

Sag C-252/21

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

22. april 2021

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Afgørelse af:

24. marts 2021

Sagsøgere:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Sagsøgt:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

KENDELSE

[udelades]

I kartelsagen

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

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

sagsøgere,

[udelades]

mod

Bundeskartellamt, [udelades] Bonn,

sagsøgt,

Øvrig procesdeltager:

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

procesdeltager,

[udelades] [org. s. 2]

har første afdeling for kartelretlige sager ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf)

efter retsmødet den 24. marts 2021

[udelades]

afsagt følgende kendelse:

I.

Sagen udsættes.

II.

Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) og fortolkningen af artikel 4, stk. 3, TEU til præjudiciel afgørelse:

1.

a) Er artikel 51 ff. i forordning nr. 2016/679 til hinder for, at en national kartelmyndighed i en medlemsstat, såsom Bundeskartellamt, der ikke er tilsynsmyndighed som omhandlet artikel 51 ff. i forordning nr. 2016/679, og i hvilken medlemsstat en virksomhed med hjemsted uden for Den Europæiske Union har en etablering, der inden for markedsføring,

kommunikation og PR bistår denne virksomheds hovedvirksomhed, som er beliggende i en anden medlemsstat og som har eneansvaret for behandlingen af personoplysninger på hele Den Europæiske Unions område, for det kartelretlige misbrugstilsyn fastslår, at hovedvirksomhedens kontraktbetingelser vedrørende behandling af oplysninger og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og vedtager en afgørelse om, at denne tilsidesættelse skal bringes til ophør?

b) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende: Er artikel 4, stk. 3, TEU til hinder herfor, når den ledende tilsynsmyndighed i den medlemsstat, hvor hovedvirksomheden er beliggende, som [org. s. 3] omhandlet i artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 samtidig underkaster hovedvirksomhedens kontraktbetingelser vedrørende behandling af oplysninger en undersøgelsesprocedure?

Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

2.

a) Udgør det forhold, at en internetbruger enten kun besøger eller også indtaster informationer, f.eks. ved registrering eller bestillinger, på websteder eller apps, der vedrører kriterierne i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, såsom dating-apps, partnerbørser for homoseksuelle, politiske partiers websteder eller sundhedswebsteder, og en anden virksomhed såsom *Facebook Ireland* gennem grænseflader på disse websteder eller i disse apps såsom »Facebook Business Tools« eller gennem cookies eller lignende lagringsteknologier indsat på internetbrugerens computer eller mobile terminaludstyr indsamler oplysninger om brugerens besøg på disse websteder og apps og om de informationer, som brugeren har indtastet, sammenstiller disse oplysninger med oplysningerne om brugerens *Facebook.com*-konto og anvender dem, behandling af følsomme oplysninger i forordningens forstand for så vidt angår indsamlingen og/eller sammenstillingen og/eller anvendelsen?

b) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende: Indebærer besøg på disse websteder og apps og/eller indtastning af informationer og/eller tryk på knapper på disse websteder eller apps (»sociale plugins« såsom »synes godt om«, »del« eller »Facebook login« eller »account kit«) fra en udbyder som *Facebook Ireland*, at brugeren i kraft af selve besøget og/eller indtastningen tydeligvis har offentliggjort oplysningerne som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra e), i forordning nr. 2016/679?

3.

Kan en virksomhed som *Facebook Ireland*, der driver et annoncefinansieret og digitalt socialt netværk og i sine tjenestevilkår tilbyder persontilpasset indhold og markedsføring, netværkssikkerhed, produktforbedring og en ensartet og velfungerende brug af alle koncernens produkter, påberåbe sig

den begrundelse, at behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2016/679, eller er nødvendig for at forfølge en legitim interesse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679, når den med henblik på disse formål indsamler oplysninger fra andre af koncernens tjenester og [org. s. 4] fra tredjeparters websteder og apps gennem grænseflader på disse websteder og apps såsom »Facebook Business Tools« eller gennem cookies eller lignende lagringsteknologier indsat på internetbrugerens computer eller mobile terminaludstyr, sammenstiller oplysningerne med brugerens *Facebook.com*-konto og anvender dem?

4.

Kan også

– det forhold, at brugerne er mindreårige, af hensyn til persontilpasningen af indhold og markedsføring, produktforbedring, netværkssikkerhed og ikke-markedsføringsmæssig kommunikation med brugeren,

– levering af målinger, analyser og øvrige virksomhedsservices til markedsføringskunder, udviklere og øvrige partnere, således at disse kan evaluere og forbedre deres ydelser,

– levering af marketingkommunikation med brugeren, således at virksomheden kan forbedre sine produkter og gennemføre direct marketing,

– forskning og innovation til gavn for samfundet med henblik på at fremme niveauet for teknologiske fremskridt eller den videnskabelige forståelse vedrørende vigtige sociale emner og at øve positiv indflydelse på samfundet og verden,

– det forhold, at der gives oplysninger til retshåndhavende myndigheder og besvares juridiske anmodninger med henblik på at forhindre, opklare og retsforfølge strafbare handlinger, ulovlig brug, tilsidesættelser af tjenestevilkårene og politikkerne og andre former for skadelig adfærd,

i en sådan situation udgøre en legitim interesse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679, når virksomheden med henblik på disse formål indsamler oplysninger fra andre af koncernens tjenester og fra tredjeparters websteder og apps gennem grænseflader på disse websteder og apps såsom »Facebook Business Tools« eller gennem cookies eller lignende lagringsteknologier indsat på internetbrugerens computer eller mobile terminaludstyr, sammenstiller oplysningerne med brugerens *Facebook.com*-konto og anvender dem?

5.

Kan indsamling af oplysninger fra andre af koncernens tjenester og fra tredjeparters websteder og apps gennem grænseflader på disse websteder og apps såsom »Facebook Business Tools« eller gennem cookies eller lignende lagringsteknologier indsat på internetbrugerens computer eller mobile terminaludstyr, sammenstilling med brugerens Facebook.com-konto og anvendelse heraf eller anvendelse af oplysninger, der allerede [org. s. 5] i anden sammenhæng er blevet indsamlet og sammenstillet lovligt, i en sådan situation i specifikke tilfælde også være begrundet i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), d) og e), i forordning nr. 2016/679 med henblik på f.eks. at besvare et gyldigt retligt spørgsmål vedrørende bestemte oplysninger [litra c)], at bekæmpe skadelig adfærd og fremme sikkerheden [litra d)] eller af hensyn til forskning til gavn for samfundet og til fremme af beskyttelse, integritet og sikkerhed [litra e)]?

6.

Kan der gives et gyldigt og navnlig i henhold til artikel 4, nr. 11), i forordning nr. 2016/679 frivilligt samtykke som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679 over for en markedsdominerende virksomhed som Facebook Ireland?

Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende:

7.

a) Kan en national kartelmyndighed i en medlemsstat såsom Bundeskartellamt, som ikke er tilsynsmyndighed som omhandlet i artikel 51 ff. i forordning nr. 2016/679, og som vurderer, om en markedsdominerende virksomhed har tilsidesat det kartelretlige forbud mod misbrug, idet denne tilsidesættelse ikke består i, at virksomhedens betingelser for behandling af oplysninger og gennemførelsen heraf tilsidesætter forordning nr. 2016/679, f.eks. i forbindelse med afvejningen af interesser foretage konstateringer om, hvorvidt denne virksomheds betingelser vedrørende behandling af oplysninger og gennemførelsen heraf er i overensstemmelse med forordning nr. 2016/679?

b) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende: Gælder dette henset til artikel 4, stk. 3, TEU også, når den ledende tilsynsmyndighed som omhandlet i artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 samtidig underkaster denne virksomheds betingelser vedrørende behandling af oplysninger en undersøgelsesprocedure?

Såfremt det syvende spørgsmål besvares bekræftende, er det nødvendigt at besvare det tredje til femte spørgsmål med hensyn til oplysninger fra brugen af koncernens tjeneste Instagram. [Org. s. 6]

Præmisser

I.

Den anden sagsøger (herefter også »*Facebook Ireland*«) driver i Europa det digitale sociale netværk *Facebook.com*, som er gratis for private brugere. Den første sagsøger er dennes amerikanske moderselskab. Den tredje sagsøger er et tysk søsterselskab til *Facebook Ireland* og bistår denne inden for markedsføring, kommunikation og PR (herefter om sagsøgerne samlet også »*Facebook*«).

En privat bruger kan oprette en personlig *Facebook*-side på *Facebook.com*, hvormed de kan kommunikere med tredjeparter. Brugeren kan bl.a. publicere egne bidrag i »newsfeedet« på sin *Facebook*-side og efter eget valg udbrede dem til sine *Facebook*-venner eller offentligt på netværket og desuden modtage meddelelser, som vedkommende har abonneret på, fra sine *Facebook*-venner eller andre indholdsudbydere og virksomheder, der er repræsenteret på *Facebook.com*. Endvidere kan brugeren vise indhold fra tredjeparters websteder og apps i sit »newsfeed« og i sine *Facebook*-venners »newsfeed«, idet vedkommende på disse websteder og apps trykker på knapperne for »sociale plugins« (navnlig »synes godt om« eller »del«). Med »*Facebook login*« og »account kit« kan brugeren med kun sine *Facebook*-registreringsoplysninger logge ind på tredjeparters websteder og apps og oprette en profil her.

Facebook tilbyder virksomheder at indsætte knapper for »sociale plugins« (navnlig »synes godt om« og »del«) og »*Facebook login*« og »account kit« på deres websteder og apps gennem grænseflader, som på forhånd er defineret af *Facebook*, under betegnelsen »*Facebook Business Tools*«. Disse grænseflader faciliterer en strøm af oplysninger om brugerne til *Facebook.com*, som ikke er afhængig af, om brugerne af disse websteder og apps faktisk trykker på knapperne.

Facebook.com finansieres af online-markedsføring, som er tilpasset den individuelle bruger af det sociale netværk og har til formål at vise brugeren den markedsføring, som på baggrund af dennes personlige forbrugsmønster, interesser, købekraft og livssituation vil kunne interessere vedkommende. Annoncører kan ved hjælp af »annonceadministratoren« specificere den ønskede målgruppe og vise annoncer til brugerne og desuden overdrage deres [org. s. 7] kundelister i krypteret form til *Facebook* og forfine deres markedsføring yderligere ved at afstemme den med oplysninger fra det sociale netværk. Med yderligere analyse- og måleværktøjer (annoncerapporter og »*Facebook Analytics*«), som *Facebook* ligeledes tilbyder under betegnelsen »*Facebook Business Tools*«, kan annoncører måle effekten af deres markedsføring og analysere deres egne online-tjenester og modtage aggregerede statistikker om deres målgruppe. Dette sker også gennem integration af grænseflader (»*Facebook Pixel*« eller »*SDK*«), som indsamler brugeradfærden også på tredjeparters websteder og apps uafhængigt af, om brugeren har foretaget en hermed sammenhængende handling.

Facebook-koncernen tilbyder desuden yderligere tjenester gennem det sociale netværk, bl.a. det annoncefinansierede og gratis *Instagram*, som i Europa ligeledes drives af *Facebook Ireland*, og hvormed fotografier og korte videoklip kan »deles«, det ikke-annoncefinansierede og gratis *WhatsApp*, som i Europa drives af *WhatsApp Ireland Ltd.*, og hvormed der kan sendes og modtages flere forskellige typer medier som f.eks. tekstbeskeder, billeder, videoer, kontakter, dokumenter, lokationer og talebeskeder og -opkald, og *Oculus*, som i Europa drives af datterselskabet *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, og igennem hvilken der sælges »virtual reality«-briller og software. Indtil den 13. marts 2020 tilbød *Facebook* desuden tjenesten *Masquerade*, hvormed fotos kunne behandles og »deles«.

Private brugere i Europa indgår ved at trykke på knappen »registrer« en brugskontrakt om *Facebook.com* og giver dermed samtidig samtykke til de tjenestevilkår, som *Facebook Ireland* har opstillet. I henhold til disse behandler *Facebook Ireland* personoplysninger, og med henblik på en nærmere forklaring af disse henvises der navnlig til den datapolitik og politik om cookies, som *Facebook Ireland* har opstillet. I henhold til disse indsamler *Facebook Ireland* bruger- og enhedsbaserede oplysninger om brugeraktiviteter inden for og uden for det sociale netværk og tilknytter dem til den pågældende brugers *Facebook.com*-konto. De brugeraktiviteter, der finder sted uden for det sociale netværk, omfatter dels besøg på tredjeparters websteder og apps, som er forbundet med *Facebook.com* gennem programmeringsgrænseflader (»*Facebook Business Tools*«), og dels brug af de andre *Facebook*-tjenester *Instagram*, *WhatsApp* og *Oculus*, og hvad angår disse sker der en behandling af oplysninger »på tværs af alle *Facebook*-virksomheder og -produkter«. [Org. s. 8]

Ved afgørelse af 6. februar 2019 forbød Bundeskartellamt sagsøgerne og de hermed associerede virksomheder som omhandlet i § 36, stk. 2, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lov om konkurrencebegrænsninger) at foretage den behandling af oplysninger, der er omhandlet i tjenestevilkårene, og gennemførelsen heraf i henhold til § 19, stk. 1, og § 32 i lov om konkurrencebegrænsninger og pålagde dem at træffe foranstaltninger med henblik på at bringe den til ophør. Forbuddet omfatter anvendelsen af tjenestevilkårene, herunder konkretiseringen heraf i datapolitikken og politikken om cookies, i henhold til hvilke den brug af netværket *Facebook.com*, som foretages af private brugere med hjemsted i Tyskland, er afhængig af, at *Facebook Ireland* kan indsamle bruger- og enhedsbaserede oplysninger fra brugen af *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* og *Masquerade* og fra besøg på tredjeparters websteder og apps uden brugernes samtykke, sammenstille dem med brugernes *Facebook.com*-oplysninger og anvende dem (første punkt i afgørelsen). Bundeskartellamt forbød desuden sagsøgerne og de hermed associerede virksomheder som omhandlet i § 36, stk. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger at gennemføre disse betingelser med de faktiske procedurer for behandling af oplysninger, som *Facebook Ireland* anvender på grundlag af datapolitikken og politikken om cookies (andet punkt i afgørelsen), og pålagde sagsøgerne og de hermed associerede virksomheder som omhandlet i § 36, stk. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger en forpligtelse til at

tilpasse tjenestevilkårene og gennemførelsen heraf, således at det udtrykkeligt fremgår, at de bruger- og enhedsbaserede oplysninger fra *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* og *Masquerade* samt »Facebook Business Tools« ikke eller ikke uden brugernes samtykke indsamles, sammenstilles med *Facebook.com*-kontoen eller anvendes (tredje punkt i afgørelsen). Endelig fastslog Bundeskartellamt i fjerde punkt i afgørelsen, at der ikke foreligger et samtykke fra brugeren, hvis adgangen til *Facebook.com* gøres afhængig af, at samtykket gives.

Sagsøgerne anlagde den 11. februar 2019 inden for fristerne og i henhold til formforskrifterne søgsmål til prøvelse af Bundeskartellamts afgørelse ved Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf).

Facebook Ireland indførte – på initiativ af Europa-Kommissionen og medlemsstaternes nationale forbrugerbeskyttelsesorganisationer – den 31. juli 2019 nye – i det væsentlige enslydende – tjenestevilkår, som under punkt 2 udtrykkeligt henviser til, at brugeren i stedet for at betale for brugen af *Facebook*-produkterne erklærer sig indforstået med visning af annoncer. Siden den 28. januar 2020 har *Facebook* i hele verden tilbudt den såkaldte [org. s. 9] Off-*Facebook*-Activity (herefter »OFA«). Hermed kan *Facebook*-brugere få vist et sammendrag af de oplysninger, som *Facebook* modtager om deres aktiviteter på andre websteder og apps, og efter ønske adskille disse oplysninger fra deres *Facebook.com*-konto, både historisk og i fremtiden.

II.

De tyske retsforskrifter, der er relevante for afgørelsen af sagen, har følgende ordlyd:

§ 19, stk. 1, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lov om konkurrencebegrænsninger) i den affattelse, der var i kraft indtil den 18. januar 2021:

(1) En eller flere virksomheders udnyttelse af en dominerende stilling på et marked ved misbrug er forbudt.

§ 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger i den affattelse, der har været i kraft siden den 19. januar 2021:

(1) En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på et marked er forbudt.

§ 32, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger:

(1) Kartelmyndigheden kan pålægge virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder en forpligtelse til at træffe foranstaltninger med henblik på at bringe en overtrædelse af en bestemmelse i denne del eller af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde til ophør.

III.

Udfaldet af den sag, som *Facebook Ireland* har anlagt – som efter ophøret af tjenesten *Masquerade* og Bundeskartellamts erklæring om ikke at udlede flere rettigheder i denne henseende kun retter sig mod den øvrige del af afgørelsen – afhænger af besvarelsen af de spørgsmål, der er formuleret i konklusionen. Før der træffes afgørelse om søgsmålet, skal sagen derfor udsættes, og Den Europæiske Unions Domstol anmodes om præjudiciel afgørelse.

1. Bundeskartellamt begrundede i første omgang kun sin afgørelse på grundlag af § 19, stk. 1, og § 32 i lov om konkurrencebegrænsninger med, at behandlingen af oplysninger fra de af koncernens tjenester, der tilbydes adskilt fra *Facebook.com* og fra »*Facebook Business Tools*«, som den er fastsat og gennemføres i tjenestevilkårene, udgør misbrug af en dominerende stilling på markedet for sociale netværker for private brugere i Tyskland i form af betingelser, der udgør misbrug, som omhandlet i den generelle bestemmelse i § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsning, [org. s. 10] eftersom denne behandling af oplysninger udgør udnyttelse af en stærk markedsposition og dermed en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, da der ikke foreligger tilstrækkelig begrundelse for, at behandlingen er lovlig som omhandlet i artikel 6, stk. 1, og artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 2016/679. Desuden har misbruget ifølge Bundeskartellamt hindrende virkninger til skade for konkurrenter på markedet for sociale netværker og på tredjemarkeder. En yderligere kartelretlig interesseafvejning er ifølge Bundeskartellamt ikke nødvendig og fører i øvrigt til samme konklusion som den databeskyttelsesretlige interesseafvejning. Eftersom det beskyttelsesbegreb, som er udviklet i tysk retspraksis vedrørende den generelle bestemmelse i § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsning, hidtil ikke findes tilsvarende i europæisk retspraksis og anvendelsespraksis, er afgørelsen kun baseret på § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger, som i denne henseende er strengere end artikel 102 TEUF.

Mens Bundeskartellamts afgørelse skal annulleres, i det omfang den er rettet mod den første og tredje sagsøger og alle de virksomheder, der er associeret med sagsøgerne som omhandlet i § 36, stk. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger, eftersom sidstnævnte ikke deltog i den administrative procedure og ikke er blevet hørt, og eftersom afgørelsen ikke indeholder nogen betragtninger om, hvorfor den første og tredje sagsøger er omfattet af afgørelsen, og den skønsudøvelse, der kræves i henhold til § 32, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger, ikke først kan ske i forbindelse med retsforhandlingerne i sagen, lægger den forelæggende ret følgende til grund vedrørende *Facebook Ireland*:

a) *Facebook Ireland* er dominerende på det i den foreliggende sag relevante udbudsmarked for digitale sociale netværk for private brugere, som kan afgrænses nationalt med hensyn til misbrugstilsynet som følge af de netværkseffekter, der i henhold til Bundeskartellamts konstateringer, som ikke er blevet bestridt, hovedsageligt har virkning inden for Tyskland, og er dermed adressat for bestemmelsen i § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger.

b) Såfremt *Facebook Irelands* tjenestevilkår tilsidesætter forordning nr. 2016/679, kan dette udgøre misbrug af betingelser til skade for de private brugere i henhold til den generelle bestemmelse i § 19 i lov om konkurrencebegrænsninger, eftersom § 19 i lov om konkurrencebegrænsninger – ligesom artikel 102 TUEF – ikke kun beskytter forbrugere indirekte mod forvridding af konkurrencebetingelserne på grundlag af en stærk markedsposition, men også direkte mod en markedsdominerende virksomheds udnyttelse, uden at effekterne på konkurrencestrukturen er afgørende (jf. Domstolens dom af 15.3.2007 – C-95/04, præmis 106 – *British Airways* og Bundesgerichtshofs [org. s. 11] dom af 7.12.2010 – *KZR 5/10*, præmis 55 – *Entega II*). Den konkurrencemæssigt relevante skade vil bestå i en tilsidesættelse af brugernes frihed til at disponere over deres personlige oplysninger, som er beskyttet i forordning nr. 2016/679. Betragtninger vedrørende referencemarkeder eller en vurdering af omfanget i forhold til de undersøgte referencebetingelser, som i henhold til § 19, stk. 2, nr. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger foretages med henblik på at konstatere urimeligt høje priser, finder ikke sted, hvis det påståede misbrug består i en (relevant) lovovertrædelse (jf. Bundesgerichtshofs dom af 6.11.2013 – *KZR 58/11*, præmis 66 – *VBL-Gegenwert I*). I et sådant tilfælde er der heller ikke mulighed for at foretage den interesseafvejning, der også er nødvendig inden for rammerne af den generelle bestemmelse i § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger (jf. Bundesgerichtshofs dom af 7.6.2016 – *KZR 6/15*, præmis 48 – *Pechstein mod International Skating Union* [ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0]). Den kausale sammenhæng mellem misbruget og den stærke markedsposition, som principielt kræves i henhold til § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger og artikel 102, første punktum, TEUF (jf. Domstolens dom af 14.11.1996 – C-333/94, præmis 27 – *Tetrapak* [ECLI:EU:C:1996:436], dom af 14.2.1978 – C-27/76, præmis 248/257 – *United Brands* [ECLI:EU:C:1978:22], Bundesgerichtshofs kendelse af 23.6.2020 – *KVR 69/19*, præmis 73 – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]) vil foreligge, både henset til en bredt forstået adfærdssammenhæng, eftersom *Facebook Ireland*, hvis konkurrencen fungerede, rimeligvis ikke ville opstille betingelser om behandling af oplysninger, som er ulovlig i henhold til forordning nr. 2016/679, og henset til en resultatsammenhæng, eftersom brugerne – selv om heller ikke dominerende virksomheder kan tilsidesætte forordning nr. 2016/679 – i praksis ikke har nogen mulighed for at undvige, hvis tilsidesættelsen foretages af en næsten monopolagtig virksomhed som *Facebook Ireland* (jf. også dom af 5.10.1988 – C-247/86 – *Alsatel* [ECLI:EU:C:1988:469], og af 27.3.1974 – C-127/73 – *BRT et Société belge* [ECLI:EU:C:1974:25], hvor Den Europæiske Unions Domstol ikke rejste tvivl om sammenhæng mellem misbrug og en stærk markedsposition). Hvis der foreligger misbrug, kan *Facebook Ireland* ikke påberåbe sig et koncernprivilegium i medfør af § 36, stk. 2, i lov om konkurrencebegrænsninger (jf. Domstolens dom af 24.10.1996 – C-73/95 P, præmis 17 – *Viho*, Bundesgerichtshofs kendelse af 6.11.2012 – *KVR 54/11*, præmis 19 og 22 – *Gasversorgung Ahrensburg*, og dom af 23.6.2009 – *KZR 21/08*, præmis 16 – *Entega I*).

c) Afgørelsen er formelt retsstridig, eftersom Bundeskartellamts vurdering i strid med artikel 3, stk. 1, andet punktum, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af [org. s. 12] konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 ikke omfattede artikel 102, stk. 1, TEUF, selv om *Facebook Irelands* dominerende stilling i Tyskland i det væsentlige svarer til en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked som omhandlet i artikel 102, stk. 1, TEUF (jf. Domstolens dom af 23.4.1991 – C-41/90, præmis 28 – *Höfner-Elsner*, dom af 9.11.1983 – C-322/81, præmis 28 – *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]), og betingelsen om mellemstatslighed som omhandlet i artikel 102, stk. 1, TEUF også burde være lagt til grund henset til konstateringen af, at tilsidesættelsen af forordning nr. 2016/679 medfører »faktiske og potentielle hindrende virkninger til skade for konkurrenter« (præmis 885 i Bundeskartellamts afgørelse) (jf. Domstolens dom af 23.4.1991 – C-41/90, præmis 32 – *Höfner-Elsner*, og dom af 9.11.1983 – C-322/81, præmis 104 – *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]). [Udelades] [forklares] Som følge af den parallelitet, som må antages [udelades] at foreligge mellem § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger og artikel 102, stk. 1, TEUF (jf. Bundesgerichtshofs dom af 8.4.2014 – KZR 53/12, præmis 46 – *VBL-Versicherungspflicht*, og dom af 6.11.2013 – KZR 58/11, præmis 51 – *VBL-Gegenwert I*), er procedurefejlen imidlertid ubetydelig, hvis afgørelsen i henhold til § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger er lovlig, og den medfører ikke nogen væsentlig yderligere retsstridighed, hvis den er retsstridig i henhold til § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger.

d) Det afgørende er derfor, om Bundeskartellamt kan fastslå, om *Facebook Irelands* tjenestevilkår og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og kan vedtage de påbudte foranstaltninger med henblik på at bringe en sådan tilsidesættelse til ophør. [Org. s. 13]

aa) Med henblik herpå ønskes det med spørgsmål 1. a) oplyst, om kompetence-, samarbejds- og sammenhængsreglerne i artikel 51 ff. i forordning nr. 2016/679, navnlig artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, og beføjelsesbestemmelserne i artikel 57 og 58 i forordning nr. 2016/679, er til hinder for, at Bundeskartellamt for det kartelretlige misbrugstilsyn fastslår, at *Facebook Irelands* tjenestevilkår og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og vedtager et påbud om at træffe foranstaltninger med henblik på at bringe tilsidesættelsen til ophør. Bundeskartellamt er nemlig ikke en tilsynsmyndighed som omhandlet i forordning nr. 2016/679, og den ledende tilsynsmyndighed som omhandlet i artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 er den irske tilsynsmyndighed, eftersom *Facebook Ireland* er *Facebooks* hovedvirksomhed i Europa, driver det sociale netværk i Europa, anvender ensartede tjenestevilkår i alle EU's medlemsstater og er dataansvarlig for behandlingen af personoplysninger på hele Den Europæiske Unions område som omhandlet i artikel 4, nr. 7), i forordning nr. 2016/679.

For så vidt som også muligheden for civilretlig retsbeskyttelse i henhold til artikel 82 i forordning nr. 2016/679 og navnlig muligheden for sanktioner i henhold til

artikel 84, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 skal tages i betragtning i denne sammenhæng, henviser den forelæggende ret til, at § 19 og 32 i lov om konkurrencebegrænsninger ikke er blandt de bestemmelser, som Tyskland har givet Europa-Kommissionen meddelelse om i henhold til artikel 84, stk. 2, i forordning nr. 2016/679 (præmis 201 i begrundelsen for søgsmålet).

bb) Såfremt det er foreneligt med kompetencereglerne i forordning nr. 2016/679, at Bundeskartellamt for det kartelretlige misbrugstilsyn fastslår, at tjenestevilkårene og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og sanktionerer denne tilsidesættelse, ønskes det med spørgsmål 1. b) oplyst, om dette er foreneligt med princippet om loyalt samarbejde, som er forankret i artikel 4, stk. 3, TEU, når den ledende tilsynsmyndighed i henhold til artikel 56, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 allerede undersøger en sådan tilsidesættelse, som her den irske tilsynsmyndighed, der ifølge *Facebooks* forklaring, som ikke er blevet bestridt (præmis 188 og 217 i begrundelsen for søgsmålet), i samarbejde med andre berørte tilsynsmyndigheder i EU allerede på tidspunktet for Bundeskartellamts afgørelse og også senere beskæftigede sig med muligheden for, at *Facebook Irelands* behandling af oplysninger udgjorde en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679.

e) Såfremt Bundeskartellamt for det kartelretlige misbrugstilsyn kan fastslå, at *Facebook Irelands* tjenestevilkår og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og vedtage påbud om at bringe denne tilsidesættelse til ophør, er det [org. s. 14] desuden afgørende, om tjenestevilkårene (konkretiseret i datapolitikken og politikken om cookies) vedrørende behandling af oplysninger fra koncernens øvrige tjenester og »*Facebook Business Tools*« (herefter også samlet »*Off-Facebook-oplysninger*«) og gennemførelsen heraf udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og om Bundeskartellamt kan forbyde tjenestevilkårene og gennemførelsen heraf og træffe afgørelse om, at denne behandling af oplysninger ikke kan finde sted eller kun kan finde sted med brugernes særskilte samtykke – som brugen af *Facebook.com* ikke må gøres afhængig af.

aa) Bundeskartellamt har med rette lagt til grund, at disse *Off-Facebook-oplysninger* udgør personoplysninger som omhandlet i artikel 4, nr. 1), i forordning nr. 2016/679 (jf. Domstolens dom af 19.10.2016 – C-582/14, præmis 49 – *Breyer*, dom af 24.11.2011 – C-70/10, præmis 51 – *Scarlet*, og Bundesgerichtshof, anmodning til Domstolen om præjudiciel afgørelse af 5.10.2017 – I ZR 7/16, præmis 23 – *Cookie-Einwilligung I* [ECLI:DE:BGH:2017:051017BIZR7.16.0]), at anvendelsen af oplysningerne med henblik på persontilpasning af netværket og markedsføringen udgør en »profilering« som omhandlet i artikel 4, nr. 4), i forordning nr. 2016/679, og at *Facebook Ireland* er dataansvarlig for behandlingen af oplysningerne som omhandlet i artikel 4, nr. 7), i forordning nr. 2016/679 (jf. Domstolens dom af 29.7.2019 – C-40/17, præmis 84 – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]).

bb) Bundeskartellamt har med rette lagt til grund, at der ved at klikke på knappen »registrer« ikke – heller ikke i betragtning af punkt 2 i de nye tjenestevilkår af 31. juli 2019 – afgives noget samtykke til behandling af Off-Facebook-oplysninger som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679 (jf. Domstolens dom af 1.10.2019 – C-673/17, præmis 58 ff. – *Planet49* [ECLI:EU:C:2019: 801]), og at brugernes samtykke, som *Facebook Ireland* indhenter til anvendelse af oplysninger fra »Facebook Business Tools« med henblik på visning af persontilpassede annoncer, kun vedrører *anvendelsen* af oplysningerne til dette formål, men ikke generelt indsamlingen og sammenstillingen med *Facebook.com*-kontoen. Desuden har Bundeskartellamt korrekt lagt til grund, at hverken muligheden for at bremse placering af cookies på brugerens terminaludstyr eller webbrowser eller at slette sådanne cookies, muligheden for at nulstille markedsførings-ID'er i mobilenhedens operativsystem, eller den OFA-funktion, der blev indført i slutningen af januar 2020, opfylder kriterierne for, at der foreligger et samtykke som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679. **[Org. s. 15]**

cc) Eftersom den behandling af Off-Facebook-oplysninger, som er omhandlet i tjenestevilkårene, og gennemførelsen heraf – også i koncernen – er lovlig, hvis mindst en af begrundelserne i henhold til artikel 6, stk. 1, litra a)-f), i forordning nr. 2016/679 er opfyldt, og Den Europæiske Unions Domstol vedrørende den enslydende forgængerbestemmelse i artikel 7 i direktiv 95/46/EF (databeskyttelsesdirektivet) allerede har afgjort, at denne fastsætter en udtømmende og fuldstændig liste over de tilfælde, hvor en behandling af personoplysninger kan anses for at være lovlig, og at medlemsstaterne hverken kan tilføje nye principper vedrørende grundlaget for behandling af personoplysninger i den nævnte artikel eller fastsætte supplerende krav, som ændrer rækkevidden af et af de seks principper, der er fastsat i denne artikel (jf. Domstolens dom af 29.7.2019 – C-40/17, præmis 55 – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629], dom af 19.10.2016 – C-582/14, præmis 57 – *Breyer*, og dom af 24.11.2011 – C-468/10 og C-469/10, præmis 30 og 32 – *ASNEF og FECEMD*), er det afgørende, om den behandling af Off-Facebook-oplysninger, som er omhandlet og gennemført i tjenestevilkårene, i alle tilfælde udelukkende kan begrundes af et samtykke. Kun i så fald kan Bundeskartellamt nemlig vedtage et påbud om, at behandlingen af databeskyttelsesretlige grunde enten ikke kan finde sted eller kun kan finde sted efter samtykke.

(1) *Facebook Ireland* tilbyder inden for rammerne af sit sociale netværk i henhold til punkt 1 i sine aktuelle tjenestevilkår (bilag Bf 9) under overskriften »De tjenester, vi leverer« – for så vidt det er relevant her – 1. persontilpasset indhold, 2. visning af persontilpasset markedsføring, 3. bruger- og netværkssikkerhed, 4. produktforbedring og 5. en ensartet og velfungerende brug af *Facebook*-virksomhedernes produkter.

Facebook Ireland indsamler de bruger- og enhedsbaserede oplysninger fra brugen af koncernens tjenester og fra »Facebook Business Tools«, som er nævnt enkeltvis

i virksomhedens datapolitik (bilag Bf 10) under overskriften »Hvilke typer oplysninger indsamler vi?«, forbinder dem med de oplysninger, der indsamles og lagres ved brugen af *Facebook.com*, og anvender dem ifølge forklaringerne under overskriften »Hvordan bruger vi oplysningerne?« med henblik på levering, persontilpasning og forbedring af virksomhedens produkter, oplysning om målinger, analyse og andre erhvervsservices, forbedring af sikkerhed og integritet, kommunikation med brugerne og forskning og innovation til gavn for samfundet og i henhold til [org. s. 16] forklaringerne under overskriften »Hvordan samarbejder Facebook-virksomhederne?« »også [...] på tværs af Facebook-virksomhederne«.

Ifølge sin politik om cookies (bilag Bf 11) indsætter *Facebook Ireland* ved brugen af koncernens tjenester og besøg på tredjeparters websteder og apps cookies eller anvender andre lagringsteknologier, som er knyttet til »Facebook Business Tools«, og indsamler dermed, uden at brugeren foretager sig yderligere, bruger- og enhedsbaserede oplysninger, som virksomheden bruger til at levere sine tjenester og til sikkerheds-, markedsførings- og analyseformål.

Arten af de indsamlede og anvendte oplysninger fremgår enkeltvis af datapolitikken under overskriften »Hvilke typer oplysninger indsamler vi?« (bilag Bf 10) og punkt 2, litra a)-d), i konklusionen i Bundeskartellamts afgørelse.

Facebook Ireland påberåber sig under overskriften »Hvad er vores juridiske grundlag for databehandling?« i sin datapolitik (bilag Bf 10) alle de i artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 nævnte begrundelser for, at en behandling er lovlig. Under overskriften »Læs mere om disse retsgrundlag« (bilag Bf 12) påberåber *Facebook Ireland* sig et samtykke som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), i forordning nr. 2016/679 1. til at behandle data med særlige beskyttelser, som brugeren har angivet i sin *Facebook.com*-profil, så de kan deles med udvalgte personer, og indholdet kan persontilpasses, 2. til at bruge ansigtsgenkendelse, 3. til at bruge data, som annoncører og andre partnere giver brugerens aktivitet uden for *Facebook*-virksomhedernes produkter, med henblik på persontilpasning af annoncer, 4. til at dele data, der identificerer brugeren personligt, med annoncører, 5. til at indsamle oplysninger, som brugeren tillader *Facebook Ireland* at modtage gennem de enhedsbaserede indstillinger, som vedkommende aktiverer (GPS-lokation, kamera, billeder). Med henblik herpå indhenter *Facebook Ireland* et særskilt samtykke fra brugerne eller giver brugeren mulighed for at gøre indsigelse (vedrørende ansigtsgenkendelsen).

I det nævnte dokument (bilag Bf 12) påberåber *Facebook Ireland* sig begrundelsen om *kontraktmæssig nødvendighed* som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2016/679 med henblik på at 1. levere, persontilpasse og forbedre *Facebook*-produkterne, 2. forbedre sikkerhed og integritet, 3. [org. s. 17] overføre data uden for EØS, 4. kommunikere med brugeren, 5. give ensartede og velfungerende oplevelser på tværs af alle *Facebook*-produkter.

Facebook Ireland påberåber sig begrundelsen om en legitim interesse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679 med henblik på 1. mindreårige, 2. levering af måling, analyse og andre virksomhedstjenester, 3. at levere marketingkommunikation, 4. forskning og innovation til gavn for samfundet, 5. at dele oplysninger med andre, herunder politiet, og at besvare juridiske anmodninger.

Facebook Ireland påberåber sig desuden begrundelserne om overholdelse af en retlig forpligtelse [artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 2016/679], beskyttelse af vitale interesser [artikel 6, stk. 1, litra d), i forordning nr. 2016/679] og *udførelsen af opgaver* i samfundets interesse [artikel 6, stk. 1, litra e)], i forordning nr. 2016/679] (jf. bilag Bf 12).

(2) Et samtykke vil være påkrævet, hvis og i det omfang indsamlingen, sammenstillingen med *Facebook.com*-kontoen og anvendelsen af de såkaldte Off-*Facebook*-oplysninger udgør behandling af særlige kategorier af personoplysninger som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, og ingen andre kriterier for tilladelse end samtykket som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679 kommer i betragtning.

(a) Med spørgsmål 2. a) ønskes det oplyst, om indsamlingen af oplysninger om besøg på tredjeparters websteder og apps gennem »*Facebook Business Tools*«, cookies og andre lagringsteknologier og/eller sammenstillingen af disse med brugerens *Facebook.com*-konto og/eller anvendelsen, som Bundeskartellamt har gjort gældende (punkt 584 ff. i Bundeskartellamts afgørelse), udgør behandling af følsomme oplysninger som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, hvis der er tale om websteder og apps, som vedrører kriterierne i stk. 1, såsom dating-apps, partnerbørser for homoseksuelle, politiske partiers websteder eller sundhedswebsteder (punkt 587 i Bundeskartellamts afgørelse).

I denne henseende er det også nødvendigt at afklare, om allerede oplysninger om besøg på webstedet eller appen som sådan er tilstrækkelige, eller om brugeren også skal have foretaget bestemte indtastninger her, f.eks. registreret sig eller afgivet bestillinger, og hvorledes begreberne »personoplysninger om« i den første kategori af oplysninger i henhold artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 og »data« i den anden kategori af oplysninger i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 skal fortolkes [**org. s. 18**]. Formuleringen vedrørende den første kategori af oplysninger i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 (»personoplysninger om«) kan muligvis tale for, at dette allerede indebærer et forbud mod behandling af »kildeoplysninger«, altså f.eks. besøg på websteder eller brugerens indtastninger, og at det derfor er afgørende, hvornår følsomme oplysninger fremgår heraf (er »personoplysninger om«). Derimod synes der i forbindelse med den anden kategori af oplysninger i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 kun at være fastsat et forbud mod selve behandlingen af de følsomme oplysninger, og det afgørende er derfor, om brugerens besøg på sådanne websteder eller indtastning af sådanne oplysninger selv kan udgøre følsomme oplysninger, selv om sondringen dog igen relativiseres

f.eks. af den retlige definition i artikel 4, nr. 15), i forordning nr. 2016/679, idet sundhedsoplysninger også kan være oplysninger, der »giver« information om helbredstilstanden. Der er også behov for at afklare, om hensigten om anvendelse har betydning for vurderingen, altså her f.eks. persontilpasningen af det sociale netværk og markedsføring, netværkssikkerhed, forbedring af tjenesterne, levering af måle- og analysetjenester for annoncepartnere, forskning til gavn for samfundet, besvarelse af juridiske anmodninger og opfyldelse af retlige forpligtelser, beskyttelse af brugernes og tredjeparters vitale interesser og udførelse af opgaver i samfundets interesse.

(b) For så vidt som der er tale om følsomme oplysninger som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, ønskes det med spørgsmål 2. b) oplyst, om brugeren tydeligvis har offentliggjort disse oplysninger, idet vedkommende har besøgt webstedet eller appen og/eller har foretaget indtastninger her og/eller har trykket på de knapper på disse websteder og apps, som *Facebook Ireland* tilbyder, nemlig de »sociale plugins« (»synes godt om«, »del«) eller »Facebook login« eller »account kit« [artikel 9, stk. 2, litra e), i forordning nr. 2016/679], eftersom vedkommende i så fald vil miste den specifikke beskyttelse i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, uden at dette vil kræve et samtykke som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679. I praksis kommer ingen andre begrundelser for, at behandlingen er lovlig, som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 2016/679 i betragtning, og *Facebook* har i hvert fald ikke gjort sådanne begrundelser gældende og navnlig ikke anført dem i tjenestevilkårene.

(3) For så vidt som *Facebook Ireland* ved brug af andre af koncernens tjenester og ved besøg på websider og apps, som er tilknyttet »Facebook Business Tools«, også indsamler oplysninger gennem cookies og lignende lagringsteknologier på brugernes terminaludstyr, gælder desuden artikel 5, stk. 3, i direktiv Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske [org. s. 19] kommunikationssektor (Direktiv om databeskyttelse inden for elektronisk kommunikation). Som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) har afgjort, berører forordning nr. 2016/679 ikke anvendelsen af denne bestemmelse, og § 15, stk. 3, første punktum i Telemediengesetz (Telemedia-loven), som gennemfører direktiv 2002/58/EF, finder dermed fortsat anvendelse og skal i overensstemmelse med direktivet fortolkes således, at indsættelsen af cookies for at oprette brugerprofiler med henblik på markedsføring eller markedsforskning kræver brugerens samtykke (jf. Bundesgerichtshofs dom af 28.5.2020 – I ZR 7/16, præmis 47 ff. – *Cookie-Einwilligung II*, jf. også Domstolens dom af 1.10.2019 – C-673/17, præmis 38 ff. – *Planet49* [E-CLI:EU:C:2019:801], og dom af 29.7.2019 – C-40/17, præmis 88 ff. – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]). Imidlertid er det i den foreliggende sag ikke afgørende, om det samtykke, som er indhentet til anvendelse af partneroplysninger med henblik på visning af persontilpasset markedsføring, er tilstrækkeligt hertil, eftersom Bundeskartellamt kun har begrundet, at *Facebook* har tilsidesat det kartelretlige forbud mod misbrug i henhold til § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger, med, at virksomhedens behandling af oplysninger

udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og ikke med, at den udgør en tilsidesættelse af Telemedia-lovens § 15, stk. 3, første punktum.

(4) Hvis og i det omfang der ikke kræves et samtykke i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679 – altså ved behandlingen af oplysninger fra andre af koncernens tjenester, hvorom Bundeskartellamt ikke har fastslået, at der foreligger en behandling af muligvis følsomme oplysninger som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 2016/679, og ved behandling af oplysninger fra »Facebook Business Tools«, såfremt der ikke er tale om følsomme oplysninger, eller disse tydeligvis er blevet offentliggjort af brugeren – er det afgørende, om og i hvilket omfang *Facebook Ireland* kan påberåbe sig andre begrundelser for, at behandlingen er lovlig, som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 vedrørende Off-Facebook-oplysninger. Den forelæggende ret lægger til grund, at kun forbuddet mod behandling i henhold til artikel 9, stk. 1, men ikke kravet om en begrundelse i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 2016/679 bortfalder, hvis oplysninger tydeligvis er blevet offentliggjort som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra e), i forordning nr. 2016/679 (jf. 51. betragtning, femte punktum).

(a) Med det tredje spørgsmål ønskes det oplyst, om *Facebook Ireland*, når denne, som nævnt ovenfor, tilbyder 1. persontilpasning af indhold, 2. visning af persontilpasset markedsføring, 3. bruger- og netværkssikkerhed, 4. produktforbedring og 5. ensartet og velfungerende brug af *Facebook*-virksomhedernes produkter som en kontraktmæssig ydelse, kan påberåbe sig begrundelsen om, at behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2016/679, eller [org. s. 20] begrundelsen om at forfølge en legitim interesse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679, hvis virksomheden med henblik på disse formål indsamler Off-Facebook-oplysninger, sammenstiller dem med brugernes *Facebook.com*-konto og anvender dem.

Det er den forelæggende rets opfattelse, at der i lyset af Den Europæiske Unions Domstols praksis vedrørende betingelsen om, at behandlingen af oplysninger skal være nødvendig (jf. Domstolens dom af 4.5.2017 – C-13/16, præmis 30 – *Rigas satiksmē*), og det europæiske dataudvalgs betragtninger i udvalgets retningslinjer 2/19 (punkt 2, 26 ff., 48 ff. og 57 og bilag Bf 42B) er meget, der taler for, at en behandling af oplysninger med henblik på visning af persontilpasset markedsføring, hvortil der ikke kræves nogen cookies, bruger- og netværkssikkerhed og produktforbedring muligvis kan være en legitim interesse for virksomheden, mens det på denne baggrund synes plausibelt, at behandlingen af oplysninger med henblik på persontilpasning af indhold og eventuelt også en ensartet og velfungerende brug af *Facebook*-virksomhedernes produkter i *Facebook Irelands* tilfælde kan anses for at være nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt.

Henset hertil kan f.eks. behandlingen af *WhatsApp*-oplysninger med henblik på bruger- og netværkssikkerhed muligvis være en legitim interesse for *Facebook Ireland*, eftersom virksomheden i henhold til sine egne forklaringer under

overskriften »Hvordan samarbejder Facebook-virksomhederne?« i datapolitikken (bilag Bf 10) behandler oplysninger om *WhatsApp*-konti, der sender spam, for at skride til handling mod disse konti på *Facebook.com*, mens behandlingen i øvrigt formentlig hverken er nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt eller begrundet af andre legitime interesser, eftersom *Facebook Ireland* ikke bruger *WhatsApp*-oplysningerne til produkt- og persontilpasningsformål på *Facebook.com* (punkt 746 i Bundeskartellamts afgørelse).

Behandlingen af *Instagram*-oplysninger kan, i det omfang den sker med henblik på persontilpasning af indhold og velfungerende brug af *Facebook*-produkterne (således at brugeren kan få vist personer eller indhold på *Facebook.com*, fordi disse også kan interessere vedkommende her), muligvis være nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt eller i hvert fald være en legitim interesse for *Facebook Ireland*. Også med henblik på visning af persontilpasset markedsføring, netværkssikkerhed og produktforbedring kan denne behandling af oplysninger muligvis være en legitim interesse for virksomheden. Navnlig anvender *Facebook Ireland* f.eks. ifølge sine egne forklaringer *Instagram*-oplysninger om konti, der udviser betænkelig adfærd eller klart er involveret i kriminelle aktiviteter, for at beskytte *Facebook*-brugernes sikkerhed [org. s. 21] (punkt 465 i begrundelsen for søgsmålet). Noget tilsvarende gælder muligvis for behandlingen af *Oculus*-oplysninger, selv om der hidtil ikke er foretaget nogen konstateringer om, til hvilke formål disse oplysninger konkret anvendes på *Facebook.com*.

Behandlingen af oplysninger fra »*Facebook Business Tools*«, navnlig de sociale plugins »synes godt om« og »del«, og fra »*Facebook login*« og »account kit«, kan muligvis være nødvendig af hensyn til opfyldelse af en kontrakt eller i hvert fald være en legitim interesse for *Facebook Ireland*, i det omfang behandlingen sker med henblik på persontilpasning af indhold og velfungerende brug af *Facebook*-produkterne. Dette forudsætter formentlig, at brugerne trykker på de relevante knapper, og er formentlig begrænset til de processer for behandling af oplysninger, der er nødvendige i det enkelte tilfælde. Uanset om der trykkes på knapperne, er indsamlingen af oplysninger og sammenstillingen med *Facebook.com*-kontoen muligvis en legitim interesse for *Facebook Ireland*, hvis brugeren har givet samtykke til anvendelsen af oplysningerne med henblik på visning af persontilpasset markedsføring. Også netværkssikkerhed og produktforbedring er muligvis legitime interesser for *Facebook Ireland* med hensyn til behandlingen af oplysninger. Således anvender *Facebook* ifølge sine egne forklaringer oplysninger fra »sociale plugins« for på baggrund af det store antal besøg på webstederne inden for kort tid at kunne opdage, om bots forsøger at åbne og bruge *Facebook*-konti (punkt 465 i begrundelsen for søgsmålet).

(b) Med det fjerde spørgsmål ønskes det oplyst, om også

– det forhold, at brugerne er mindreårige, af hensyn til persontilpasning af indhold og markedsføring, produktforbedring, netværkssikkerhed og ikke-markedsføringsmæssig kommunikation med brugeren,

- levering af målinger, analyser og øvrige virksomhedsservices til markedsføringskunder, udviklere og øvrige partnere, således at disse kan evaluere og forbedre deres ydelser,
- levering af marketingkommunikation med brugeren, således at *Facebook Ireland* kan forbedre sine produkter og gennemføre direct marketing,
- forskning og innovation til gavn for samfundet med henblik på at fremme niveauet for teknologiske fremskridt eller den videnskabelige forståelse vedrørende vigtige sociale emner og at øve positiv indflydelse på samfundet og verden,
- det forhold, at der gives oplysninger til retshåndhævende myndigheder og besvares juridiske anmodninger med henblik på at forhindre, opklare og retsforfølge strafbare handlinger, ulovlig brug, tilsidesættelser af tjenestevilkårene og politikkerne og andre former for skadelig adfærd, [org. s. 22]

kan udgøre legitime interesser som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679 med hensyn til indsamling, sammenstilling med brugerens *Facebook.com*-konto og anvendelse af Off-Facebook-oplysninger til disse formål.

Det ønskes navnlig oplyst, om *Facebook Ireland* for så vidt angår mindreårige, der ikke har nået den aldersgrænse på 16 år (artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2016/679), som er en betingelse for, at der kan gives selvstændigt samtykke som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), i forordning nr. 2016/679 – og som i Tyskland ikke er blevet nedsat som omhandlet i artikel 8, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 2016/679 – og som i henhold til den – så vidt det fremgår enstemmige – opfattelse i tysk kommentarlitteratur ikke selvstændigt kan indgå en gyldig brugskontrakt som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2016/679 med et socialt netværk, eftersom denne kontrakt – som følge af behandlingen af oplysninger – ikke kun er retligt fordelagtig (§ 107 i Bürgerliches Gesetzbuch (den borgerlige lovbog), jf. Klumpp i: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2017, § 107, nr. 30, Spickhoff i: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. oplag 2018, § 107, nr. 82, og Mansel i: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. oplag 2021, § 107, nr. 3), og for hvem den påkrævede godkendelse fra indehaverne af forældremyndigheden ikke foreligger, kan påberåbe sig begrundelsen om at forfølge en legitim interesse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra f), i forordning nr. 2016/679 med hensyn til behandlingen af oplysninger fra andre af koncernens tjenester og fra »Facebook Business Tools«.

Det synes også tvivlsomt, om behandlingen af Off-Facebook-oplysninger kan begrundes med henvisning til interessen i forskning og innovation til gavn for samfundet, med henblik på at fremme niveauet for teknologiske fremskridt eller den videnskabelige forståelse vedrørende vigtige sociale emner og at øve positiv indflydelse på samfundet og verden.

Derimod kan anvendelsen af oplysninger fra »Facebook Business Tools« med henblik på levering af målinger, analyser og øvrige virksomhedsservices til markedsføringskunder, udviklere og øvrige partnere, således at disse kan evaluere og forbedre deres ydelser, muligvis være en legitim interesse for *Facebook Ireland* (og partnerne), i hvert fald når brugere har givet samtykke til anvendelsen af oplysninger fra partnerne til visning af persontilpasset markedsføring. Hvis og i det omfang behandlingen af oplysninger fra andre af koncernens tjenester og/eller »Facebook Business Tools« med henblik på produktforbedring er begrundet, gælder dette muligvis også for anvendelsen med henblik på levering af marketingkommunikation med brugeren, således at *Facebook* kan forbedre sine produkter og gennemføre direct marketing. [Org. s. 23]

Ligeledes kan indsamling, sammenstilling med *Facebook.com*-kontoen og anvendelse af *Off-Facebook*-oplysninger eller anvendelse af *Off-Facebook*-oplysninger, der allerede i anden sammenhæng er blevet indsamlet og sammenstillet lovligt, med henblik på at give oplysninger til retshåndhævende myndigheder og besvare juridiske anmodninger for at forhindre, opklare og retsforfølge strafbare handlinger, ulovlig brug, tilsidesættelser af tjenestevilkårene og politikkerne og andre former for skadelig adfærd, muligvis være en legitim interesse for *Facebook Ireland*.

Ved den påkrævede afvejning skal der – ud over retten til indsigelse i henhold til artikel 21 i forordning nr. 2016/679 – muligvis tages hensyn til, at udbydere af tredjepartswebsteder, der har tilknyttet disse »Facebook Business Tools«, har mulighed for at forsinke strømmen af oplysninger til *Facebook Ireland*, indtil de har indhentet samtykke fra brugerne (punkt 868 i Bundeskartellamts afgørelse), og at *Facebook* siden den 28. januar 2020 har tilbudt OFA-funktionen, hvormed *Facebook.com*-brugere kan få vist et sammendrag af de oplysninger, som *Facebook* modtager om deres aktiviteter fra andre websteder og apps, og efter ønske adskille disse oplysninger fra deres *Facebook.com*-konto, både historisk og i fremtiden (punkt 148 f. i begrundelsen for søgsmålet).

(c) Med det femte spørgsmål ønskes det oplyst, om indsamling, sammenstilling med *Facebook.com*-kontoen og anvendelse af *Off-Facebook*-oplysninger eller anvendelse af *Off-Facebook*-oplysninger, der allerede i anden sammenhæng er blevet indsamlet og sammenstillet lovligt, i specifikke tilfælde også kan være begrundet i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), d) og e), i forordning nr. 2016/679 med henblik på – som *Facebook Ireland* har gjort gældende i det dokument, der er fremlagt som bilag Bf 12 – f.eks. at besvare et gyldigt retligt spørgsmål vedrørende bestemte oplysninger [litra c)], at bekæmpe skadelig adfærd og fremme sikkerheden [litra d)] eller af hensyn til forskning til gavn for samfundet og til fremme af beskyttelse, integritet og sikkerhed [litra e)], eftersom behandlingen af disse oplysninger heller ikke i denne situation undtagelsesfrit og i alle tilfælde kan gøres afhængig af brugernes samtykke, eller om det af disse årsager generelt er udelukket, at behandlingen af *Off-Facebook*-oplysninger kan være begrundet.

f) Spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for behandlingen af oplysninger og gennemførelsen heraf, hvis de er ulovlige eller ubegrundede, også udgør hindrende misbrug som omhandlet i den generelle bestemmelse i § 19, stk. 1, i lov om konkurrencebegrænsninger til skade for [org. s. 24] konkurrenter på markedet for sociale netværk for private brugere og på andre markeder, vil i så fald ikke længere være afgørende.

g) Hvis og i det omfang behandlingen af Off-Facebook-oplysninger kun kan begrundes af et samtykke, ønskes det med det sjette spørgsmål oplyst, om brugere overhovedet kan give et gyldigt samtykke som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2016/679 over for en markedsdominerende virksomhed som *Facebook Ireland*, således som Bundeskartellamt afgjorde med henblik på at bringe den påståede tilsidesættelse til ophør, eller om den frivillighed, som dette kræver i henhold til artikel 4, nr. 11), i forordning nr. 2016/679, aldrig kan foreligge over for en markedsdominerende virksomhed, selv hvis opfyldelsen af kontrakten ikke afhænger af, at der gives samtykke til behandlingen af oplysninger. 43. betragtning, første punktum, kan muligvis pege i denne retning.

2. Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål overflødiggøres ikke af, at Bundeskartellamt under sagen »som supplement« (s. 88 i svarskriftet) har støttet sin afgørelse på Bundesgerichtshofs begrundelse i den forudgående hasteprocedure (kendelse af 23.6.2020 – KVR 69/19 – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). I henhold hertil påtvinges brugerne af *Facebook.com* – ifølge Bundesgerichtshof – ved anvendelsen af oplysninger fra brugen af andre af concernens tjenester og fra »Facebook Business Tools« en udvidelse af ydelsen, som de »muligvis ikke ønsker«, idet de omtvistede tjenestevilkår ikke ville kunne forventes at foreligge, hvis konkurrencen fungerede, men er egnede til at hindre konkurrencen, og udvidelsen af ydelsen ud fra en omfattende vurdering og afvejning af de berørte interesser, navnlig i mangel af en begrundelse i henhold til forordning nr. 2016/679, udgør misbrug. Afgørelsen kan nemlig i vidt omfang ikke opretholdes med denne begrundelse allerede af den grund, at Bundeskartellamt ikke har foretaget de nødvendige konstateringer i hvert fald vedrørende betingelserne for, at behandlingen af oplysninger er egnet til at hindre konkurrencen. En sådan hindrende virkning kommer kun alvorligt i betragtning for så vidt angår behandlingen af *Instagram*-oplysningerne, men der kan heller ikke i denne henseende træffes afgørelse, uden at det syvende og eventuelt tredje til femte spørgsmål besvares.

a) Eftersom Bundesgerichtshof synes at lægge til grund, at Bundeskartellamt fortsat kan supplere sin afgørelse med denne begrundelse [org. s. 25] under sagen, selv om anbringendet om misbrug dermed støttes på andre faktiske omstændigheder end en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og brugernes samtykke, som kræves i konklusionen, derfor ikke er et samtykke i den forstand, hvori udtrykket anvendes i forordning nr. 2016/679, men derimod et andet samtykke, som eventuelt skal gives som supplement til samtykket i henhold til

forordning nr. 2016/679, vurderer den forelæggende ret også afgørelsen under hensyntagen til denne begrundelse.

b) Bundeskartellamt har i vidt omfang ikke foretaget de nødvendige konstateringer i hvert fald vedrørende betingelsen om, at behandlingen af Off-Facebook-oplysninger skal være egnet til at udgøre en hindring for konkurrenter. Det vil være nødvendigt at godtgøre en potentiel konkurrencebegrænsende virkning – på netværksmarkedet på netværkssiden f.eks. ved forøgelse af netværkseffekterne eller gennem produktforbedring eller på markedsføringsiden f.eks. ved besiddelse af detaljerede oplysninger eller på annonce- eller tredjemarkeder (uanset hvorledes de konkret skal afgrænses) – mens en dominerende virksomheds praksis ikke kan kvalificeres som misbrug, såfremt der ikke er nogen konkurrencebegrænsende virkning på markedet (jf. Domstolens dom af 6.12.2012 – C-457/10 P, præmis 112 – *Astra Zeneca*, og dom af 17.2.2011 – C-52/09, præmis 64 – *TeliaSonera*).

Eftersom *Facebook Ireland* ikke anvender *Facebook.com*-brugernes *WhatsApp*-oplysninger til persontilpasnings- og produktformål på *Facebook.com* – og efter eget udsagn heller ikke påtænker at gøre dette i Europa – fremgår det ikke og er det heller ikke blevet konstateret af Bundeskartellamt, at behandlingen af *WhatsApp*-oplysninger på nogen måde kan være egnet til at udgøre en hindring for konkurrenter på netværksmarkedet eller på et annoncemarked eller et marked for messenger-tjenester. Bundeskartellamt har heller ikke foretaget nogen konstateringer om, hvorvidt *Facebook.com*-brugernes *Oculus*-oplysninger anvendes med henblik på formål vedrørende netværket *Facebook.com* eller kan være egnet til at udgøre en hindring for konkurrenter på netværksmarkedet eller på det relevante annoncemarked eller på det marked, hvor *Oculus* udbydes. Behandlingen af oplysninger fra »Facebook Business Tools« kan i praksis kun være »muligvis ikke ønsket« af *Facebook.com*-brugerne, hvis disse ikke benytter de »sociale plugins« (»synes godt om«, »del«), ikke benytter »Facebook login« eller »account kit« og ikke har givet samtykke til visning af persontilpasset markedsføring. Bundeskartellamt har imidlertid heller ikke fastslået, om en behandling af oplysninger fra »Facebook Business Tools«, som ikke sker med henblik på persontilpasning af brugen af *Facebook.com*, ikke sker med henblik på velfungerende brug af *Facebook*-produkterne og ikke [org. s. 26] sker med henblik på visning af persontilpasset markedsføring, kan være egnet til at udgøre en hindring for konkurrenter på netværksmarkedet, på et annoncemarked eller på tredjemarkeder, navnlig da brugerne desuden kan adskille disse oplysninger fra deres *Facebook*-konto med OFA.

c) Kun med hensyn til behandlingen af *Facebook.com*-brugernes *Instagram*-oplysninger kan det for alvor antages, at den kan være egnet til at hindre konkurrencen, eftersom brugen af *Facebook.com* persontilpasses med disse oplysninger, idet brugerne her bliver foreslået personer, som de følger på *Instagram*, og der i denne henseende kan ske en forøgelse af netværkseffekterne, og eftersom disse oplysninger, når de sammenstilles med brugernes *Facebook.com*-oplysninger, f.eks. anvendes til markedsføringsformål og med

henblik på produktforbedring på *Facebook.com*. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan behandling af oplysninger på tværs af tjenesterne uden brugernes særskilte samtykke ikke ville kunne forventes, hvis konkurrencen på markedet for sociale netværker fungerede, og navnlig den omfattende vurdering og afvejning af de berørte interesser, hvorved det skal fastslås, om *Facebook Irelands* adfærd både henset til udnyttelsen af brugerne og henset til konkurrencehindringen udgør misbrug (jf. Bundesgerichtshofs kendelse af 23.6.2020 – KVR 69/19, præmis 98 ff. – *Facebook* [E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]), afhænger af besvarelsen af det spørgsmål, der ønskes besvaret med det syvende spørgsmål, om, hvorvidt Bundeskartellamt i hvert fald med henblik på dette formål kan foretage konstateringer om, hvorvidt denne behandling af oplysninger udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og desuden af de spørgsmål, der ønskes besvaret med det tredje til femte spørgsmål, om, hvorvidt denne behandling af oplysninger udgør en tilsidesættelse af forordning nr. 2016/679, og *Facebook Ireland* dermed anvender midler, der er anderledes end dem, der regulerer en normal konkurrence på produkter og tjenesteydelser på grundlag af erhvervsdrivendes tjenesteydelser (jf. Domstolens dom af 6.10.2015 – C-23/14, præmis 29 ff. – *Post Danmark*, og dom af 6.12.2012 – C-457/10, præmis 74 f. – *Astra Zeneca*).

[Udelades]