

Mål C-252/21

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

22 april 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

24 mars 2021

Klagande:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Motpart:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLUT

[utelämnas]

I det konkurrensrättsliga målet

1. **Facebook Inc.**, [utelämnas] USA,
2. **Facebook Ireland Ltd.**, [utelämnas] Irland,

3. **Facebook Deutschland GmbH**, [utelämnas] Hamburg,

klagande,

[utelämnas]

m o t

Bundeskartellamt, [utelämnas] Bonn,

motpart,

Ytterligare parter i målet:

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

intervenient,

[utelämnas] [**Orig. s. 2**]

har första avdelningen för konkurrensrättsliga mål vid Oberlandesgericht Düsseldorf

efter den muntliga förhandlingen den 24 mars 2021 fattat följande

[utelämnas]

B e s l u t:

I.

Förfarandet förklaras vilande.

II.

Följande frågor beträffande tolkningen av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (nedan kallad GDPR) och tolkningen av artikel 4.3 FEU hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

1.

a) Är det förenligt med artikel 51 och följande artiklar GDPR att en nationell konkurrensmyndighet i en medlemsstat, såsom Bundeskartellamt (som inte är tillsynsmyndighet i den mening som avses i artikel 51 och följande artiklar GDPR), i samband med konkurrensrättslig tillsyn av missbruk av dominerande ställning, fastställer att avtalsvillkoren avseende behandlingen av personuppgifter för ett i en annan medlemsstat beläget

huvudsakligt verksamhetsställe för ett företag som har hemvist utanför Europeiska unionen och tillämpningen av dessa villkor åsidosätter GDPR samt meddelar ett föreläggande om att överträdelsen ska upphöra, då det huvudsakliga verksamhetsstället är ensamt ansvarig för behandlingen av personuppgifter inom hela Europeiska unionen och företaget har ett verksamhetsställe i den förstnämnda medlemsstaten, vilket understödjer det huvudsakliga verksamhetsstället med marknadsföring, kommunikation och public relations?

b) Om denna fråga ska besvaras jakande: Är detta förenligt med artikel 4.3 FEU om det samtidigt pågår en utredning av det huvudsakliga verksamhetsställets avtalsvillkor avseende behandling av personuppgifter, som genomförs av den ansvariga tillsynsmyndigheten i den medlemsstat där det huvudsakliga verksamhetsstället är beläget i den mening som avses [Orig. s. 3] i artikel 56.1 GDPR?

Om fråga 1 ska besvaras jakande:

2.

a) Om internetanvändare antingen endast går in på webbplatser eller appar som omfattas av kriterierna i artikel 9.1 GDPR – såsom flört-appar, dejtingsajt för homosexuella, politiska partiers webbplatser eller hälsorelaterade webbplatser – eller även lämnar uppgifter på dessa webbplatser eller appar, exempelvis genom att registrera sig eller göra beställningar, och ett annat företag, såsom Facebook Ireland, använder gränssnitt som är integrerade i dessa webbplatser eller appar, såsom Facebook Tools, eller webbkakor eller andra lagringstekniker som är inlagda på internetanvändarens dator eller mobilenhet, för att samla in uppgifter om besöken på dessa webbplatser eller appar och om de uppgifter som de lämnat där, och knyter samman dessa uppgifter med uppgifter från internetanvändarnas Facebookkonton, ska denna insamling och/eller sammanknytning och/eller användning anses utgöra behandling av känsliga uppgifter i den mening som avses i denna bestämmelse?

b) Om denna fråga ska besvaras jakande: Innebär användarens besök av dessa webbplatser och appar och/eller lämnande av uppgifter och/eller klickande på någon av de knappar som integrerats på webbplatserna och apparna av en tjänsteleverantör som Facebook Ireland ("sociala insticksprogram" som "gilla", "dela" eller "Facebook Login" och "Account Kit") att användaren har offentliggjort uppgifterna om besöket som sådant och/eller de inmatade uppgifterna på ett tydligt sätt, i den mening som avses i artikel 9.2 e GDPR?

3.

Kan ett företag som Facebook Ireland, som driver ett reklamfinansierat digitalt socialt nätverk och som enligt sina användarvillkor erbjuder personaliserat innehåll, personaliserad reklam, nätverkssäkerhet, produktförbättring och kontinuerlig och sömlös användning av alla koncernens produkter, motivera att det, för detta ändamål, samlar in uppgifter från andra koncerntjänster och [Orig. s. 4] från tredje mans webbplatser och appar via gränssnitt som är integrerade i dessa, såsom ”Facebook Business Tools”, eller via webbkakor eller liknande lagringstekniker som är inlagda på på internetanvändarens dator eller mobilenhet, och att företaget använder uppgifterna och sammanknyter dem med användarens Facebookkonto, med hänvisning till att behandlingen av personuppgifter är laglig på den grunden att den är nödvändig för att fullgöra ett avtal i enlighet med artikel 6.1 b GDPR, eller att den är nödvändig för ändamål som rör berättigade intressen i enlighet med artikel 6.1 f GDPR?

4.

Kan i ett sådant fall även

- den omständigheten att användaren är minderårig, med avseende på personaliseringen av innehåll och reklam, produktförbättring, nätverkssäkerhet och kommunikation med användaren som inte är relaterad till marknadsföring,
- tillhandahållande av mätningar, analyser och andra företagstjänster till annonsörer, utvecklare och andra partners, i syfte att de ska kunna utvärdera och förbättra sina tjänster,
- tillhandahållande av marknadsföringskommunikation till användaren för att företaget ska kunna förbättra sina produkter och bedriva direktmarknadsföring,
- samhällsnyttig forskning och innovation för att främja den tekniska utvecklingen och den vetenskapliga förståelsen av viktiga sociala frågor och för att påverka samhället och världen positivt,
- att dela information med brottsbekämpande myndigheter och besvara förelägganden för att förhindra, avslöja och bekämpa brott, otillåten användning, brott mot användarvillkor och policier och annat skadligt beteende,

utgöra berättigade intressen i den mening som avses i artikel 6.1 f GDPR, när företaget för dessa ändamål sammanknyter uppgifter från andra koncerntjänster och från tredje mans webbplatser och appar med användarens Facebookkonto, via integrerade gränssnitt, såsom ”Facebook Business Tools”, eller via webbkakor eller andra lagringstekniker som är inlagda på internetanvändarens dator eller mobilenhet, och använder uppgifterna?

5.

Är det i ett sådant fall möjligt att i det enskilda fallet, med stöd av artikel 6.2 c, d och e GDPR, motivera att företaget samlar in uppgifter från andra koncerntjänster och från tredje mans webbplatser och appar via integrerade gränssnitt, såsom ”Facebook Business Tools”, eller via webbkakor eller andra lagringstekniker som är inlagda på internetanvändarens dator eller mobilenhet och använder uppgifterna och sammanknyter dem med användarens Facebookkonto, eller använder uppgifter som redan [Orig. s. 5] har samlats in och sammanknutits på annat lagligt sätt – exempelvis för att besvara en rättsligt giltig begäran avseende vissa uppgifter (led c), för att bekämpa skadligt beteende och främja säkerhet (led d), för samhällsnyttig forskning och för att främja trygghet, integritet och säkerhet (led e)?

6.

Går det att lämna giltigt samtycke, i den mening som avses i artikel 6.1 a och 9.2 a GDPR, och i synnerhet frivilligt samtycke enligt artikel 4.11 GDPR, till ett företag med dominerande ställning, såsom Facebook Ireland?

Om fråga 1 ska besvaras nekande:

7.

a) Får en nationell konkurrensmyndighet i en medlemsstat, såsom Bundeskartellamt (som inte är tillsynsmyndighet i den mening som avses i artikel 51 och följande artiklar GDPR), och som prövar ett dominerande företags överträdelse av det konkurrensrättsliga förbudet mot missbruk av denna ställning, vilken dock inte består i att företagets avtalsvillkor avseende behandling av personuppgifter och tillämpningen av dessa villkor strider mot GDPR, till exempel inom ramen för intresseavvägningen, fastställa att företagets avtalsvillkor avseende behandling av personuppgifter och deras genomförande strider mot GDPR?

b) Om denna fråga ska besvaras jakande: Gäller detta, mot bakgrund av artikel 4.3 FEU, även om det samtidigt pågår en utredning av företagets avtalsvillkor avseende behandling av personuppgifter som genomförs av den ansvariga tillsynsmyndigheten enligt artikel 56.1 GDPR?

Om fråga 7 ska besvaras jakande krävs ett svar på frågorna 3–5 med avseende på uppgifter som härrör från användningen av koncernens tjänst *Instagram*. [Orig. s. 6]

S k ä l

I.

Den andra klaganden (nedan kallad *Facebook Ireland*) driver i Europa det digitala sociala nätverket *Facebook.com* som är kostnadsfritt för privata användare. Den första klaganden är detta bolags amerikanska moderbolag. Den tredje klaganden är ett tyskt systerbolag till *Facebook Ireland* och stödjer sistnämnda bolag inom områdena marknadsföring, kommunikation och public relations (nedan kallas klagandena gemensamt *Facebook*).

På *Facebook.com* kan privata användare upprätta en personlig *Facebook*-sida och kommunicera med tredje parter via denna. Användaren kan bland annat göra egna inlägg i nyhetsflödet på sin *Facebook*-sida och själv välja att offentliggöra dessa bland sina *Facebook*-vänner eller i sitt nätverk. Användaren kan dessutom få upp inlägg i sitt nyhetsflöde från sina *Facebook*-vänner eller andra innehållsleverantörer och företag som finns på *Facebook.com* som användaren har valt att följa. Vidare kan användaren visa innehåll från tredje parter webbplatser och appar i sitt nyhetsflöde och i sina *Facebook*-vänners nyhetsflöden genom att klicka på knapparna för de ”sociala insticksprogram” (i synnerhet ”gilla” eller ”dela”) som finns tillgängliga där. Med ”*Facebook Login*” och ”*Account Kit*” kan användaren logga in eller upprätta en profil på webbplatser och appar från tredje part enbart genom att använda sina *Facebook*-registreringsuppgifter.

Facebook erbjuder företag möjligheten att integrera knapparna för ”sociala insticksprogram” (i synnerhet ”gilla” och ”dela”) samt ”*Facebook Login*” och ”*Account Kit*” på deras webbplatser och appar via på förhand fastställda gränssnitt benämnda ”*Facebook Business Tools*”. Genom dessa gränssnitt överförs användardata till *Facebook.com* oberoende av om användaren faktiskt klickar på knapparna på webbplatsen eller appen.

Facebook.com finansieras genom onlinereklam som anpassas till varje enskild användare på det sociala nätverket i syfte att visa användaren just sådan reklam som kan intressera denne utifrån dennes individuella konsumtionsmönster, intressen, köpkraft och livssituation. Med hjälp av ”*Facebook Ads Manager*” kan annonsörer definiera den önskade målgruppen och visa sin reklam till användare. Verktøget gör det dessutom möjligt för annonsörer att överföra sina [Orig. s. 7] kundförteckningar i krypterat format till *Facebook* och ytterligare förfina sin reklam genom att jämföra dessa med data från det sociala nätverket. Med andra analys- och mätverktyg (annonsrapporter och ”*Facebook Analytics*”) som *Facebook* också tillhandahåller under begreppet ”*Facebook Business Tools*” kan annonsörer mäta hur framgångsrik deras reklam är, analysera sina egna onlinetjänster och få aggregerad statistik om sin målgrupp. Även detta sker genom integrerade gränssnitt (”*Facebook Pixel*” eller ”*SDK*”) som samlar in uppgifter om användarbeteende, även på webbplatser och appar från tredje parter, utan att användaren interagerar med gränssnitten.

Facebook-koncernen tillhandahåller även andra tjänster utöver det sociala nätverket. Till dessa tjänster hör bland annat *Instagram* – som är reklamfinansierat och kostnadsfritt – för att ”dela” foton och korta videoklipp, som också drivs av *Facebook Ireland* i Europa, och *WhatsApp* – som inte är reklamfinansierat men

kostnadsfritt – för att skicka och motta olika medier som till exempel textmeddelanden, bilder, videoklipp, kontakter, dokument, platser och röstmeddelanden och samtal, som drivs av *WhatsApp Ireland Ltd.* i Europa. Dessutom säljer bolaget *Oculus* som ägs av ett ytterligare dotterbolag, *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, ”virtual reality”-glasögon och mjukvara i Europa. Fram till den 13 mars 2020 tillhandahöll *Facebook* dessutom tjänsten *Masquerade* för bearbetning och ”delning” av foton.

Privata användare i Europa ingår ett användaravtal för *Facebook.com* genom att klicka på knappen ”Registrera” och godkänner därigenom samtidigt *Facebook Irelands* användarvillkor. Av dessa framgår att *Facebook Ireland* behandlar personuppgifter och hänvisar i detta avseende särskilt till *Facebook Irelands* personuppgiftspolicy och kakpolicy. Enligt dessa samlar *Facebook Ireland* in användar- och enhetsinformation som rör användaraktivitet på och utanför det sociala nätverket och kopplar denna till de berörda användarnas *Facebook.com*-konton. När det gäller användaraktivitet utanför det sociala nätverket är det för det första fråga om besök på tredje parter webbplatser och appar som är kopplade till *Facebook.com* genom programmeringsgränssnitt (”*Facebook Business Tools*”) och för det andra om användning av andra tjänster som tillhör *Facebook*, som *Instagram*, *WhatsApp* och *Oculus*. Med avseende på sistnämnda aktivitet sker behandling av uppgifter även ”mellan produkter från *Facebook-företagen*”. [Orig. s. 8]

Genom beslut av den 6 februari 2019 förbjöd Bundeskartellamt, med stöd av 19 § första stycket och 32 § Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) (lagen om konkurrensbegränsningar), klagandena och till dem närstående företag i den mening som avses i 36 § andra stycket (GWB) att behandla personuppgifter i enlighet med användarvillkoren och förelade dem även att vidta åtgärder för att få överträdelsen att upphöra. Förbudet omfattar företagens tillämpning av användarvillkoren, inklusive deras precisering genom personuppgiftspolicyn och kakpolicyn. Enligt användarvillkoren och nämnda policies villkor användningen av nätverket *Facebook.com* av privata användare med hemvist i Tyskland av att *Facebook Ireland* får samla in användar- och enhetsdata från aktivitet på *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* och *Masquerade* och från besök på webbplatser och appar från tredje part via ”*Facebook Business Tools*” utan användarens samtycke och använda denna data och sammanknyta den med användarnas *Facebook.com*-uppgifter (punkt 1 i beslutdelen). Dessutom förbjöd Bundeskartellamt klagandena och till dem närstående företag i den mening som avses i 36 § andra stycket GWB att tillämpa dessa användarvillkor vid den egentliga behandlingen av personuppgifter som *Facebook Ireland* genomför på grundval av personuppgiftspolicyn och kakpolicyn (punkt 2 i beslutdelen). Bundeskartellamt förelade även klagandena och till dem närstående företag i den mening som avses i 36 § andra stycket GWB att ändra användarvillkoren och tillämpningen av dem så, att det uttryckligen klargörs att användar- och enhetsdata från aktivitet på *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* och *Masquerade* samt från ”*Facebook Business Tools*” inte kommer att samlas in, användas och sammanknytas med användarnas *Facebook.com*-konton och inte kommer att användas utan deras samtycke (punkt

3 i beslutdelen). I punkt 4 i beslutet klargjorde myndigheten slutligen att det inte föreligger samtycke från användaren om det är nödvändigt att lämna sitt samtycke för att få tillgång till *Facebook.com*.

Klagandena lämnade den 11 februari 2019 in ett överklagande av Bundeskartellamts beslut inom den angivna fristen och i vederbörlig ordning till Oberlandesgericht Düsseldorf.

Facebook Ireland har – på initiativ av Europeiska kommissionen och de nationella konsumentskyddsorganen i medlemsstaterna – den 31 juni 2019 infört nya och i huvudsak identiska användarvillkor. I punkt 2 i de nya användarvillkoren anges uttryckligen att användare, i stället för att betala för att använda *Facebook*-produkter, godkänner att *Facebook* visar dem reklam. Sedan den 28 januari 2020 erbjuder *Facebook* ett så kallat [Orig. s. 9] ”off-*Facebook* activity” (OFA) verktyg över hela världen. *Facebook*-användare kan använda detta verktyg för att få en sammanfattning av den information som *Facebook* får om deras aktiviteter på andra appar eller webbplatser, och, om de önskar, separera dessa uppgifter om tidigare och framtida aktivitet från sitt *Facebook*-konto.

II.

De bestämmelser i tysk lagstiftning som är relevanta för att avgöra målet om överklagande har följande lydelse:

19 § första stycket GWB i den lydelse som gällde fram till den 18 januari 2021:

(1) Ett eller flera företags utnyttjande av en dominerande ställning på ett sätt som utgör missbruk är förbjuden.

19 § första stycket GWB i den lydelse som trädde i kraft den 19 januari 2021:

(1) Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning är förbjuden.

32 § första stycket GWB:

(1) Konkurrensmyndigheten kan förelägga företag eller företagssammanslutningar att upphöra med en överträdelse mot bestämmelserna i denna del eller mot artikel 101 eller artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

III.

Efter att tjänsten *Masquerade* upphörde och Bundeskartellamt förklarade att myndigheten inte längre gör gällande några rättigheter som följer av det överklagade beslutet i den delen, avser *Facebook Irelands* överklagande endast beslutet i övriga delar. Om *Facebook Irelands* överklagande ska ha framgång beror på svaret på tolkningsfrågorna som ställts i beslutdelen ovan. Innan

domstolen avgör målet om överklagande i sak är det således nödvändigt att förklara förfarandet vilande och begära förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol enligt artikel 267 FEUF.

1. Inledningsvis motiverade Bundeskartellamt det beslut som meddelats med stöd av 19 § första stycket och 32 § GWB endast med att behandlingen av personuppgifter från de av koncernens egna tjänster som tillhandahålls separat från *Facebook.com* och från ”*Facebook Business Tools*”, såsom denna behandling föreskrivs i och utförs i enlighet med användarvillkoren, utgör missbruk av en dominerande ställning på marknaden för sociala nätverk för privata användare i Tyskland i form av otillåtna avtalsvillkor enligt generalklausulen i 19 § första stycket GWB, [Orig. s. 10] eftersom denna behandling av personuppgifter följer av marknadsinflytande och därför strider mot GDPR, då inget av villkoren enligt artikel 6.1 eller artikel 9.2 GDPR är uppfyllt. Dessutom medför missbruket hinder till nackdel för konkurrenter på marknaden för sociala nätverk och på tredjeländers marknader. Det är inte nödvändigt att göra en ytterligare konkurrensrättslig intresseavvägning. En sådan skulle för övrigt leda till samma resultat som den personuppgiftsskyddsrettsliga intresseavvägningen. Eftersom det skyddskoncept som utvecklats i tysk rättspraxis rörande generalklausulen i 19 § första stycket GWB inte har någon motsvarighet i befintlig europeisk rättspraxis eller i den praktiska rättstillämpningen, grundas beslutet endast på 19 § första stycket GWB som i detta hänseende är strängare än artikel 102 FEUF.

Den hänskjutande domstolen anser att Bundeskartellamts beslut ska upphävas i den del det riktas mot den första och tredje klaganden och till klagandena närstående företag i den mening som avses i 36 § andra stycket GWB. Denna slutsats grundas på att sistnämnda företag inte har deltagit i det administrativa förfarandet och inte har haft någon möjlighet att yttra sig. Beslutet innehåller inte någon motivering av varför det riktas till den första och tredje klaganden. Dessutom får utövandet av utrymmet för skönsässig bedömning som krävs enligt 32 § första stycket GWB inte ske för första gången under överklagandet. Däremot anser den hänskjutande domstolen att följande gäller för *Facebook Ireland*.

a) *Facebook Ireland* innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden för sociala nätverk för privata användare. Med stöd av Bundeskartellamts konstateranden – som inte bestritts – kan marknaden för tillsynsändamål avgränsas nationellt till följd av att nätverkseffekterna i huvudsak verkar inom Tyskland. Bestämmelsen i 19 § första stycket GWB riktar sig således till *Facebook Ireland*.

b) Att *Facebook Irelands* användarvillkor och deras genomförande strider mot GDPR kan utgöra missbruk i form av otillåtna avtalsvillkor till nackdel för privata användare enligt generalklausulen i 19 § första stycket GWB, eftersom 19 § GWB – i likhet med artikel 102 FEUF – inte endast skyddar konsumenter indirekt mot att företag använder sin dominerande ställning för att snedvrída konkurrensvillkoren, utan även direkt mot exploatering av ett dominerande företag

som saknar koppling till påverkan på strukturen för konkurrens på marknaden (se EU-domstolen, dom av den 15.03.2007 – C-95/04, punkt 106, tillgänglig via juris – *British Airways*; BGH, [Orig. s. 11] dom av den 07.12.2010 – KZR 5/10, punkt 55, tillgänglig via juris – *Entega II*). Den konkurrensrättsligt relevanta skadan består i en kränkning av användarnas frihet att disponera över sina personuppgifter vilken skyddas av GDPR. Användningen av en jämförbar marknad och kravet på att avvikelsen mellan kostnaden och priset måste vara väsentlig, vilka används för att fastställa en otillåten prissättning i den mening som avses i 19 § andra stycket punkt 2 GWB, tillämpas inte när anklagelsen om missbruk avser en (relevant) lagöverträdelse (se BGH, dom av den 06.11.2013 – KZR 58/11, punkt 66, tillgänglig via juris – *VBL-Gegenwert I*). Då finns inte heller något utrymme för den intresseavvägning som i princip krävs inom ramen för generalklausulen i 19 § första stycket GWB (se BGH, dom av den 07.06.2016 – KZR 6/15, punkt 48, tillgänglig via juris – *Pechstein/International Skating Union* (ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)). Det orsakssamband mellan missbruk och dominerande ställning som krävs både enligt 19 § första stycket GWB och enligt artikel 102 första stycket FEUF, (se EU-domstolen, dom av den 14.11.1996 – C-333/94, punkt 27, tillgänglig via juris – *Tetrapak* (ECLI:EU:C:1996:436); dom av den 14.02.1978 – C-27/76, punkt 248/257, tillgänglig via juris – *United Brands* (ECLI:EU:C:1978:22); BGH, beslut av den 23.06.2020 – KVR 69/19, punkt 73, tillgänglig via juris – *Facebook* (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)) skulle föreligga såväl med avseende på en extensiv tolkning av kravet på ett orsakssamband vad gäller handlingen, eftersom *Facebook Ireland* på en marknad där normala konkurrensvillkor råder sannolikt inte skulle kunna ställa villkor rörande behandling av personuppgifter som är förbjuden enligt GDPR, liksom med avseende på kravet på ett orsakssamband vad gäller marknadsresultatet, eftersom användaren – trots att företag som inte innehar en dominerande ställning också kan agera i strid med GDPR – i praktiken inte har några andra alternativ när överträdelsen begås av ett företag med monopolliknande ställning, vilket *Facebook Ireland* är (se även dom av den 05.10.1988 – C-247/86, tillgänglig via juris – *Alsatel* (ECLI:EU:C:1988:469) och dom av den 27.03.1974 – C-127/73, juris – *BRT et Société belge* (ECLI:EU:C:1974:25), i vilka EU-domstolen inte ifrågasätter sambandet mellan missbruk och marknadsinflytande). *Facebook Ireland* kan inte åberopa behandling som en koncern i enlighet med 36 § andra stycket GWB med avseende på missbruksrekvisitet (se EU-domstolen, dom av den 24.10.1996 – C-73/95 P, punkt 17, tillgänglig via juris – *Viho*; BGH, beslut av den 06.11.2012 – KVR 54/11, punkt 19, 22 tillgänglig via juris – *Gasversorgung Ahrensburg*; dom av den 23.06.2009 – KZR 21/08, punkt 16 tillgänglig via juris – *Entega I*).

c) Beslutet är formellt lagstridigt till följd av att Bundeskartellamt i strid med artikel 3.1 andra meningen i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (nedan kallad tillämpningsförordningen) inte har prövat artikel 102 första stycket FEUF, trots att *Facebook Irelands* dominerande ställning i Tyskland motsvarar en dominerande ställning på en väsentlig del av den inre marknaden i den mening

som avses i artikel 102.1 FEUF (se EU-domstolen, dom av den 23.04.1991 – C-41/90, punkt 28, tillgänglig via juris – Höfner-Elsner; dom av den 09.11.1983 – C-322/81, punkt 28, tillgänglig via juris – Michelin (ECLI:EU:C:1983:313)) och till följd av att det med avseende på konstaterandet att överträdelsen mot GDPR leder till ”faktiska och potentiella hinder till nackdel för konkurrenter” (punkt 885 i det överklagade beslutet) även hade varit nödvändigt att fastställa att villkoret att handeln mellan medlemsstater kan påverkas enligt artikel 102 första stycket FEUF är uppfyllt (se EU-domstolen, dom av den 23.04.1991 – C-41/90, punkt 32, tillgänglig via juris – Höfner-Elsner; dom av den 09.11.1983 – C-322/81, punkt 104, tillgänglig via juris – Michelin (ECLI:EU:C:1983:313)). [utelämnas] [närmare redogörelse] På grund av överensstämmelsen [utelämnas] som ska anses föreligga mellan 19 § första stycket GWB och artikel 102.1 FEUF (se BGH, dom av den 08.04.2014 – KZR 53/12, punkt 46, tillgänglig via juris – VBL-Versicherungspflicht; dom av den 06.11.2013 – KZR 58/11, punkt 51 tillgänglig via juris – VBL-Gegenwert I) saknar detta förfarandefel emellertid betydelse om beslutet är lagenligt i enlighet med 19 § första stycket GWB, och felet inte leder till en väsentlig ytterligare rättsstridighet, om det är rättsstridigt enligt 19 § första stycket GWB.

d) Det är således avgörande om Bundeskartellamt har behörighet att fastställa huruvida *Facebook Irelands* användarvillkor och deras genomförande strider mot GDPR och besluta om åtgärder för att få en sådan överträdelse att upphöra. **[Orig. s. 13]**

aa) Den hänskjutande domstolen vill med fråga 1 a) dessutom få klarhet i huruvida det är förenligt med bestämmelserna om behörighet, samarbete och enhetlig tillämpning i artikel 51 och följande artiklar GDPR, i synnerhet artikel 56.1 GDPR, och reglerna om befogenheter i artiklarna 57 och 58 GDPR, att Bundeskartellamt inom ramen för den konkurrensrättsliga kontrollen av missbruk har fastställt att *Facebook Irelands* användarvillkor och deras genomförande utgör en överträdelse av GDPR och förpliktat företaget att vidta åtgärder för att få överträdelsen att upphöra. Bundeskartellamt är nämligen inte tillsynsmyndighet i den mening som avses i GDPR, och den ansvariga myndigheten enligt artikel 56.1 GDPR är den irländska tillsynsmyndigheten, eftersom *Facebook Ireland* är *Facebooks* huvudsakliga verksamhetsställe i Europa och det bolaget driver det sociala nätverket i Europa, tillämpar enhetliga användarvillkor i alla medlemsstater i unionen och är personuppgiftsansvarig med avseende på behandlingen av personuppgifter inom hela Europeiska unionens territorium i den mening som avses i artikel 4 punkt 7 GDPR.

Såvitt det i detta sammanhang även ska beaktas att det finns en möjlighet att få rättsligt skydd inom ramen för en civilrättslig talan enligt artikel 82 GDPR och i synnerhet en möjlighet att tillämpa andra sanktioner enligt artikel 84.1 GDPR påpekar den hänskjutande domstolen att 19 och 32 §§ GWB inte hör till de bestämmelser som Tyskland har anmält till kommissionen i enlighet med artikel 84.2 GDPR (punkt 301 i grunderna för överklagandet).

bb) För det fall att det är förenligt med behörighetsreglerna i GDPR att Bundeskartellamt inom ramen för den konkurrensrättsliga kontrollen av missbruk fastställt att användarvillkoren och deras genomförande strider mot GDPR och beivrat denna överträdelse, vill den hänskjutande domstolen med fråga 1 b) dessutom få ett klargörande av huruvida detta är förenligt med principen om lojalt samarbete som stadfästs i artikel 4.3 FEU i en situation där den ansvariga tillsynsmyndigheten enligt artikel 56.1 redan utreder en sådan överträdelse. Enligt *Facebooks* obestridda uppgifter (punkterna 188 och 217 i grunderna för överklagandet) utredde den irländska tillsynsmyndigheten – som är den ansvariga tillsynsmyndigheten i förevarande fall – i samarbete med andra berörda tillsynsmyndigheter i unionen en eventuell överträdelse av GDPR som begåtts av *Facebook Ireland* vid behandlingen av personuppgifter. Denna utredning pågick redan vid tidpunkten då Bundeskartellamts meddelade det överklagade beslutet och har fortsatt även därefter.

e) Om Bundeskartellamt inom ramen för den konkurrensrättsliga kontrollen av missbruk har rätt att fastställa att *Facebook Irelands* användarvillkor och deras genomförande utgör en överträdelse av GDPR och besluta om åtgärder för att få överträdelsen att upphöra, är det dessutom [**Orig. s. 14**] av avgörande betydelse huruvida användarvillkoren (som preciseras genom personuppgiftspolicyn och kakpolicyn) för behandling av personuppgifter som härrör från koncernens andra tjänster och från ”*Facebook Business Tools*” (nedan gemensamt även kallade off-Facebookuppgifter) och deras genomförande strider mot GDPR, och huruvida Bundeskartellamt har rätt att förbjuda användarvillkoren och deras genomförande och besluta att denna behandling av personuppgifter inte får genomföras eller endast får genomföras om användaren lämnar ett särskilt samtycke, vilket dock inte får vara ett villkor för att använda *Facebook.com*.

aa) Bundeskartellamt har med rätta konstaterat att off-Facebookuppgifter utgör personuppgifter i den mening som avses i artikel 4 punkt 1 GDPR (se EU-domstolen, dom av den 19.10.2016 – C-582/14, punkt 49, tillgänglig via juris – Breyer; dom av den 24.11.2011 – C-70/10, punkt 51 tillgänglig via juris – Scarlet; BGH, begäran om förhandsavgörande från EU-domstolen av den 05.10.2017 – I ZR 7/16, punkt 23 tillgänglig via juris – Cookie-Einwilligung I (ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0)), att användningen av uppgifter för personlig anpassning av nätverket och av reklam utgör profilering i den mening som avses i artikel 4 punkt 4 GDPR, samt att *Facebook Ireland* är personuppgiftsansvarig i den mening som avses i artikel 4 punkt 7 GDPR med avseende på behandlingen av personuppgifter (se EU-domstolen, dom av den 29.07.2019 – C-40/17, punkt 84, tillgänglig via juris – FashionId (ECLI:EU:C:2019:629)).

bb) Bundeskartellamt har med rätta konstaterat att en användare genom att klicka på knappen ”Registrera” – även med beaktande av punkt 2 i de nya användarvillkoren av den 31 juli 2019 – inte därigenom lämnar sitt samtycke till behandling av off-Facebookuppgifter enligt artikel 6.1 led a jämförd med artikel 9.2 led a GDPR (se EU-domstolen, dom av den 01.10.2019 – C-673/17, punkt 58

och följande punkter – Planet49 (ECLI:EU:C:2019:801)). Bundeskartellamt har även helt riktigt konstaterat att det samtycke som *Facebook Ireland* inhämtar från användaren för behandling av uppgifter från ”*Facebook Business Tools*” för att visa anpassad reklam endast omfattar att uppgifterna används för detta ändamål, men däremot inte att uppgifterna generellt samlas in och kopplas till *Facebook.com*-kontot. Vidare konstaterade Bundeskartellamt med rätta att möjligheten att blockera eller rensa webbkakor på användarens enhet eller webbrowser, möjligheten att återställa reklam-id i mobilenhetens operativsystem och OFA-funktionen som infördes i slutet av januari 2020, inte innebär att villkoren för samtycke enligt artikel 6.1 led a jämförd med artikel 9.2 led a är uppfyllda. [Orig. s. 15]

cc) Med hänsyn till att den behandling av off-Facebookuppgifter som föreskrivs i användarvillkoren och deras genomförande – även inom koncernen – är lagenlig om minst ett av villkoren i artikel 6.1 led a–f GDPR är uppfyllt, och att EU-domstolen redan med avseende på den identiska tidigare bestämmelsen i artikel 7 i dataskyddsdirektivet 95/46/EG fastslagit att denna bestämmelse innehåller en uttömmande uppräkningslista av de situationer när en behandling av personuppgifter kan anses vara tillåten och att medlemsstaterna varken får föga ytterligare principer för tillåtligheten av behandlingen av personuppgifter till dem som nämns i denna artikel eller föreskriva ytterligare villkor som påverkar räckvidden av någon av de principer som föreskrivs i nämnda artikel (se EU-domstolen, dom av den 29.07.2019 – C-40/17, punkt 55, tillgänglig via juris – FashionId (ECLI:EU:C:2019:629); dom av den 19.10.2016 – C-582/14, punkt 57 tillgänglig via juris – Breyer; dom av den 24.11.2011 – C-468/10 och C-469/10, punkterna 30, 32, tillgänglig via juris – ASNEF och FECEMD), är det avgörande huruvida den behandling av off-Facebookuppgifter som föreskrivs i användarvillkoren och behandlingens genomförande under alla omständigheter endast får ske med användarens samtycke. Det är nämligen endast i sådana fall som Bundeskartellamt kan besluta att behandlingen av dataskyddsrettsliga skäl antingen inte får ske eller endast får ske med användarens samtycke.

(1) Enligt punkt 1 i *Facebook Irelands* aktuella användarvillkor (bilaga 9 till överklagandet) under rubriken ”Tjänsterna vi tillhandahåller” – såvitt är av intresse här – tillhandahåller *Facebook Ireland* i huvudsak följande avtalsenliga tjänster inom ramen för sitt sociala nätverk: 1. personlig anpassning av innehåll, 2. visning av personligt anpassad reklam, 3. användar- och nätverkssäkerhet, 4. produktförbättring och 5. kontinuerlig och sömlös användning av *Facebook*-företagens produkter.

Den användar- och enhetsinformation som *Facebook Ireland* räknar upp i sin personuppgiftspolicy (bilaga 10 till överklagandet) under rubriken ”Vilka typer av information och uppgifter samlar vi in?” och som härrör från användning av koncernens egna produkter och från ”*Facebook Business Tools*” samlar bolaget in och sammanknyter med den information som samlas in och lagras vid användning av *Facebook.com*. *Facebook Ireland* använder informationen på det sätt som anges under rubriken ”Hur använder vi den här informationen?”, nämligen i syfte

att tillhandahålla, anpassa och förbättra bolagets produkter, för att tillhandahålla mätning, analys och andra företagstjänster, för att främja trygghet, integritet och säkerhet, för att kommunicera med användarna och för att stödja forskning och innovation av allmänintresse. Under **[Orig. s. 16]** rubriken ”Hur arbetar Facebook-företagen tillsammans?” anges att användning ”också [sker] mellan Facebook-företagen”.

Enligt *Facebook Irelands* kakpolicy (bilaga 11 till överklagandet) ställer bolaget in webbkakor eller använder annan lagringsteknik vid användning av koncernens egna tjänster och vid besök på webbplatser och appar från tredje parter där ”Facebook Business Tools” integrerats. Utan att användaren vidtar några ytterligare åtgärder samlar *Facebook Ireland* dessutom in användar- och enhetsinformation som bolaget använder för att tillhandahålla bolagets tjänster och för ändamål som rör säkerhet, annonsering och analys.

Vilka typer av uppgifter som samlas in och används framgår i detalj av datapolicyn under rubriken ”Vilka typer av information och uppgifter samlar vi in?” (bilaga 10 till överklagandet) och punkt 2 led a–d i beslutdelen av det överklagade beslutet.

Under rubriken ”Vilken är vår rättsliga grund för behandling av personuppgifter?” i personuppgiftspolicyn (bilaga 10 till överklagandet) åberopar *Facebook Ireland* alla skäl för att behandla personuppgifter som anges i artikel 6.1 GDPR. Under rubriken ”Läs mer om dessa rättsliga grunder” (bilaga 12 till överklagandet) åberopar *Facebook Ireland* ett samtycke i den mening som avses i artikel 6.1 led a GDPR 1. för att behandla data med särskilt skydd som användaren tillhandahåller på sin *Facebook*-profil för att dela med de personer som användaren väljer och anpassa användarens innehåll, 2. för att använda teknik för ansiktsigenkänning och 3. för att använda data som annonsörer och andra partner tillhandahåller om användarens aktivitet utanför *Facebook*-produkter, så att bolaget kan anpassa de annonser som visas, 4. för att dela data som identifierar användaren personligen med annonsörer, 5. för att samla in information som användaren tillåter bolaget att samla in genom att aktivera enhetsbaserade inställningar (exempelvis åtkomst till GPS-position, kamera eller bilder). *Facebook Ireland* inhämtar användarens separata samtycke för behandling för dessa ändamål och erbjuder användaren möjligheten att invända mot behandlingen (avseende ansiktsigenkänning).

I nämnda dokument (bilaga 12 till överklagandet) åberopar *Facebook Ireland* att behandlingen är nödvändig för att *fullgöra ett avtal* i den mening som avses i artikel 6.1 led b GDPR 1. för att erbjuda, anpassa och förbättra bolagets produkter, 2. för att främja trygghet, integritet och säkerhet, 3. för att **[Orig. s. 17]** överföra data utanför EES, 4. för att kommunicera med användaren, 5. för att tillhandahålla konsekventa och sömlösa upplevelser i alla *Facebook*-produkter.

Facebook Ireland åberopar villkoret som avser berättigade intressen enligt artikel 6.1 led f GDPR 1. för minderåriga, 2. för att tillhandahålla mätning, analyser och andra affärstjänster, 3. för att tillhandahålla marknadsföringskommunikation, 4.

för samhällsnyttig forskning och innovation, 5. för att dela information med andra, inklusive brottsbekämpande myndigheter och besvara förelägganden.

Facebook Ireland åberopar dessutom att behandlingen är nödvändig för att fullgöra en rättslig förpliktelse (artikel 6.1 led c GDPR), för skyddet av intressen som är av grundläggande betydelse (artikel 6.1 led d GDPR) och för *utförande av uppgifter av allmänt intresse* (artikel 6.1 led f GDPR) (se för närmare detaljer bilaga 12 till överklagandet).

(2) Samtycke krävs om och i den mån som insamlingen, sammanknytningen med *Facebook.com*-kontot och användningen av off-Facebookuppgifter utgör behandling av särskilda kategorier av personuppgifter i den mening som avses i artikel 9.1 GDPR och ingen annan form av tillstånd förutom samtycke enligt artikel 9.2 led a GDPR kan komma i fråga.

(a) Med fråga 2 a) vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida – i överensstämmelse med Bundeskartellamts uppfattning (punkt 584 och följande punkter i det överklagade beslutet) – insamling av uppgifter om besök på webbplatser och appar från tredje parter via ”*Facebook Business Tools*”, cookies och andra lagringstekniker, och/eller deras sammanknytning med användarens *Facebook.com*-konto, och/eller deras användning, utgör behandling av känsliga uppgifter i den mening som avses i artikel 9.1 GDPR, när det är fråga om webbplatser eller appar som omfattas av kriterierna i nämnda bestämmelse, som till exempel flört-appar, dejtingappar för homosexuella, webbplatser för politiska partier eller hälsorelaterade webbplatser (punkt 587 i det överklagade beslutet).

I detta sammanhang behöver det även klargöras huruvida endast uppgiften att användaren besökt en webbplats eller app i sig är tillräcklig, eller om användaren även måste ha lämnat vissa uppgifter, exempelvis genom att registrera sig eller göra en beställning. Det behöver även klargöras hur begreppet ”personuppgifter som avslöjar” i den mening som avses i den första kategorin av uppgifter och begreppet ”uppgifter” i den mening som avses i den andra kategorin av uppgifter i artikel 9.1 GDPR ska [Orig. s. 18] tolkas. Formuleringen som rör den första uppgiftskategorin i artikel 9.1 GDPR (”personuppgifter som avslöjar”) talar för att det räcker med en behandling av ”källdata”, vilket exempelvis är behandling av information om att en webbplats hämtats eller av uppgifter som användaren matat in, för att denna ska vara förbjuden. För detta fall är det avgörande kriteriet när sådana data ”*avslöjar*” (”hervorgehen”) känsliga uppgifter. Det förefaller däremot som att det endast är behandlingen av känsliga uppgifter som är förbjuden med avseende på den andra uppgiftskategorin i artikel 9.1 GDPR. Det är således avgörande huruvida ett besök på motsvarande webbplatser eller användarens inmatning i sig kan utgöra känsliga uppgifter, trots att åtskillnaden modifieras bland annat genom legaldefinitionen i artikel 4 led 15 GDPR genom att uppgifter om hälsa även kan vara sådana uppgifter som ”*ger information om*” (”hervorgehen”) en persons hälsostatus. Det är även nödvändigt att klargöra huruvida användningens ändamål har betydelse för bedömningen, i förvarande mål till exempel för anpassning av det sociala nätverket och av reklam,

nätverkssäkerhet, förbättring av tjänsterna, tillhandahållande av mättnings- och analystjänster för annonsörer, samhällsnyttig forskning, för att besvara förelägganden och fullgöra rättsliga förpliktelser, för skydd av intressen som är av grundläggande betydelse för användare och tredje parter, och utförande av uppgifter av allmänt intresse.

(b) I den mån som det är fråga om känsliga uppgifter i den mening som avses i artikel 9.1 GDPR vill den hänskjutande domstolen med fråga 2 b) få ett klargörande av huruvida dessa på ett tydligt sätt har gjorts offentliga av användaren genom att denne besökt webbplatsen eller appen och/eller lämnat uppgifter på denna och/eller klickat på någon av de integrerade knapparna som tillhandahålls av *Facebook Ireland* på webbplatserna eller apparna, nämligen ”sociala insticksprogram” (”gilla”, ”dela”) eller ”*Facebook Login*” eller ”*Account Kit*” (artikel 9.2 led e GDPR), eftersom användaren i sådana fall inte längre omfattas av det särskilda skyddet enligt artikel 9.1 GDPR, utan att det krävs ett samtycke enligt artikel 9.2 led a GDPR. Andra former av tillstånd enligt artikel 9.2 GDPR kan i praktiken inte komma i fråga på grund av *Facebooks* verksamhetsområde eller har under alla omständigheter inte gjorts gällande av *Facebook* och i synnerhet inte tagits upp i användarvillkoren.

(3) I den mån som *Facebook Ireland* samlar in uppgifter genom att ställa in webbkakor och använda liknande lagringstekniker på användarens enheter vid användning av koncernens andra tjänster och vid besök på webbplatser och appar där ”*Facebook Business Tools*” integrerats är dessutom artikel 5.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för [Orig. s. 19] elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation) tillämplig. Som Bundesgerichtshof har konstaterat påverkar GDPR inte tillämpningen av nämnda bestämmelse, vilket innebär att 15 § tredje stycket första meningen *Telemediengesetz* (lagen om elektronisk media), vilken genomför direktiv 2002/58/EG, ska fortsätta att tillämpas och tolkas i enlighet med direktivet på så sätt att det krävs samtycke för att ställa in webbkakor i syfte att upprätta användarprofiler för reklam eller marknadsundersökningar (se BGH, dom av den 28.05.2020 – I ZR 7/16, punkt 47 och följande punkter, tillgänglig via juris – *Cookie-Einwilligung II*; se även EU-domstolen, dom av den 01.10.2019 – C-673/17, punkt 38 och följande punkter, tillgänglig via juris – *Planet49* (ECLI:EU:C:2019:801); dom av den 29.07.2019 – C-40/17, punkt 88 och följande punkter, tillgänglig via juris – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]). Det är i förevarande mål inte avgörande huruvida det för ovannämnda behandling är tillräckligt att samtycke inhämtats för att använda uppgifter från samarbetspartners för att visa personligt anpassad reklam, eftersom Bundeskartellamts konstaterande att *Facebook* åsidosatt det konkurrensrättsliga förbudet mot missbruk av en dominerande ställning enligt 19 § första stycket *GWB* endast grundas på att bolagets behandling av personuppgifter strider mot GDPR och inte mot 15 § tredje stycket första meningen i *Telemediengesetz*.

(4) Om och i den mån som det inte krävs samtycke enligt artikel 9.2 led a GDPR – det vill säga för behandling av personuppgifter som härrör från koncernens andra tjänster, avseende vilka Bundeskartellamt inte har konstaterat att det är fråga om känsliga uppgifter i den mening som avses i artikel 9.1 GDPR, och för behandling av personuppgifter från ”Facebook Business Tools”, om det inte är fråga om känsliga uppgifter eller dessa på ett tydligt sätt har gjorts offentliga av användaren – är det avgörande huruvida och i vilken omfattning *Facebook Ireland* kan åberopa andra grunder enligt artikel 6.1 GDPR för behandlingen av off-Facebookuppgifter. Den hänskjutande domstolen anser att det i fall där personuppgifterna på ett tydligt sätt har offentliggjorts av användaren i den mening som avses i artikel 9.2 led e GDPR endast är förbudet mot behandling i punkt 1 som inte ska tillämpas, men att denna omständighet däremot inte påverkar kravet på att något av villkoren enligt artikel 6.1 GDPR måste vara uppfyllt (se skäl 51, femte meningen).

(a) Med fråga 3 vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida *Facebook Ireland*, när bolaget, på sättet som angetts ovan, tillhandahåller 1. personlig anpassning av innehåll, 2. visning av personligt anpassad reklam, 3. användar- och nätverkssäkerhet, 4. produktförbättring och 5. konsekvent och sömlös användning av Facebook-företagens produkter som avtalsenliga tjänster, med fog kan göra gällande att behandlingen är nödvändig för att fullgöra ett avtal i den mening som avses i artikel 6.1 led b GDPR eller [Orig. s. 20] att den är nödvändig för ändamål som rör berättigade intressen i enlighet med artikel 6.1 led f GDPR, när bolaget samlar in off-Facebookuppgifter för dessa ändamål, använder uppgifterna och sammanknyta dem med användarens *Facebook.com*-konto.

Den hänskjutande domstolen anser att det mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis rörande villkoret att behandlingen ska vara nödvändig (se EU-domstolen, dom av den 04.05.2017 – C-13/16, punkt 30, tillgänglig via juris – Rigas satiksme) och Europeiska dataskyddsstyrelsens riktlinje 2/19 (punkt 2, punkt 26 och följande punkter, punkt 48 och följande punkter, punkt 57, bilaga 42B till överklagandet) finns mycket som talar för att behandling av personuppgifter för att visa anpassad reklam som inte kräver webbkakor och för användar- och nätverkssäkerhet och produktförbättring eventuellt kan omfattas av företagets berättigade intresse. Det framstår även som möjligt att behandlingen av personuppgifter för personlig anpassning av innehåll och i förekommande fall även för att tillhandahålla en konsekvent och sömlös användning av *Facebook*-företagens produkter kan anses vara nödvändig för att *Facebook Ireland* ska kunna fullgöra avtalet.

Mot denna bakgrund skulle till exempel behandlingen av *WhatsApp*-data för ändamål som avser användar- och nätverkssäkerhet kunna ligga i *Facebook Irelands* berättigade intresse, eftersom bolaget enligt egen uppgift under rubriken ”Hur arbetar Facebook-företagen tillsammans?” i personuppgiftspolicyn (bilaga 10 till överklagandet) använder information från *WhatsApp*-konton som skickar skräppost för att vidta åtgärder mot dessa konton på *Facebook.com*. I övrigt är behandlingen inte nödvändig för att fullgöra avtalet och torde inte heller kunna

motiveras av andra berättigade intressen, eftersom *Facebook Ireland* inte använder information från *WhatsApp* för ändamål som rör produkter och personlig anpassning på *Facebook.com* (punkt 746 i det överklagade beslutet).

Behandlingen av information från *Instagram* kan, i den mån som den sker för anpassning av innehåll och sömlös användning av *Facebook*-produkter (för att föreslå personer eller innehåll på *Facebook.com* som användaren kan vara intresserad av att se även där), vara nödvändig för att fullgöra avtalet eller i vart fall utgöra ett berättigat intresse för *Facebook Ireland*. Företaget kan även ha ett berättigat intresse av behandlingen för att kunna visa anpassad reklam och för ändamål som rör nätverkssäkerhet och produktförbättring. I synnerhet använder *Facebook Ireland* enligt bolagets egna uppgifter information från *Instagram*-konton vars aktivitet är tveksam eller av vilken det tydligt framgår att kontot används för olaglig verksamhet för att garantera *Facebook*-användarnas säkerhet [Orig. s. 21] (punkt 465 i grunderna för överklagandet). Samma resonemang kan i princip tillämpas för behandlingen av *Oculus*-information, även om det hittills inte har kunnat fastställas för vilka konkreta ändamål denna information används på *Facebook.com*.

Behandlingen av personuppgifter från ”*Facebook Business Tools*” och i synnerhet från ”sociala insticksprogram” – ”gilla”, ”dela” – och från ”*Facebook Login*” och ”*Account Kit*” kan vara nödvändig för att fullgöra avtalet eller i vart fall ligga i *Facebook Irelands* berättigade intresse såvitt behandlingen sker för personlig anpassning av innehåll och sömlös användning av *Facebook*-produkter. Detta bör emellertid endast gälla när användaren klickat på motsvarande knapp och endast omfatta sådan databehandling som är nödvändig för den berörda funktionen. Oberoende av om användaren klickat på någon av knapparna kan det ligga i *Facebook Irelands* berättigade intresse att samla in uppgifterna och sammanknyta dem med *Facebook.com*-kontot om användaren har samtyckt till att uppgifterna används för att visa anpassad reklam. Även nätverkssäkerhet och produktförbättring kan utgöra berättigade intressen för *Facebook Irelands* behandling av personuppgifter. Enligt *Facebooks* egna uppgifter använder företaget uppgifter från ”sociala insticksprogram” för att från ett stort antal sidhämtningar på mycket kort tid läsa av om bottar försöker öppna och förvalta konton (punkt 465 i grunderna för överklagandet).

(b) Fråga 4 syftar till att klargöra huruvida även

- den omständigheten att användaren är minderårig, med avseende på personlig anpassning av innehåll och reklam, produktförbättring, nätverkssäkerhet och kommunikation med användaren som inte är relaterad till marknadsföring,
- tillhandahållande av mätningar, analyser och andra företagstjänster till annonsörer, utvecklare och andra partners, i syfte att de ska kunna utvärdera och förbättra sina tjänster,

- tillhandahållande av marknadsföringskommunikation till användaren för att företaget ska kunna förbättra sina produkter och bedriva direktmarknadsföring,
- samhällsnyttig forskning och innovation för att främja den tekniska utvecklingen och den vetenskapliga förståelsen av viktiga sociala frågor och för att påverka samhället och världen positivt,
- dela information med brottsbekämpande myndigheter och besvara förelägganden för att förhindra, avslöja och bekämpa brott, otillåten användning, brott mot användarvillkor och policier och annat skadligt beteende, [Orig. s. 22]

kan utgöra berättigade intressen i den mening som avses i artikel 6.1 f GDPR för att samla in och sammanknyta uppgifter med användarens *Facebook.com*-konto, och för att använda off-Facebookuppgifter för dessa ändamål.

Det behöver i synnerhet klargöras huruvida *Facebook Ireland* med fog kan åberopa villkoret som avser berättigade intressen enligt artikel 6.1 f GDPR för behandling av personuppgifter som rör minderåriga som ännu inte fyllt 16 år och för vilka föräldrarnas samtycke saknas när uppgifterna härrör från koncernens andra tjänster och från ”*Facebook Business Tools*”. I detta sammanhang ska det beaktas att ett barn under 16 år inte kan lämna ett självständigt samtycke i enlighet med artikel 6.1 GDPR (artikel 8.1 GDPR) och att en lägre ålder inte har föreskrivits i Tyskland i enlighet med artikel 8.1 tredje meningen GDPR. I den tyska doktrinen företräds – såvitt framgår enhälligt – uppfattningen att ett barn under 16 år inte kan ingå ett giltigt användaravtal i den mening som avses i artikel 6.1 led b GDPR med ett socialt nätverk. Denna uppfattning grundas på att användaravtalet – på grund av behandlingen av personuppgifter – inte enbart är förmånlig i rättsligt hänseende (107 § Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (den tyska civilagen); se Klumpp i Staudinger, *BGB*, 2017 års upplaga, 107 § punkt 30; Stickhoff i *MiKoBGB*, åttonde upplagan, 2018, 107 § punkt 82; Mansel i Jauernig, *BGB*, 18:e upplagan 2021, 107 § punkt 3).

Det framstår även som tveksamt om det är möjligt att motivera behandlingen av off-Facebookuppgifter med intresset av samhällsnyttig forskning och innovation för att främja den tekniska utvecklingen och den vetenskapliga förståelsen av viktiga sociala frågor och för att påverka samhället och världen positivt.

Däremot kan användningen av uppgifter från ”*Facebook Business Tools*” utgöra ett berättigat intresse för *Facebook Ireland* (och för bolagets partners), i den mån som de används för att tillhandahålla mätning, analys och andra affärstjänster till annonsörer, utvecklare och andra partners, i syfte att de ska kunna utvärdera och förbättra sina tjänster, i vart fall om användarna har samtyckt till att uppgifter från samarbetspartners används för att visa anpassad reklam. Om och i den mån som det är motiverat att behandla personuppgifter från koncernens andra tjänster och/eller ”*Facebook Business Tools*” för produktförbättring, kan detta även gälla för att tillhandahålla marknadsföringskommunikation till användaren i syfte att

Facebook ska kunna förbättra sina produkter och bedriva direktmarknadsföring.
[Orig. s. 23]

På samma sätt kan det ligga i *Facebook Irelands* berättigade intresse att samla in, använda och sammanknyta uppgifter med *Facebook.com*-kontot eller använda off-Facebookuppgifter som redan har samlats in på annat håll och sammanknutits på lagligt sätt för att dela information med brottsbekämpande myndigheter och besvara förelägganden för att förhindra, avslöja och bekämpa brott, otillåten användning, brott mot användarvillkor och policies och annat skadligt beteende.

Vid den nödvändiga avvägningen kan det – utöver den lagstadgade rätten att göra invändningar enligt artikel 21 GDPR – med avseende på ”*Facebook Business Tools*” behöva beaktas att tredje parter som tillhandahåller webbplatser där dessa verktyg integrerats har möjligheten att fördröja informationsflödet till *Facebook Ireland* till dess att användarens samtycke inhämtats (punkt 868 i det överklagade beslutet). Det kan även vara nödvändigt att ta hänsyn till att *Facebook* sedan den 28 januari 2020 tillhandahåller OFA-funktionen. Med denna funktion kan *Facebook.com*-användare få en sammanfattning av information som *Facebook* får om deras aktiviteter på andra appar eller webbplatser och, om de önskar, separera dessa uppgifter om tidigare och framtida aktivitet från sitt *Facebook.com*-konto (punkterna 148–149 i grunderna för överklagandet).

(c) Fråga 5 syftar till att klargöra huruvida insamling, användning och sammanknytning av uppgifter med *Facebook.com*-kontot, eller användning av off-Facebookuppgifter som redan har samlats in på annat håll och sammanknutits på lagligt sätt, i det enskilda fallet kan motiveras enligt artikel 6.1 leden c, d och e GDPR, för att – såsom *Facebook Ireland* har gjort gällande i handlingen som ingetts som bilaga 12 till överklagandet – exempelvis besvara en rättsligt giltig begäran avseende vissa uppgifter (led c), för att bekämpa skadligt beteende och främja säkerhet (led d), för samhällsnyttig forskning och för att främja trygghet, integritet och säkerhet (led e), eftersom det inte heller i dessa fall är möjligt att göra behandlingen av dessa personuppgifter beroende av användarens samtycke utan undantag och för alla fall, eller huruvida det generellt inte är möjligt att motivera behandling av off-Facebookuppgifter på ovannämnda grunder.

f) Frågan huruvida avtalsvillkoren för behandling av personuppgifter och deras genomförande, under förutsättning att de är otillåtna eller inte kan motiveras, även utgör missbruk av en dominerande ställning i form av ett konkurrenshinder i enlighet med i 19 § första stycket GWB till nackdel för **[Orig. s. 24]** konkurrenter på marknaden för sociala nätverk för privata användare eller på andra marknader, vore i sådana fall inte längre avgörande för utgången i målet.

g) Om och i den mån som behandlingen av off-Facebookuppgifter endast får ske med stöd av användarens samtycke vill den hänskjutande domstolen med fråga 6 få klarhet i huruvida användare över huvud taget med giltig verkan kan lämna samtycke i den mening som avses i artikel 6.1 led a jämförd med artikel 9.2 led a GDPR till ett företag i dominerande ställning såsom *Facebook Ireland* –

vilket Bundeskartellamt har beslutat måste ske för att den aktuella överträdelsen ska upphöra – eller om villkoret att samtycket ska ha lämnats frivilligt enligt artikel 4 punkt 11 GDPR i praktiken aldrig kan uppfyllas när det är fråga om ett dominerande företag, även om avtalets fullgörelse inte villkoras av att användaren samtycker till behandlingen av personuppgifter. Första meningen i skäl 43 tyder på detta.

2. Det är fortfarande nödvändigt att besvara tolkningsfrågorna, trots att Bundeskartellamt under målet om överklagande till ”kompletterande” (s. 88 i svaromålet) stöd för sitt beslut åberopat Bundesgerichtshofs motivering i det föregående interimistiska förfarandet (beslut av den 23.06.2020 – KVR 69/19, tillgänglig via juris – Facebook (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)). I sin motivering har BGH angett att användare av *Facebook.com*, genom användningen av uppgifter som härrör från aktivitet på koncernens andra tjänster och från ”*Facebook Business Tools*”, påtvingas utökade tjänster som de ”eventuellt inte vill ha”. Vidare fann BGH i detta sammanhang att de omtvistade användarvillkoren sannolikt inte skulle förekomma på en marknad med fungerande konkurrens, men att de riskerar att hindra konkurrensen och att de utökade tjänsterna, efter en omfattande bedömning och avvägning mellan berörda intressen, i synnerhet då de inte kan motiveras enligt GDPR, utgör missbruk. Med denna motivering är det emellertid nödvändigt att underkänna flera delar av beslutet, eftersom Bundeskartellamt inte har fastställt de nödvändiga omständigheterna, i vart fall såvitt avser villkoret att behandlingen av personuppgifter sannolikt hindrar konkurrensen. Detta kan i verkligheten emellertid endast komma i fråga för behandlingen av *Instagram*-data. Det är dock inte möjligt att dra någon slutsats i detta hänseende utan ett klagande av fråga 7 och i tillämpliga fall av frågorna 3–5.

a) Då Bundesgerichtshof verkar anse att Bundeskartellamt fortfarande kan komplettera sitt beslut med denna motivering [**Orig. s. 25**] under överklagandeförfarandet – trots att anklagelsen om missbruk grundas på en annan omständighet än en överträdelse av GDPR, och det krav på användarens samtycke som avses i beslutsdelen således inte heller är ett samtycke enligt GDPR, utan ett annat samtycke som, i tillämpliga fall, ska lämnas utöver ett samtycke enligt GDPR – prövar den hänskjutande domstolen beslutet även med beaktande av denna motivering.

b) Bundeskartellamt har under alla omständigheter i stor utsträckning underlåtit att fastställa de nödvändiga omständigheterna med avseende på villkoret att behandlingen av off-Facebookuppgifter sannolikt utgör ett hinder för konkurrenter. Det vore nödvändigt att visa att det föreligger en potentiell, konkurrensbegränsande effekt på nätverksmarknaden – på nätverkssidan exempelvis genom positiva nätverkseffekter eller genom produktförbättring, eller på reklamsidan exempelvis genom innehav av detaljerade uppgifter – eller på reklammarknaden eller tredjeländers marknader (oavsett hur dessa marknader ska definieras i detalj). Däremot kan ett beteende av ett företag med dominerande ställning inte kvalificeras som missbruk om det inte har någon som helst

konkurrensbegränsande effekt på marknaden (se EU-domstolen, dom av den 06.12.2012 – C-457/10 P, punkt 112, tillgänglig via juris – Astra Zeneca; dom av den 17.02.2011 – C-52/09, punkt 64, tillgänglig via juris – TeliaSonera).

Facebook Ireland använder inte *Facebook.com*-användarnas *WhatsApp*-uppgifter för personlig anpassning eller för produktändamål på *Facebook.com*. Bolaget hävdar även att det inte har för avsikt att göra detta i Europa. Det framgår således inte varför behandlingen av *WhatsApp*-uppgifter sannolikt skulle medföra ett hinder för konkurrenter på nätverksmarknaden eller på en reklammarknad eller på en marknad för meddelandetjänster. Bundeskartellamt har inte heller gjort något motsvarande konstaterande. Bundeskartellamt har inte heller dragit några slutsatser med avseende på i vilken utsträckning *Facebook.com*-användarnas *Oculus*-uppgifter används för ändamål som rör nätverket *Facebook.com* på ett sätt som sannolikt hindrar konkurrenter på närverksmarknaden eller på den relevanta reklammarknaden eller på marknaden där *Oculus* erbjuds. Den enda situationen där *Facebook*-användare i praktiken ”eventuellt inte vill ha” behandling av personuppgifter från ”*Facebook Business Tools*” är när användarna inte använder de ”sociala insticksprogrammen” (”gilla”, ”dela”) eller ”*Facebook Login*” eller ”*Account Kit*” och inte har samtyckt till visning av anpassad reklam. Bundeskartellamt har dock inte heller fastställt på vilket sätt behandling av personuppgifter från ”*Facebook Business Tools*” som inte används för att anpassa användningen av *Facebook.com* eller för sömlös användning av *Facebook*-produkter och inte heller [Orig. s. 26] används för att visa personligt anpassad reklam, sannolikt kan hindra konkurrenter på nätverksmarknaden, på en reklammarknad eller på tredjeländers marknader, i synnerhet med tanke på att användare kan separera dessa uppgifter från sitt *Facebook*-konto med hjälp av OFA-funktionen .

c) Det är endast med avseende på behandlingen av *Facebook.com*-användarnas *Instagram*-uppgifter som det i verkligheten kan komma i fråga att denna sannolikt kan begränsa konkurrensen, eftersom *Facebook.com*-användningen anpassas genom denna behandling på så sätt att användarna får förslag på personer som de följer på *Instagram*, vilket gör att positiva nätverkseffekter kan uppstå, och eftersom dessa uppgifter sammanknyts med användarnas *Facebook.com*-uppgifter och används bland annat för reklam och produktförbättring på *Facebook.com*. För frågan huruvida en sådan tjänsteövergripande behandling av personuppgifter utan ett separat samtycke från användaren sannolikt inte skulle förekomma på en marknad med fungerande konkurrens, och i synnerhet efter en omfattande bedömning och avvägning mellan berörda intressen, på grundval av vilken det ska fastställas huruvida *Facebook Irelands* handlande, dels vad gäller exploatering av användaren, dels hinder för konkurrensen, utgör missbruk (se BGH, beslut av den 23.06.2020 – KVR 69/19, punkt 98 och följande punkter, tillgänglig via juris – Facebook (E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)), är det avgörande huruvida – vilket ska klargöras genom fråga 7 – Bundeskartellamt har behörighet att fastställa att denna behandling av personuppgifter strider mot GDPR, och vidare huruvida – vilket ska klargöras genom frågorna 3–5 – denna behandling av personuppgifter strider mot GDPR, och *Facebook Ireland* således använder andra

metoder än dem som används vid normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner (se EU-domstolen, dom av den 06.10.2015 – C-23/14, punkt 29 och följande punkter – Post Danmark; dom av den 06.12.2012 – C-457/10, punkt 74 och följande punkt, tillgänglig via juris – Astra Zeneca).

[utelämnas]

ARBETSDOKUMENT