea din urmă nu au participat la procedura administrativă și nu au obținut dreptul de a fi ascultate și ca urmare a faptului că decizia nu cuprinde niciun element de apreciere referitor la motivele pentru care sunt avute în vedere prima și cea de a treia reclamantă, iar puterea discreționară necesară potrivit articolului 32 alineatul (1) din GWB nu poate fi exercitată pentru prima dată în cadrul procedurii căii de atac, în privința *Facebook Ireland*, instanța de trimitere pornește de la următoarele premise:

a) *Facebook Ireland* este dominantă pe piața relevantă a produselor pentru rețelele sociale digitale destinate utilizatorilor privați – care poate fi delimitată la nivel național în scopul supravegherii abuzurilor ca urmare a efectelor de rețea produse preponderent în Germania, potrivit constatărilor necontestate ale Bundeskartellamt – și este, așadar, destinatara normei cuprinse la articolul 19 alineatul (1) din GWB.

b) O încălcare a RGPD prin condițiile de utilizare ale *Facebook Ireland* și prin punerea în aplicare a acestora poate constitui un abuz în stabilirea condițiilor în detrimentul utilizatorilor privați potrivit clauzei generale prevăzute la articolul 19 alineatul (1) din GWB, întrucât articolul 19 din GWB – asemenea articolului 102 TFUE – nu protejează doar în mod direct utilizatorii împotriva unei denaturări a condițiilor de concurență ca urmare a puterii de piață, ci și în mod indirect, împotriva unei exploatare din partea unei întreprinderi aflate în poziție dominantă, indiferent de efectele asupra structurii concurențiale (a se vedea Hotărârea Curții din 15 martie 2007, *British Airways/Comisia*, C-95/04, punctul 106, Hotărârea BGH [Curtea Federală de Justiție, Germania] [OR 11] din 7 decembrie 2010, *Entega II*, KZR 5/10, punctul 55). Prejudiciul relevant din punctul de vedere al concurenței ar consta într-o atingere adusă libertății de dispoziție a utilizatorilor cu privire la datele lor cu caracter personal, protejată de RGPD. Nu există o analiză comparativă a piețelor și o majorare semnificativă în raport cu condițiile comparabile identificate pentru a constata un preț excesiv, abuziv în sensul articolului 19 alineatul (2) punctul 2 din GWB atunci când acuzația de abuz constă într-o încălcare (relevantă) a legii (a se vedea Hotărârea BGH din 6 noiembrie 2013, *VBL-Gegenwert I*, KZR 58/11, punctul 66). În acest caz, nu se impune nici evaluarea comparativă a intereselor care este, în principiu, necesară și în cadrul clauzei generale prevăzute la articolul 19 alineatul (1) din GWB [a se vedea Hotărârea BGH din 7 iunie 2016, *Pechstein/International Skating Union*, KZR 6/15, punctul 48, (ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)]. Legătura de cauzalitate necesară – potrivit articolului 19 alineatul (1) din GWB, precum și articolului 102 prima teză TFUE – între abuz și puterea de piață [a se vedea Hotărârea Curții din 14 noiembrie 1996, *Tetra Pak/Comisia*, C-333/94, punctul 27, ECLI:EU:C:1996:436]; Hotărârea Curții din 14 februarie 1978, *United Brands/Comisia*, C-27/76, punctul 248/257, (ECLI:EU:C:1978:22); Ordonanța BGH din 23 iunie 2020, *Facebook*, KVR 69/19, punctul 73, (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)] ar exista atât în sensul unei cauzalități în privința practicii, interpretate mai amplu, întrucât, în contextul unei concurențe funcționale, *Facebook Ireland* nu ar impune în mod rezonabil condiții privind o prelucrare a datelor inadmisibilă în temeiul RGPD, cât și în sensul unei cauzalități din perspectiva rezultatelor, întrucât utilizatorii – chiar dacă RGPD poate fi încălcat și de întreprinderi care nu se află în poziție dominantă – nu dispun practic de nicio alternativă atunci când încălcarea este săvârșită de o întreprindere care deține o poziție de cvasi-monopol precum *Facebook Ireland* [a se vedea de asemenea Hotărârea din 5 octombrie 1988, *Alsatel/Novasam*, C-247/86 (ECLI:EU:C:1988:469) și Hotărârea din 27 martie 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73 (ECLI:EU:C:1974:25) în cadrul căroră Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu repune în discuție legătura dintre abuz și puterea de piață]. În caz de

abuz, *Facebook Ireland* nu se poate prevala de un privilegiu de grup prevăzut la articolul 36 alineatul (2) din GWB (a se vedea Hotărârea Curții din 24 octombrie 1996, Viho, C-73/95 P, punctul 17, Ordonanța BGH din 6 noiembrie 2012, Gasversorgung Ahrensburg, KVR 54/11, punctele 19, 22; Hotărârea BGH din 23 iunie 2009, Entega I, KZR 21/08, punctul 16).

c) Decizia este în mod formal nelegală, întrucât, cu încălcarea articolului 3 alineatul (1) a doua teză din Regulamentul (CE) nr. 1/2003 al Consiliului din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a normelor de concurență prevăzute la articolele 81 și 82 din tratat [OR 12] (denumit în continuare „regulamentul de punere în aplicare”), Bundeskartellamt nu a examinat articolul 102 primul paragraf TFUE, deși poziția dominantă a *Facebook Ireland* în Germania corespunde unei poziții dominante pe o parte semnificativă a pieței interne în sensul articolului 102 primul paragraf TFUE [a se vedea Hotărârea Curții din 23 aprilie 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punctul 28; Hotărârea Curții din 9 noiembrie 1983, Michelin, C-322/81, punctul 28, (ECLI:EU:C:1983:313)] și, pe baza constatării potrivit căreia încălcarea RGPD „conduce la efecte de excludere reale și potențiale în detrimentul concurenților” (punctul 885 din decizia administrativă), ar trebui să se considere că există și condiția caracterului interstatal prevăzută la articolul 102 primul paragraf TFUE [a se vedea Hotărârea Curții din 23 aprilie 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punctul 32; Hotărârea Curții din 9 noiembrie 1983, Michelin, C-322/81, punctul 104 (E-CLI:EU:C:1983:313)]. [omissis] [detalii] Ca urmare [omissis] a paralelismului care trebuie avut în vedere între articolul 19 alineatul (1) din GWB și articolul 102 primul paragraf TFUE (a se vedea Hotărârea BGH din 8 aprilie 2014, VBL-Versicherungspflicht, KZR 53/12, punctul 46; Hotărârea BGH din 6 noiembrie 2013, VBL-Gegenwert I, KZR 58/11, punctul 51.), neregularitatea de procedură este totuși lipsită de relevanță dacă decizia este legală în temeiul articolului 19 alineatul (1) din GWB și nu determină o nelegalitate considerabilă mai importantă dacă este nelegală în temeiul articolului 19 alineatul (1) din GWB.

d) Prin urmare, prezintă relevanță dacă Bundeskartellamt este în măsură să stabilească dacă condițiile de utilizare ale *Facebook Ireland* și punerea în aplicare a acestora încalcă RGPD și să impună măsurile corective dispuse împotriva unei asemenea încălcări. [OR 13]

aa) În această privință, întrebarea preliminară 1a) urmărește să stabilească dacă este compatibil cu dispozițiile privind competența, cooperarea și coerența prevăzute la articolul 51 și următoarele din RGPD, în special la articolul 56 alineatul (1) din RGPD și cu dispozițiile privind competențele prevăzute la articolele 57 și 58 din RGPD faptul că Bundeskartellamt constată în privința supravegherii abuzurilor în materia concurenței o încălcare a RGPD prin condițiile de utilizare ale *Facebook Ireland* și prin punerea în aplicare a acestora și dispune măsuri corective. Astfel, Bundeskartellamt nu este o autoritate de supraveghere în sensul RGPD, iar autoritatea de supraveghere principală în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din RGPD este autoritatea de supraveghere irlandeză, dat fiind că *Facebook Ireland* constituie sediul principal al *Facebook* în Europa,

exploatează rețeaua socială în Europa, folosește condiții de utilizare unitare în toate statele membre ale Uniunii și este operator de date cu caracter personal pentru întregul teritoriu al Uniunii Europene în sensul articolului 4 punctul 7 din RGPD.

În măsura în care, în acest context, trebuie să se țină seama și de posibilitatea protecției juridice în materie civilă prevăzută la articolul 82 din RGPD și în special de posibilitatea altor sancțiuni prevăzute la articolul 84 alineatul (1) din RGPD, instanța de trimitere arată că articolele 19 și 32 din GWB nu figurează printre dispozițiile cu privire la care Germania a informat Comisia Europeană în temeiul articolului 84 alineatul (2) din RGPD (punctul 201 din expunerea motivelor căii de atac).

bb) În ipoteza în care ar fi compatibil cu normele de competență prevăzute de RGPD faptul că Bundeskartellamt constată și sancționează, în privința supravegherii abuzurilor în materia concurenței, o încălcare a RGPD prin condițiile de utilizare și prin punerea în aplicare a acestora, întrebarea preliminară 1b) urmărește să stabilească dacă acest lucru este compatibil cu principiul cooperării loiale consacrat la articolul 4 alineatul (3) TUE atunci când autoritatea de supraveghere principală în conformitate cu articolul 56 alineatul (1) din RGPD examinează deja o astfel de încălcare, precum în speță unde, potrivit afirmațiilor necontestate ale *Facebook* (punctele 188, 217 din expunerea motivelor căii de atac), autoritatea de supraveghere irlandeză, în colaborare cu alte autorități de supraveghere relevante din Uniune, analiza, încă de la data deciziei administrative și inclusiv ulterior, o posibilă încălcare a prelucrării datelor în raport cu RGPD săvârșită de *Facebook Ireland*.

e) În cazul în care Bundeskartellamt poate constata, în cadrul supravegherii abuzurilor în materia concurenței, o încălcare a RGPD prin condițiile de utilizare ale *Facebook Ireland* și prin punerea în aplicare a acestora și poate adopta măsuri corective, prezintă [OR 14] de asemenea relevanță aspectul dacă condițiile de utilizare (concretizate prin politici de utilizare a datelor și a modulelor cookie) privind prelucrarea datelor provenite din alte servicii ale grupului și din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” (denumite în continuare, împreună, „date off-*Facebook*”) și punerea lor în aplicare încalcă RGPD și dacă Bundeskartellamt poate interzice condițiile de utilizare și punerea lor în aplicare și poate dispune ca această prelucrare a datelor să nu poată fi efectuată sau să poată fi efectuată numai pe baza consimțământului separat al utilizatorilor de care nu trebuie să depindă utilizarea *Facebook.com*.

aa) Bundeskartellamt consideră în mod întemeiat că datele off-*Facebook* constituie date cu caracter personal în sensul articolului 4 punctul 1 din RGPD [a se vedea Hotărârea Curții din 19 octombrie 2016, Breyer, C-582/14, punctul 49, Hotărârea Curții din 24 noiembrie 2011, Scarlet, C-70/10, punctul 51, ; trimiterea preliminară adresată Curții de către BGH din 5 octombrie 2017, Cookie-Einwilligung I, I ZR 7/16, punctul 23 (ECLI:DE:BGH:2017:051017BIZR7.16.0)], că utilizarea datelor în scopurile personalizării rețelei și

publicității constituie o „creare de profiluri” în sensul articolului 4 punctul 4 din RGPD și că *Facebook Ireland* este operator de date în sensul articolului 4 punctul 7 din RGPD [a se vedea Hotărârea Curții din 29 iulie 2019, *Fashion ID*, C-40/17, punctul 84, (ECLI:EU:C:2019:629)].

bb) Bundeskartellamt consideră în mod întemeiat că, printr-un clic pe butonul „Înregistrare” – inclusiv ținând seama de punctul 2 din noile condiții de utilizare din 31 iulie 2019 – nu este exprimat consimțământul cu privire la prelucrarea datelor off-*Facebook* în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (a) și cu articolul 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD [a se vedea Hotărârea Curții din 1 octombrie 2019, *Planet49*, C-673/17, punctul 58 și următoarele (ECLI:EU:C:2019: 801)] și că consimțământul utilizatorilor solicitat de *Facebook Ireland* pentru utilizarea datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” în scopul afișării publicității personalizate nu privește decât *utilizarea* datelor în acest scop, iar nu colectarea și asocierea, în general, cu contul *Facebook.com*. De asemenea, Bundeskartellamt consideră în mod întemeiat că posibilitatea de a bloca sau de a elimina plasarea modulelor cookie pe echipamentul terminal al utilizatorului sau în browser-ul acestuia, posibilitatea de a reseta ID-urile publicitare în sistemul de operare al dispozitivului mobil și funcția OFA introdusă la sfârșitul lunii ianuarie 2020 nu îndeplinesc condițiile de obținere a unui consimțământ în temeiul articolului 6 alineatul (1) litera (a) și al articolului 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD. [OR 15]

cc) Având în vedere că prelucrarea datelor off-*Facebook* prevăzută în condițiile de utilizare și punerea acesteia în aplicare – inclusiv în cadrul grupului – sunt legale dacă există cel puțin una dintre justificările menționate la articolul 6 alineatul (1) literele (a)-(f) din RGPD, iar Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat deja, cu privire la dispoziția anterioară identică a articolului 7 din Directiva 95/46/CE privind protecția datelor, că aceasta prevede o listă exhaustivă și limitativă de cazuri în care o prelucrare de date cu caracter personal poate fi considerată legitimă și că statele membre nu pot nici să adauge principii noi privind legitimarea prelucrărilor de date cu caracter personal la acest articol, nici să prevadă cerințe suplimentare care să modifice conținutul unuia dintre principiile prevăzute la articolul menționat [a se vedea Hotărârea Curții din 29 iulie 2019, *Fashion ID*, C-40/17, punctul 55, (ECLI:EU:C:2019:629); Hotărârea Curții din 19 octombrie 2016, *Breyer*, C-582/14, punctul 57, Hotărârea Curții din 24 noiembrie 2011, *ASNEF și FECEMD*, C-468/10 și C-469/10, punctele 30, 32), este important să se stabilească dacă prelucrarea datelor off-*Facebook* prevăzută în condițiile de utilizare și pusă în aplicare poate fi justificată în toate cazurile numai printr-un consimțământ. Astfel, doar în această ipoteză Bundeskartellamt ar putea dispune ca, din motive legate de protecția datelor, aceasta fie să nu aibă loc, fie să aibă loc numai pe bază de consimțământ.

(1) În cadrul rețelei sale sociale, *Facebook Ireland* furnizează, în conformitate cu punctul 1 din condițiile sale de utilizare actuale (anexa Bf 9), la titlul „Servicii pe care le furnizăm” – în măsura în care acest aspect prezintă relevanță în speță –, în esență, următoarele prestații contractuale: 1) personalizarea conținuturilor, 2)

afișarea publicității personalizate, 3) securitatea utilizatorilor și a rețelei, 4) îmbunătățirea produselor și 5) utilizarea coerentă și uniformă a produselor întreprinderilor *Facebook*.

Facebook Ireland colectează datele referitoare la utilizatori și la dispozitive, menționate în detaliu în cadrul politicii sale de utilizare a datelor (anexa Bf 10), la titlul „Ce tipuri de informații colectăm?”, provenite din utilizarea serviciilor grupului și din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, le combină cu datele colectate și stocate la utilizarea *Facebook.com* și le utilizează în conformitate cu explicațiile furnizate la titlul „Cum utilizăm aceste informații”, în scopul furnizării, al personalizării și al îmbunătățirii produselor sale, pentru a furniza măsurători, analize și alte servicii pentru întreprinderi, pentru a promova protecția, integritatea și securitatea, pentru comunicarea cu utilizatorii, precum și pentru cercetare și inovare în scopuri sociale și, în conformitate cu [OR 16] explicațiile furnizate la titlul „Cum conlucrează companiile *Facebook*?”, „de asemenea [...] la nivelul tuturor companiilor *Facebook*”.

În conformitate cu politica sa de utilizare a modulelor cookie (anexa Bf 11), la utilizarea serviciilor grupului sau la vizitarea site-urilor și a aplicațiilor terțe care au integrat „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, *Facebook Ireland* plasează module cookie sau utilizează alte tehnologii de stocare și colectează prin intermediul lor, fără alte acțiuni ale utilizatorului, date referitoare la utilizatori și la dispozitive pe care le utilizează pentru a furniza serviciile sale, în scopuri de securitate, de publicitate și de analiză.

Detalii privind tipurile de date colectate și utilizate reies din politica de utilizare a datelor, la titlul „Ce tipuri de informații colectăm?” (anexa Bf 10) și de la punctul 2 literele a)-d) din dispozitivul deciziei administrative.

În cadrul politicii sale de utilizare a datelor, la titlul „Care este temeiul legal care ne permite să utilizăm datele?” (anexa Bf 10), *Facebook Ireland* invocă toate justificările menționate la articolul 6 alineatul (1) din RGPD. La titlul „Aflați mai multe despre aceste temeuri legale” (anexa Bf 12), *Facebook Ireland* invocă un *consimțământ* în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (a) din RGPD: 1) pentru prelucrarea datelor care se bucură de protecție specială pe care utilizatorul le-a indicat în profilul său *Facebook.com*, pentru distribuirea acestora către persoanele selectate și pentru personalizarea conținuturilor, 2) pentru utilizarea tehnologiei de recunoaștere facială și 3) pentru utilizarea datelor pe care persoanele care publică anunțuri și partenerii le furnizează despre activitatea utilizatorului din afara produselor *Facebook*, pentru personalizarea publicității, 4) pentru distribuirea datelor care identifică personal utilizatorul către persoanele care publică anunțuri, 5) pentru colectarea informațiilor pe care utilizatorul le permite prin setările dispozitivului pe care acesta le activează (locația GPS, camera foto, fotografiile). În aceste scopuri, *Facebook Ireland* solicită un *consimțământ* autonom al utilizatorilor sau oferă utilizatorului posibilitatea de opoziție (în cazul recunoașterii faciale).

În documentul menționat (anexa Bf 12), *Facebook Ireland* invocă justificarea întemeiată pe necesitatea *executării contractului* în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (b) din RGPD: 1) pentru furnizarea, personalizarea și îmbunătățirea produselor sale, 2) pentru promovarea protecției, integrității și securității, 3) pentru **[OR 17]** transferul datelor în afara SEE, 4) pentru comunicarea cu utilizatorul, 5) pentru a oferi experiențe coerente și uniforme în toate produsele *Facebook*.

Facebook Ireland invocă justificarea întemeiată pe interesele legitime în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD: 1) în ceea ce privește minorii, 2) pentru furnizarea serviciilor de măsurare, de analiză și a altor servicii pentru întreprinderi, 3) pentru trimiterea comunicărilor de marketing, 4) pentru cercetare și inovare în scopuri sociale, 5) pentru comunicarea de informații către alte persoane, inclusiv către autoritățile de aplicare a legii și de executare și răspunsul la cererile legale.

Facebook Ireland invocă de asemenea justificările întemeiate pe respectarea unei obligații legale [articolul 6 alineatul (1) litera (c) din RGPD], pe protejarea intereselor vitale [articolul 6 alineatul (1) litera (d) din RGPD] și pe *îndeplinirea unor sarcini* care servesc unui interes public [articolul 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD] (a se vedea în detaliu anexa Bf 12).

(2) Un consimțământ ar fi necesar dacă și în măsura în care colectarea, asocierea cu contul *Facebook.com* și utilizarea așa-numitelor date off-*Facebook* constituie prelucrări de categorii speciale de date cu caracter personal în sensul articolului 9 alineatul (1) din RGPD și nu este avută în vedere o altă situație de autorizare decât consimțământul prevăzut la articolul 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD.

(a) Întrebarea preliminară 2a) urmărește să se stabilească dacă – astfel cum susține Bundeskartellamt (punctul 584 și următoarele din decizia administrativă) – la colectarea datelor referitoare la vizitarea unor site-uri și aplicații terțe prin intermediul „Instrumentelor *Facebook* pentru afaceri”, al modulelor cookie și al altor tehnologii de stocare și/sau la asocierea acestora cu contul *Facebook.com* al utilizatorului și/sau la utilizarea lor, sunt prelucrate date sensibile în sensul articolului 9 alineatul (1) din RGPD atunci când este vorba despre site-uri sau aplicații aflate în legătură cu criteriile enunțate la alineatul (1), cum ar fi aplicații de flirt, site-uri de întâlniri pentru homosexuali, site-uri ale partidelor politice, site-uri de sănătate (punctul 587 din decizia administrativă).

În această privință, este necesar să se stabilească de asemenea dacă datele referitoare la vizitarea site-ului sau a aplicației sunt suficiente ca atare sau dacă utilizatorul trebuie să fi introdus anumite date în cadrul acestora precum înregistrarea sau comenzi și cum trebuie interpretate noțiunile „date [...] care dezvăluie” în sensul primei categorii de date și „date”, în sensul celei de a doua categorii de date prevăzute la articolul 9 alineatul (1) din RGPD **[OR 18]**. Formularea referitoare la prima categorie de date prevăzută la articolul 9

alineatul (1) din RGPD („date [...] care dezvăluie”) ar putea sugera că prelucrarea „datelor-sursă”, și anume, de exemplu, consultarea paginilor sau intrările efectuate de utilizator, sunt deja interzise în acest caz, astfel încât ceea ce prezintă relevanță este momentul la care datele sensibile sunt „dezvăluite” de acestea. În schimb, în ceea ce privește a doua categorie de date prevăzută la articolul 9 alineatul (1) din RGPD, numai prelucrarea datelor sensibile pare să fie interzisă în sine, astfel încât ceea ce prezintă relevanță este dacă consultarea site-urilor respective sau respectivele introduceri de date efectuate de utilizator pot constitui ele însele date sensibile, deși distincția este din nou relativizată prin definiția legală prevăzută la articolul 4 punctul 15 din RGPD potrivit căreia datele privind sănătatea pot fi și cele care „dezvăluie” informații referitoare la starea de sănătate. De asemenea, este necesar să se stabilească dacă este relevant pentru apreciere și scopul utilizării, în acest caz, așadar, de exemplu, personalizarea rețelei sociale și a publicității, securitatea rețelei, îmbunătățirea serviciilor, furnizarea de servicii de măsurare și de analiză pentru partenerii publicitari, cercetarea în scopuri sociale, răspunsul la cererile legale și respectarea unor obligații legale, protejarea intereselor vitale ale utilizatorilor și terților, îndeplinirea unor sarcini care servesc unui interes public.

(b) În măsura în care este vorba despre date sensibile în sensul articolului 9 alineatul (1) litera (b) din RGPD, întrebarea preliminară 2b) urmărește să stabilească dacă utilizatorul le-a făcut publice în mod manifest prin consultarea site-ului sau a aplicației și/sau prin introducerea unor date în cadrul acestora și/sau dacă a acționat butoanele integrate în site-uri și în aplicații, puse la dispoziție de *Facebook Ireland*, și anume „pluginurile sociale” („Îmi place”, „Distribuie”) sau „Conectare *Facebook*” ori „Account Kit” [articolul 9 alineatul (2) litera (3) din RGPD], întrucât, astfel, el ar fi pierdut protecția specială conferită de articolul 9 alineatul (1) din RGPD, fără să fie necesar un consimțământ în temeiul articolului 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD. Alte motive de autorizare în conformitate cu articolul 9 alineatul (2) din RGPD nu sunt practic luate în considerare, având în vedere domeniul în care activează *Facebook* sau, în orice caz, nu sunt aplicate de *Facebook* și nu sunt menționate în condițiile sale de utilizare.

(3) În măsura în care *Facebook Ireland* colectează date și prin intermediul modulelor cookie și al tehnologiilor de stocare similare de pe echipamentele terminale ale utilizatorilor cu ocazia utilizării celorlalte servicii ale grupului și la consultarea site-urilor și a aplicațiilor care au integrat „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, se aplică de asemenea articolul 5 alineatul (3) din Directiva 2002/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iulie 2002 privind prelucrarea datelor personale și protejarea confidențialității în [OR 19] sectorul comunicațiilor publice (Directiva asupra confidențialității și comunicațiilor electronice). Astfel cum a statuat Bundesgerichtshof [Curtea Federală de Justiție, Germania], RGPD nu aduce atingere aplicabilității acestei dispoziții, astfel încât articolul 15 alineatul (3) prima teză din Legea privind comunicațiile electronice, care transpune Directiva 2002/58/CE, trebuie să se aplice în continuare și să fie interpretat în conformitate cu directiva în sensul că utilizarea modulelor cookie în vederea creării de profiluri de utilizator în scopuri publicitare sau de cercetare a pieței necesită consimțământul utilizatorului [a se vedea Hotărârea BGH din 28

mai 2020, Cookie-Einwilligung II, I ZR 7/16, punctul 47 și următoarele; a se vedea de asemenea Hotărârea Curții din 1 octombrie 2019, Planet49, C-673/17, punctul 38 și următoarele (E-CLI:EU:C:2019:801); Hotărârea Curții din 29 iulie 2019, Fashion ID, C-40/17, punctul 88 și următoarele (ECLI:EU:C:2019:629)]. Cu toate acestea, aspectul dacă consimțământul solicitat pentru utilizarea datelor partenerilor în scopul afișării publicității personalizate este suficient în această privință nu este relevant în speță, întrucât Bundeskartellamt a motivat o încălcare săvârșită de *Facebook* a interdicției practicilor abuzive în temeiul dreptului concurenței prevăzută la articolul 19 alineatul (1) din GWB numai printr-o încălcare a RGPD prin prelucrarea datelor efectuată de aceasta, iar nu a articolului 15 alineatul (3) prima teză din Legea privind telecomunicațiile electronice.

(4) Dacă și în măsura în care articolul 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD nu impune un consimțământ – așadar, în cazul prelucrării datelor provenite din celelalte servicii ale grupului pentru care Bundeskartellamt nu a constatat o prelucrare a unor date eventual sensibile în sensul articolului 9 alineatul (1) din RGPD și în cazul prelucrării datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” atunci când nu este vorba despre date sensibile sau când aceste date au fost făcute publice în mod manifest de către utilizator –, prezintă relevanță aspectul dacă și în ce măsură *Facebook Ireland* poate invoca alte justificări în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) din RGPD în privința prelucrării datelor off-*Facebook*. Instanța de trimitere consideră că, în cazul unei publicări în mod manifest în sensul articolului 9 alineatul (2) litera (e) din RGPD, doar interdicția de prelucrare prevăzută la alineatul (1) al acestei dispoziții nu mai este aplicabilă, iar nu cerința justificării în temeiul articolului 6 alineatul (1) din RGPD [a se vedea considerentul (51) a cincea teză].

(a) Întrebarea preliminară 3) urmărește să stabilească dacă, astfel cum s-a menționat mai sus, atunci când *Facebook Ireland* furnizează ca prestație contractuală 1) personalizarea conținuturilor, 2) afișarea publicității personalizate, 3) securitatea utilizatorilor și a rețelei, 4) îmbunătățirea produselor, precum și 5) utilizarea coerentă și uniformă a produselor întreprinderilor *Facebook*, aceasta poate invoca justificarea întemeiată pe necesitatea executării contractului în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (b) din RGPD sau [OR 20] justificarea întemeiată pe realizarea unor interese legitime în conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD atunci când aceasta colectează date off-*Facebook* în aceste scopuri, le asociază cu contul *Facebook.com* al utilizatorilor și le utilizează.

Potrivit instanței de trimitere, având în vedere jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene privind criteriul necesității (a se vedea Hotărârea Curții din 4 mai 2017, Rigas satiksme, C-13/16, punctul 30) și considerațiile Comitetului european pentru protecția datelor prezentate în orientările sale 2/19 (punctele 2, 26 și următoarele, 48 și următoarele, 57, anexa Bf 42B), numeroase argumente pledează pentru ca o prelucrare a datelor în scopul afișării publicității personalizate pentru care nu sunt necesare module cookie, al securității

utilizatorilor și rețelei și al îmbunătățirii produselor să poată fi, cel mult, în interesul legitim al întreprinderii, în timp ce, potrivit acestora, se poate considera că, în cazul *Facebook Ireland*, prelucrarea datelor este necesară în scopul personalizării conținuturilor și, eventual, al utilizării coerente și uniforme a produselor întreprinderilor *Facebook* decât în scopul executării contractului.

Astfel, de exemplu, prelucrarea datelor *WhatsApp* în scopul securității utilizatorilor și a rețelei ar putea fi în interesul legitim al *Facebook Ireland*, întrucât, potrivit indicațiilor furnizate de întreprindere la titlul „Cum conlucrează companiile *Facebook*?” din cadrul politicii privind utilizarea datelor (anexa Bf 10), aceasta utilizează informațiile provenite de la conturile *WhatsApp* care trimit spam pentru a iniția acțiuni împotriva acestor conturi pe *Facebook.com*, în timp ce, în rest, această prelucrare nu ar trebui să fie necesară nici pentru executarea contractului și nici să fie justificată prin alte interese legitime, întrucât *Facebook Ireland* nu utilizează datele *WhatsApp* în scopul produselor sau al personalizării pe *Facebook.com* (punctul 746 din decizia administrativă).

Prelucrarea datelor *Instagram*, în măsura în care este efectuată în scopul personalizării conținuturilor și al utilizării uniforme a produselor *Facebook* (pentru ca utilizatorului să îi poată fi afișate persoane sau conținuturi pe *Facebook.com*, întrucât acestea l-ar putea interesa și acolo), ar putea fi necesară pentru executarea contractului sau, în orice caz, ar putea fi în interesul legitim al *Facebook Ireland*. Această prelucrare a datelor ar putea fi în interesul întreprinderii și în ceea ce privește afișarea publicității personalizate, securitatea rețelei și îmbunătățirea produselor. Potrivit propriilor declarații, *Facebook Ireland* utilizează în special, de exemplu, date *Instagram* provenite de la conturi care efectuează acțiuni îndoielnice sau care sunt în mod evident implicate în activități ilicite, pentru a garanta securitatea utilizatorilor *Facebook* [OR 21] (punctul 465 din expunerea motivelor căii de atac). În principiu, situația ar putea fi aceeași și în ceea ce privește prelucrarea datelor *Oculus*, chiar dacă nu s-au stabilit încă scopurile în legătură cu care sunt utilizate în mod concret aceste date pe *Facebook.com*.

Prelucrarea datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, în special de la pluginurile sociale „Îmi place” și „Distribuie”, precum și din „Conectare *Facebook*” și din „Account Kit”, ar putea să fie necesară pentru executarea contractului sau, în orice caz, să fie în interesul legitim al *Facebook Ireland* în măsura în care este efectuată în scopul personalizării conținuturilor și al utilizării uniforme a produselor *Facebook*. Acest lucru ar trebui să implice acționarea de către utilizatori a butoanelor corespunzătoare și limitarea la procesele necesare de prelucrare a datelor. Independent de acționarea acestor butoane, colectarea și asocierea datelor cu contul *Facebook.com* ar putea fi în interesul legitim al *Facebook Ireland* dacă utilizatorul și-a dat consimțământul cu privire la utilizarea datelor în vederea afișării publicității personalizate. De asemenea, securitatea rețelei sau îmbunătățirea produselor ar putea constitui interese legitime ale *Facebook Ireland* pentru prelucrarea datelor. Astfel, potrivit declarațiilor sale, *Facebook* utilizează date provenite de la „pluginuri sociale”

pentru a recunoaște în cel mai scurt timp, prin intermediul numărului mare de consultări ale site-urilor, dacă programe robot încearcă să deschidă și să exploateze conturi *Facebook* (punctul 465 din expunerea motivelor căii de atac).

(b) Întrebarea preliminară 4) urmărește să stabilească dacă

– minoritatea utilizatorilor pentru personalizarea conținuturilor și a publicității, îmbunătățirea produselor, securitatea rețelei și comunicarea cu utilizatorul în alte scopuri decât cele legate de marketing,

– furnizarea de măsurători, de analize și de alte servicii pentru întreprinderi destinate clienților din domeniul publicității, dezvoltatorilor și altor parteneri pentru ca aceștia să își poată evalua și îmbunătăți prestațiile,

– furnizarea de comunicări de marketing către utilizator pentru a permite *Facebook Ireland* să își îmbunătățească produsele și să desfășoare marketing direct,

– cercetarea și inovarea în scopuri sociale, în vederea promovării evoluției tehnologiei sau a înțelegerii în mod științific a unor aspecte sociale importante și pentru a influența pozitiv societatea și lumea,

– informarea autorităților de aplicare a legii și de executare și răspunsul la cererile legale în vederea prevenirii, depistării și urmăririi penale a infracțiunilor, a utilizării ilicite, a încălcării condițiilor de utilizare și a orientărilor, precum și a oricărui alt comportament prejudiciabil, **[OR 22]**

pot constitui de asemenea interese legitime în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD pentru colectarea, asocierea cu contul *Facebook.com* al utilizatorului și utilizarea datelor off-*Facebook* în aceste scopuri.

Este necesar să se stabilească în special dacă, în legătură cu minorii care nu au împlinit vârsta de 16 ani – care în Germania nu a fost redusă în conformitate cu articolul 8 alineatul (1) a treia teză din RGPD – pentru a-și da un consimțământ autonom în temeiul articolului 6 alineatul (1) litera (a) din RGPD [articolul 8 alineatul (1) din RGPD] și care, potrivit doctrinei germane – se pare, unanimă –, nu pot încheia în mod autonom un contract de utilizare valid în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (b) din RGPD cu o rețea socială, întrucât acesta nu este avantajos doar din punct de vedere juridic, ca urmare a prelucrării datelor [articolul 107 din BGB (Codul civil); a se vedea Klumpp în: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, articolul 107, punctul 30; Spickhoff în: MüKoBGB, 8. Auflage 2018, articolul 107, punctul 82; Mansel în: Jauernig, BGB, 18. Auflage 2021, articolul 107, punctul 3] și care nu au obținut consimțământul parental necesar, *Facebook Ireland* poate invoca justificarea întemeiată pe realizarea unor interese legitime în temeiul articolului 6 alineatul (1) litera (f) din RGPD în ceea ce privește prelucrarea datelor provenite de la celelalte servicii ale grupului și din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”.

De asemenea, este discutabil aspectul dacă prelucrarea datelor off-*Facebook* poate fi justificată de interesul cercetării și al inovării în scopuri sociale, în vederea promovării evoluției tehnologiei sau a înțelegerii în mod științific a unor aspecte sociale importante și pentru a influența pozitiv societatea și lumea.

În schimb, utilizarea datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” pentru furnizarea de măsurători, de analize și de alte servicii pentru întreprinderi destinate clienților din domeniul publicității, dezvoltatorilor și altor parteneri pentru ca aceștia să își poată evalua și îmbunătăți prestațiile ar putea, în orice caz, să fie în interesul legitim al *Facebook Ireland* (și al partenerilor) dacă utilizatorii și-au dat consimțământul cu privire la utilizarea datelor partenerilor pentru afișarea publicității personalizate. Dacă și măsura în care prelucrarea datelor provenite din celelalte servicii ale grupului și/sau din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” este justificată în vederea îmbunătățirii produselor, situația ar putea fi aceeași și în ceea ce privește utilizarea pentru furnizarea de comunicări de marketing către utilizator pentru a permite *Facebook* să își îmbunătățească produsele și să desfășoare marketing direct. [OR 23]

De asemenea, colectarea, asocierea cu contul *Facebook.com* și utilizarea sau utilizarea datelor off-*Facebook* colectate din altă parte și asociate în mod legal în scopul informării autorităților de aplicare a legii și de executare și al răspunsului la cererile legale în vederea prevenirii, a depistării și a urmării penale a infracțiunilor, a utilizării ilicite, a încălcării condițiilor de utilizare și a politicii întreprinderii, precum și a oricărui alt comportament prejudiciabil, s-ar putea efectua în interesul legitim al *Facebook Ireland*.

În cadrul evaluării comparative necesare – pe lângă dreptul legal de opoziție prevăzut la articolul 21 din RGPD – s-ar putea lua în considerare faptul că, în ceea ce privește „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri”, furnizorii de site-uri terțe care le-au integrat au posibilitatea de a întârzia fluxul de date către *Facebook Ireland* până la obținerea consimțământului utilizatorilor (punctul 868 din decizia administrativă) și că, începând din 28 ianuarie 2020, *Facebook* pune la dispoziție funcția OFA prin intermediul căreia utilizatorii *Facebook* pot solicita afișarea unui rezumat al informațiilor obținute de *Facebook* în legătură cu activitățile lor pe alte site-uri și aplicații și separarea lor, la cerere, pentru trecut și pentru viitor, de contul acestora *Facebook.com* (punctul 148 și următorul din expunerea motivelor căii de atac).

(c) Întrebarea preliminară 5) urmărește să stabilească dacă colectarea, asocierea cu contul *Facebook.com* și utilizarea sau utilizarea datelor off-*Facebook* colectate din altă parte și asociate în mod legal pot fi justificate într-un caz concret în temeiul articolului 6 alineatul (1) literele (c), (d) și (e) din RGPD, de exemplu – astfel cum invocă *Facebook Ireland* în documentul prezentat sub forma anexei Bf 12 –, pentru a răspunde unei cereri valabile din punct de vedere legal privind anumite date [litera (c)], pentru combaterea unui comportament prejudiciabil și pentru promovarea securității [litera (d)], în vederea cercetării în beneficiul societății și al promovării protecției, integrității și securității [litera (e)], întrucât

nici atunci prelucrarea datelor respective nu poate fi condiționată fără excepții și în toate cazurile de consimțământul utilizatorilor sau dacă justificarea prelucrării datelor off-Facebook trebuie în general exclusă pentru aceste motive.

f) În acest caz nu ar mai fi determinant răspunsul la problema dacă condițiile de prelucrare a datelor și punerea în aplicare a acestora, în măsura în care nu sunt permise sau justificate, constituie de asemenea o excludere abuzivă în sensul clauzei generale prevăzute la articolul 19 alineatul (1) din GWB în detrimentul [OR 24] concurenților de pe piața rețelelor sociale destinate utilizatorilor privați și de pe alte piețe.

g) Întrebarea preliminară 6) urmărește să stabilească dacă și măsura în care prelucrarea datelor off-Facebook ar putea fi justificată numai pe bază de consimțământ, dacă utilizatorii pot într-adevăr să își exprime un consimțământ valabil în sensul articolului 6 alineatul (1) litera (a) și al articolului 9 alineatul (2) litera (a) din RGPD față de o întreprindere dominantă precum *Facebook Ireland*, astfel cum Bundeskartellamt a dispus în vederea încetării pretensei încălcări sau dacă caracterul liber [al consimțământului] necesar în acest scop în temeiul articolului 4 punctul 11 din RGPD față de o întreprindere dominantă trebuie să fie întotdeauna exclus și atunci când executarea contractului nu este supusă consimțământului cu privire la prelucrarea datelor. Considerentul (43) prima teză ar putea sugera acest lucru.

2. Clarificarea întrebărilor preliminare nu este inutilă pentru motivul că Bundeskartellamt și-a întemeiat decizia în cadrul procedurii căii de atac „cu titlu complementar” (p. 88 din memoriul în răspuns) pe motivarea Bundesgerichtshof din cadrul procedurii de urgență prealabile [Ordonanța din 23 iunie 2020, Facebook, KVR 69/19, (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)]. Potrivit acesteia – astfel cum arată BGH –, prin utilizarea datelor rezultate din utilizarea celorlalte servicii ale grupului și din „Instrumentele Facebook pentru afaceri”, utilizatorului *Facebook.com* i se impune o extindere a prestațiilor pe care acesta „probabil nu o dorește”; condițiile de utilizare criticate, care nu ar fi de așteptat să existe în contextul unei concurențe funcționale, ar fi susceptibile să excludă concurența, iar extinderea prestațiilor s-ar dovedi abuzivă, ținând seama de aprecierea globală și de evaluarea comparativă a intereselor în cauză, în special în lipsa unei justificări în temeiul RGPD. Astfel, această motivare nu permite menținerea deciziei, în marea parte, pentru simplul fapt că, în orice caz, Bundeskartellamt nu a făcut constatările necesare cu privire la condiția privind capacitatea prelucrării datelor de împiedicare a concurenței. Aceasta nu poate fi luată în mod serios în considerare decât pentru prelucrarea datelor *Instagram*, dar nici în această privință nu poate fi luată o decizie fără o clarificare a întrebărilor preliminare 7) și, dacă este cazul, 3)-5).

a) Având în vedere că Bundesgerichtshof pare să considere că Bundeskartellamt își mai poate completa decizia în cadrul procedurii căii de atac cu această motivare [OR 25], chiar dacă acuzația de abuz este întemeiată pe alte fapte decât pe o încălcare a RGPD și că, în consecință, consimțământul

utilizatorilor impus în dispozitiv nu ar fi un consimțământ în sensul RGPD, ci un alt consimțământ, eventual unul care trebuie dat în plus față de consimțământul prevăzut de RGPD, instanța de trimitere efectuează examinarea deciziei și pe baza acestei motivări.

b) În orice caz, Bundeskartellamt a omis în mare măsură să efectueze constatările necesare cu privire la condiția potrivit căreia prelucrarea datelor off-*Facebook* trebuie să fie susceptibilă să excludă concurenții. Ar fi necesar să se demonstreze existența unui efect anticoncurențial potențial – pe piața rețelelor, în privința rețelei, de exemplu, prin creșterea efectelor de rețea sau prin îmbunătățirea produselor ori în privința publicității, de exemplu, prin deținerea unor date mai detaliate sau pe piețele publicitare ori pe piețele terțe (indiferent de delimitarea acestora de la caz la caz) –, în condițiile în care practica unei întreprinderi aflate în poziție dominantă nu poate fi calificată drept abuzivă în lipsa oricărui efect anticoncurențial al acesteia pe piață (a se vedea Hotărârea Curții din 6 decembrie 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10 P, punctul 112; Hotărârea Curții din 17 februarie 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, punctul 64).

Dat fiind că *Facebook Ireland* nu utilizează datele *WhatsApp* ale utilizatorilor *Facebook.com* în scopul personalizării și al produselor pe *Facebook.com* – iar acest lucru nici nu este avut în vedere în Europa, potrivit propriilor afirmații –, nu rezultă și nici Bundeskartellamt nu constată că prelucrarea datelor *WhatsApp* ar fi susceptibilă în orice mod să excludă concurenții de pe piața rețelelor sau de pe o piață publicitară ori de pe o piață a serviciilor de mesagerie. Bundeskartellamt nu s-a pronunțat nici cu privire la măsura în care datele *Oculus* ale utilizatorilor *Facebook.com* sunt utilizate în scopurile rețelei *Facebook.com* și dacă acestea ar fi susceptibile să excludă concurenții de pe piața rețelelor sau de pe piața publicitară relevantă ori de pe piața pe care este furnizat *Oculus*. Prelucrarea datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” va fi practic „probabil nedorită” de utilizatorii *Facebook.com* doar atunci când aceștia nu acționează „pluginurile sociale” („Îmi place”, „Distribuie”), nu utilizează „Conectare *Facebook*” sau „Account Kit” și nu și-au dat consimțământul cu privire la afișarea publicității personalizate. Bundeskartellamt nu s-a pronunțat însă nici cu privire la măsura în care o prelucrare a datelor provenite din „Instrumentele *Facebook* pentru afaceri” care nu este efectuată în scopul personalizării utilizării *Facebook.com*, al utilizării uniforme a produselor *Facebook* și [OR 26] al afișării publicității personalizate este susceptibilă să excludă concurenții de pe piața rețelelor, de pe o piață publicitară sau de pe piețele terțe, cu atât mai mult cu cât, cu ajutorul OFA, utilizatorii pot separa contul lor *Facebook* de datele respective.

c) Numai în ceea ce privește prelucrarea datelor *Instagram* ale utilizatorilor *Facebook.com* se poate avea în mod serios în vedere o capacitate de excludere a concurenților, întrucât, prin intermediul acestor date, este personalizată utilizarea *Facebook.com*, utilizatorilor fiindu-le sugerate aici persoane pe care aceștia le urmăresc pe *Instagram* și în măsura în care poate interveni o creștere a efectelor de rețea și ca urmare a faptului că, prin asocierea cu datele *Facebook.com* ale utilizatorilor, acestea sunt utilizate, de exemplu, în scopuri publicitare și pentru

îmbunătățirea produselor pe *Facebook.com*. În ceea ce privește aspectul dacă, în cadrul unei concurențe funcționale pe piața rețelelor sociale, o astfel de prelucrare a datelor la nivelul tuturor serviciilor nu ar putea fi de așteptat fără consimțământul separat al utilizatorilor și în special pentru aprecierea globală și evaluarea comparativă a intereselor în cauză prin care trebuie să se stabilească dacă comportamentul *Facebook Ireland* este abuziv atât din punctul de vedere al exploatării utilizatorilor, cât și din punctul de vedere al excluderii concurenților [a se vedea Ordonanța BGH din 23 iunie 2020, Facebook, KVR 69/19, punctul 98 și următoarele (E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)], se ridică problema care face obiectul întrebării preliminare 7), și anume dacă Bundeskartellamt poate, în orice caz, să se pronunțe în acest scop cu privire la o încălcare a RGPD prin respectiva prelucrare a datelor, apoi problemele care fac obiectul întrebărilor preliminare 3)-5), și anume dacă această prelucrare a datelor este contrară RGPD, de unde rezultă că *Facebook Ireland* recurge la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală între produse și servicii pe baza prestațiilor operatorilor economici (a se vedea Hotărârea Curții din 6 octombrie 2015, Post Danmark, C-23/14, punctul 29 și următoarele; Hotărârea Curții din 6 decembrie 2012, Astra Zeneca, C-457/10, punctul 74 și următorul).

[omissis]