

Affaire C-252/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

22 avril 2021

Juridiction de renvoi :

Oberlandesgericht Düsseldorf (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

24 mars 2021

Parties requérantes :

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Partie défenderesse :

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

ORDONNANCE

[OMISSIS]

Dans l'affaire administrative en matière d'ententes

1. **Facebook Inc.**, [OMISSIS] États-Unis,

2. **Facebook Ireland Ltd.**, [OMISSIS] Irlande,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [OMISSIS] Hambourg,

Parties requérantes,

[OMISSIS]

c o n t r e

Bundeskartellamt (Autorité fédérale de la concurrence), [OMISSIS] Bonn,

Partie défenderesse,

Atres parties à la procédure :

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

Partie intervenante,

[OMISSIS] [Or. 2]

la première chambre de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf, Allemagne) compétente en matière d'ententes,

lors de l'audience du 24 mars 2021

[OMISSIS]

a o r d o n n é :

I.

Il est sursis à statuer.

II.

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions suivantes concernant l'interprétation du règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données, ci-après également le « RGPD ») ainsi que de l'article 4, paragraphe 3, TUE :

1.

a) est-il compatible avec les articles 51 et suivants du RGPD qu'une autorité de la concurrence nationale d'un État membre, telle que le Bundeskartellamt, qui n'est pas une autorité de contrôle au sens des

articles 51 et suivants du RGPD, dans une situation où une entreprise établie en-dehors de l'Union européenne possède, dans ledit État membre, une succursale qui assiste, dans le domaine de la publicité, de la communication et des relations publiques, l'établissement principal de cette entreprise qui se trouve dans un autre État membre et qui est le responsable à titre exclusif pour le traitement des données à caractère personnel pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne, constate, dans le cadre du contrôle des pratiques abusives au regard du droit de la concurrence, une violation du RGPD par des conditions contractuelles de l'établissement principal concernant le traitement des données, ainsi que par la mise en œuvre de ces conditions, et ordonne la cessation de cette infraction ?

b) Dans l'affirmative, est-il compatible avec l'article 4, paragraphe 3, TUE, que l'autorité de contrôle chef de file, dans l'État membre de l'établissement principal, [Or. 3] soumette, conformément à l'article 56, paragraphe 1, RGPD, les conditions contractuelles de ce dernier concernant le traitement des données à une procédure d'examen ?

En cas de réponse affirmative à la première question :

2.

a) Lorsqu'un utilisateur d'Internet soit consulte simplement des sites Internet ou des applications en rapport avec les critères de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, tels que des applications de flirt, des applications de rencontres pour homosexuels, des sites Internet de partis politiques, des sites Internet ayant trait à la santé, soit y insère des données, par exemple en s'inscrivant ou en effectuant des commandes, et une autre entreprise, telle que *Facebook Ireland*, collecte, à travers des interfaces intégrées telles que les « Outils *Facebook Business* », ou bien à travers des cookies enregistrés dans l'ordinateur ou le terminal mobile de l'utilisateur d'Internet, ou à travers des technologies d'enregistrement similaires, les données concernant la consultation de ces sites Internet et applications par l'utilisateur et les données insérées par ce dernier, les met en relation avec les données du compte *Facebook.com* de l'utilisateur et les utilise, cette collecte et/ou cette mise en relation et/ou cette utilisation constituent-elles un traitement de données sensibles au sens de cette disposition ?

b) Dans l'affirmative, en consultant ces pages Internet et applications et/ou en insérant des données et/ou en activant des boutons de sélection d'un opérateur comme *Facebook Ireland*, intégrés dans ces sites Internet ou applications (« plugins sociaux » tels que « J'aime », « partager » ou « login *Facebook* » ou « Account Kit »), l'utilisateur rend-il manifestement publiques les données concernant la consultation en tant que telle et/ou les données qu'il a insérées, au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous e), RGPD ?

3.

Une entreprise comme *Facebook Ireland*, qui exploite un réseau social financé par la publicité et qui propose, dans ses conditions de service, la personnalisation des contenus et de la publicité, la sécurité du réseau, l'amélioration du produit ainsi que l'utilisation homogène et fluide de tous les produits propres au groupe, peut-elle se prévaloir de la justification tirée du caractère nécessaire à l'exécution du contrat, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b), RGPD, ou de la prise en compte d'intérêts légitimes, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous f), RGPD, lorsqu'elle collecte, met en relation avec le compte *Facebook.com* de l'utilisateur et utilise, à ces fins, des données issues d'autres services propres au groupe et [Or. 4] de sites Internet et d'applications tiers, à travers des interfaces intégrées à ces derniers, telles que les « Outils *Facebook Business* », ou bien à travers des cookies enregistrés dans l'ordinateur ou le terminal mobile de l'utilisateur d'Internet, ou à travers des technologies d'enregistrement similaires ?

4.

En pareil cas

- le fait que l'utilisateur soit mineur, aux fins de la personnalisation des contenus et de la publicité, de l'amélioration du produit, de la sécurité du réseau et de la communication non commerciale avec l'utilisateur,
- la mise à la disposition des annonceurs, des développeurs et autres partenaires de mesures, d'analyses et d'autres services professionnels, afin qu'ils puissent évaluer leurs prestations et les améliorer,
- la mise à disposition d'une communication commerciale avec l'utilisateur, afin que l'entreprise puisse améliorer ses produits et effectuer une promotion commerciale directe,
- la recherche et l'innovation pour des finalités sociales, en vue de promouvoir l'état de la technique et la compréhension scientifique à l'égard de thématiques sociales importantes et en vue d'influencer positivement la société et le monde,
- l'information des autorités compétentes pour l'exercice de poursuites pénales et pour l'exécution de peines, et la réponse à des demandes légales visant à éviter, découvrir et poursuivre des infractions, des violations des conditions de service et des politiques ainsi que d'autres comportements nuisibles,

peuvent-ils également constituer un intérêt légitime au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous b), RGPD, lorsque l'entreprise, à cet effet, collecte, met en relation avec le compte *Facebook.com* de l'utilisateur et utilise des

données issues d'autres services propres au groupe et de sites Internet et d'applications tiers, à travers des interfaces intégrées à ces derniers, telles que les « Outils *Facebook Business* », ou bien à travers des cookies enregistrés dans l'ordinateur ou le terminal mobile de l'utilisateur d'Internet, ou à travers des technologies d'enregistrement similaires ?

5.

En pareil cas, la collecte de données issues d'autres services propres au groupe et de sites Internet et d'applications tiers, à travers des interfaces intégrées à ces derniers, telles que les « Outils *Facebook Business* », ou bien à travers des cookies enregistrés dans l'ordinateur ou le terminal mobile de l'utilisateur d'Internet, la mise en relation avec le compte *Facebook.com* de l'utilisateur et l'utilisation de ces données ou bien l'utilisation de données déjà [Or. 5] autrement et légalement collectées et mises en relation peuvent-elles, le cas échéant, également être justifiées au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), d) et e), RGPD, par exemple en vue de répondre à une demande juridiquement valable de fournir certaines données [sous c)], en vue de lutter contre des comportements nuisibles et de promouvoir la sécurité [sous d)], aux fins de la recherche pour le bien de la société et en vue de promouvoir la protection, l'intégrité et la sécurité [sous e)] ?

6.

Un consentement valable et libre, notamment au sens de l'article 4, point 11, RGPD, peut-il être donné à une entreprise ayant une position dominante sur le marché, telle que *Facebook Ireland*, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous a), et à l'article 9, paragraphe 2, sous a), RGPD ?

En cas de réponse négative à la première question :

7.

a) Une autorité de la concurrence nationale d'un État membre, telle que le Bundeskartellamt, qui n'est pas une autorité de contrôle au sens des articles 51 et suivants du RGPD et qui examine une violation de l'interdiction des pratiques abusives en matière de droit de la concurrence commise par une entreprise ayant une position dominante sur le marché et ne consistant pas en une violation du RGPD par ses conditions de traitement des données et par la mise en œuvre de celles-ci, peut-elle établir, par exemple dans le cadre de la mise en balance des intérêts, si les conditions de traitement des données de l'entreprise en question et leur mise en œuvre sont conformes au RGPD ?

b) Si oui : cela s'applique-t-il, eu égard à l'article 4, paragraphe 3, TUE, également lorsque, en même temps, les conditions de traitement des données de cette même entreprise sont soumises à une procédure d'examen par

l'autorité de contrôle chef de file compétente en vertu de l'article 56, paragraphe 1, RGPD ?

En cas de réponse affirmative à la question 7, il est nécessaire de répondre aux questions 3 à 5 en ce qui concerne les données issues de l'utilisation du service *Instagram* propre à l'entreprise. [Or. 6]

Motifs

I.

La partie requérante n° 2 (ci-après, également, « *Facebook Ireland* ») exploite en Europe le réseau social *Facebook.com*, qui est gratuit pour les utilisateurs privés. La requérante n° 1 est la société mère américaine de celle-ci. La partie requérante n° 3 est une société sœur allemande de *Facebook Ireland* et assiste cette dernière dans le domaine de la publicité, de la communication et des relations publiques (les parties requérantes seront appelées ensemble, ci-après, également « *Facebook* »).

Sur *Facebook.com*, l'utilisateur privé peut mettre en place une page *Facebook* personnelle, à travers laquelle il peut communiquer avec des tiers. Il peut, entre autres, insérer ses propres contributions dans le « Fil d'actualité » sur sa page *Facebook* et, selon son choix, les diffuser parmi ses amis *Facebook* ou bien les rendre publiques au niveau du réseau, de même qu'il peut obtenir, sur son « Fil d'actualité », des communications de ses amis *Facebook* ou d'autres fournisseurs de contenus et entreprises représentées sur *Facebook.com* auxquels il s'est abonné. En outre, il peut faire apparaître sur son « Fil d'actualité » et sur le « Fil d'actualité » de ses amis *Facebook* des contenus de pages Internet et d'applications tierces, en cliquant, dans ces dernières, sur les boutons des « plugins sociaux » (en particulier « J'aime » ou « partager »). Au moyen de son « login *Facebook* » et l'« Account kit », l'utilisateur peut, avec ses seules données d'enregistrement sur *Facebook*, accéder à des pages Internet et applications tierces ou y créer un profil.

À travers les « Outils *Facebook Business* », *Facebook* offre aux entreprises l'intégration des boutons des « plugins sociaux » (en particulier « J'aime » et « partager ») ainsi que du « login *Facebook* » et de l'« Account kit » dans leurs sites Internet et applications au moyen d'interfaces prédéfinies par *Facebook*. Ces interfaces supportent un flux de données à travers les utilisateurs vers *Facebook.com*, lequel ne dépend pas de l'activation des boutons par les utilisateurs de la page Internet ou application.

Facebook.com est financé par la publicité en ligne, qui est faite sur mesure pour les utilisateurs individuels du réseau social et qui vise à montrer à l'utilisateur la publicité qui pourrait l'intéresser en raison de ses attitudes personnelles de consommation, de ses intérêts, de son pouvoir d'achat et de sa situation personnelle. Les annonceurs peuvent, au moyen du « Gestionnaire de publicités », spécifier le groupe qu'ils souhaitent cibler et laisser les utilisateurs publier la

publicité et peuvent, en outre, [Or. 7] transmettre leurs listes de clients à *Facebook* sous une forme cryptée et affiner encore davantage leur publicité en les recoupant avec les données issues du réseau social. À travers d'autres outils d'analyse et de mesure (rapports publicitaires et « *Facebook Analytics* »), que *Facebook* propose également dans le cadre des « Outils *Facebook Business* », les annonceurs peuvent apprécier le succès de leur publicité et analyser leurs propres services en ligne, et obtenir des statistiques agrégées sur leur groupe cible. Cela s'opère également à travers l'intégration d'interfaces [« *Facebook Pixel* » ou « SDK » (software development kit – kit de développement de logiciels)], qui enregistre le comportement des utilisateurs également sur des pages Internet et application tierces, indépendamment de toute action de la part de ces derniers.

Le groupe *Facebook* propose, à travers le réseau social, d'autres services, et notamment *Instagram*, qui est également géré, en Europe, par *Facebook Ireland* – qui est financé par la publicité et qui est gratuit – et qui sert à « partager » des photos et de courtes vidéos, *WhatsApp*, qui est géré, en Europe, par *WhatsApp Ireland Ltd.* – qui n'est pas financé par la publicité et qui est gratuit – et qui sert à envoyer et recevoir une multitude de médias comme des messages écrits, des images, des vidéos, des contacts, des documents, des localisations et des messages audio et des appels téléphoniques, ainsi qu'*Oculus*, qui est géré, en Europe, par une autre filiale, la *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, et qui sert à commercialiser des lunettes et des logiciels de « réalité virtuelle ». Jusqu'au 13 mars 2020, *Facebook* proposait également le service *Masquerade* pour le traitement et le « partage » de photos.

En activant le bouton « s'inscrire », les utilisateurs privés, en Europe, concluent un contrat d'utilisation à travers *Facebook.com* et acceptent ainsi, en même temps, les conditions de service fixées par *Facebook Ireland*. En vertu de ces dernières, *Facebook Ireland* traite des données à caractère personnel en renvoyant, pour plus de précisions sur ces données, notamment aux politiques d'utilisation des données et des cookies fixées par *Facebook Ireland*. En vertu de ces dernières, *Facebook Ireland* collecte des données relatives aux utilisateurs et aux appareils et portant sur les activités des utilisateurs à l'intérieur et à l'extérieur du réseau social, et les impute aux comptes *Facebook.com* des utilisateurs concernés. Quant aux activités des utilisateurs qui ont lieu en-dehors du réseau social, il s'agit, d'une part, de la consultation de pages Internet et d'applications tierces, qui sont reliées à *Facebook.com* à travers des interfaces de programmation (« Outils *Facebook Business* »), et, d'autre part, de l'utilisation des autres services appartenant à *Facebook*, à savoir *Instagram*, *WhatsApp* et *Oculus*, à l'égard de laquelle un traitement de données est opéré « à travers les autres *entreprises et produits Facebook* ». [Or. 8]

Par décision du 6 février 2019, le Bundeskartellamt a interdit aux parties requérantes et aux entreprises liées à elles, au sens de l'article 36, paragraphe 2, GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Loi contre les restrictions à la concurrence), le traitement des données prévu par les conditions de service ainsi que la mise en œuvre desdites conditions de service, conformément à l'article 19

paragraphe 1, et à l'article 32, GWB, et a imposé des mesures visant à la cessation de ces activités. L'interdiction en cause comprend l'utilisation de conditions de service, y compris celles matérialisées dans les politiques d'utilisation des données et des cookies, qui font dépendre l'utilisation du réseau *Facebook.com* par des utilisateurs privés résidant en Allemagne du fait que, sans le consentement des utilisateurs, *Facebook Ireland* puisse collecter des données relatives aux utilisateurs et aux appareils, à partir de l'utilisation d'*Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* et *Masquerade* et de la consultation de pages Internet ou d'applications tierces, à travers les « Outils *Facebook Business* », les mettre en relation avec leurs données issues de *Facebook.com* et les utiliser (point 1 du dispositif de la décision). En outre, le Bundeskartellamt a interdit aux parties requérantes et aux entreprises liées à elles, au sens de l'article 36, paragraphe 2, GWB, de mettre en œuvre ces conditions par les processus de traitement de données que *Facebook Ireland* opère sur le fondement de la politique d'utilisation des données et des cookies (point 2 du dispositif de la décision) et a imposé aux parties requérantes et aux entreprises liées à elles, au sens de l'article 36, paragraphe 2, GWB, d'adapter les conditions de service et leur mise en œuvre et de clarifier expressément à cette occasion que les données relatives aux utilisateurs et aux appareils, à partir de l'utilisation d'*Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* et *Masquerade*, ainsi qu'à travers les « Outils *Facebook Business* », ne seront pas collectées, mises en relation avec le compte *Facebook.com* et utilisées, ou qu'elles ne le seront pas sans le consentement de l'utilisateur (point 3 du dispositif de la décision). Au point 4 du dispositif de sa décision, le Bundeskartellamt a enfin précisé qu'il n'y a pas de consentement de l'utilisateur, lorsque le consentement est requis afin d'obtenir la mise à disposition de *Facebook.com*.

Les parties requérantes ont formé, le 11 février 2019, devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf) un recours contre la décision du Bundeskartellamt, dans le délai et les formes prévus à cet effet.

À l'initiative de la Commission européenne et des associations de protection des consommateurs nationales des États membres, *Facebook Ireland* a introduit, le 31 juillet 2019, de nouvelles – et, pour l'essentiel, d'une teneur identique – conditions de service, indiquant expressément, au point 2, que l'utilisateur, au lieu de payer pour l'utilisation des produits *Facebook*, déclare consentir aux annonces publicitaires. Depuis le 28 janvier 2020, *Facebook* propose, au niveau mondial, l'activité en-dehors de *Facebook*, appelée [Or. 9] Off-Facebook-Activity (ci-après l'« OFA »). Celle-ci permet aux utilisateurs de *Facebook* de recevoir un résumé des informations que *Facebook* obtient en relation avec leurs activités sur d'autres pages Internet et applications, et de dissocier, s'ils le souhaitent, ces données de leur compte *Facebook.com*, pour le passé ou pour le futur.

II.

Les dispositions du droit allemand pertinentes pour la décision dans la procédure de recours sont les suivantes :

Article 19, paragraphe 1, GWB, dans la version en vigueur jusqu'au 18 janvier 2021 :

(1) L'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché par une ou plusieurs entreprises est interdite.

Article 19, paragraphe 1, GWB, dans la version en vigueur depuis le 19 janvier 2021 :

(1) L'abus d'une position dominante sur le marché par une ou plusieurs entreprises est interdite.

Article 32, paragraphe 1, GWB :

(1) L'autorité de la concurrence peut imposer aux entreprises ou associations d'entreprises de mettre fin à une infraction à une disposition de la présente partie ou aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

III.

Le succès du recours de *Facebook Ireland* – qui, à la suite de la cessation du service *Masquerade* et de la déclaration du Bundeskartellamt de ne plus tirer de la décision attaquée de droits à cet égard, n'est donc plus dirigée que contre le reste de la décision en question – dépend de la réponse aux questions formulées dans le dispositif de la présente ordonnance. Avant de statuer sur le fond du recours, il y a donc lieu de suspendre la procédure et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'article 267 TFUE, d'une demande de décision préjudicielle.

1. Le Bundeskartellamt a commencé par motiver sa décision fondée sur l'article 19, paragraphe 1, et l'article 32 GWB par le seul fait que le traitement des données issues des services propres au groupe, proposés par *Facebook.com*, et des « Outils *Facebook Business* », tel qu'il est prévu par les conditions de service et tel qu'il est mis en œuvre, constitue une exploitation abusive de la position dominante sur le marché des réseaux sociaux pour les utilisateurs privés en Allemagne, sous la forme d'un abus de conditions, conformément à la règle générale de l'article 19, paragraphe 1, GWB, [Or. 10] au motif que ledit traitement, en tant qu'émanation de puissance sur le marché, violerait le RGPD en ce qu'il n'aurait pas suffisamment de justifications au sens de l'article 6, paragraphe 1, et de l'article 9, paragraphe 2, RGPD. En outre, l'abus en question entraînerait des entraves pour les concurrents sur le marché des réseaux sociaux et sur des marchés tiers. Il serait inutile de procéder, de surcroît, à une mise en balance d'intérêts au regard du droit de concurrence, laquelle conduirait au même résultat que la mise en balance d'intérêts au regard du droit de la protection des données. Étant donné que le principe de protection dégagé par la jurisprudence allemande quant à la règle générale de l'article 19, paragraphe 1, GWB n'aurait pas trouvé, à ce jour, son équivalent dans la jurisprudence et dans la pratique

applicatives européennes, la décision serait fondée uniquement sur ledit article 19, paragraphe 1, GWB, qui est plus sévère par rapport à l'article 102 TFUE.

Alors que la décision du Bundeskartellamt devra être annulée, pour autant qu'elle vise les parties requérantes nos 1 et 3 ainsi que toutes les entreprises liées aux parties requérantes au sens de l'article 36, paragraphe 2, GWB, au motif que ces dernières n'étaient pas parties à la procédure administrative et n'ont pas pu être entendues, que la décision ne contient aucun élément d'appréciation quant à l'implication des parties requérantes nos 1 et 3, et que l'exercice du pouvoir d'appréciation nécessaire en vertu de l'article 32, paragraphe 1, GWB ne peut être exercé pour la première fois dans la procédure de recours, la chambre de céans part du principe, en ce qui concerne *Facebook Ireland*, que :

a) *Facebook Ireland* occupe une position dominante sur le marché pertinent en l'espèce des réseaux sociaux numériques pour des utilisateurs privés, marché qui peut être circonscrit au niveau national, aux fins du contrôle des abus, selon les constatations non contestées du Bundeskartellamt quant aux effets de réseau principalement déployés en Allemagne, de sorte que la disposition de l'article 19, paragraphe 1, GWB lui est applicable.

b) Une violation du RGPD par les conditions de service de *Facebook Ireland* et leur mise en œuvre peut constituer un abus de conditions aux dépens des utilisateurs privés selon la règle générale de l'article 19, paragraphe 1, GWB, étant donné que l'article 19 GWB – à l'instar de l'article 102 TFUE – protège les consommateurs non seulement de manière indirecte de conditions de concurrence faussées par la puissance sur le marché, mais aussi directement, d'une exploitation par une entreprise ayant une position dominante sur le marché, sans que cela n'ait de répercussions sur la structure de la concurrence [voir arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 106 ; arrêt du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne – ci-après le « BGH ») [Or. 11] du 7 décembre 2010 – KZR 5/10, point 55, publié sur juris – *Entega III*]. Le préjudice pertinent, en ce qui concerne la concurrence, consisterait en une violation de la liberté des utilisateurs, protégée par le RGPD, de disposer de leurs données à caractère personnel. Une observation de marchés comparables et la recherche d'un écart significatif (*Erheblichkeitszuschlag*) par rapport à des conditions comparables, telles qu'on les opère lorsqu'il s'agit de constater une augmentation abusive du prix, conformément à l'article 19, paragraphe 2, GBW, n'ont pas lieu lorsque l'abus reproché consiste en une violation (grave) de la loi (voir BGH, arrêt du 6 novembre 2013 – KZR 58/11, point 66, publié sur juris – *VBL-Gegenwert I*). Dans ce cas, il n'y a pas de place non plus pour la mise en balance d'intérêts qui est, en principe, nécessaire dans le cadre de la règle générale de l'article 19, paragraphe 1, GBW, [voir BGH, arrêt du 7 juin 2016 – KZR 6/15, point 48, publié sur juris – *Pechstein/International Skating Union* (DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)]. Le lien de causalité nécessaire – en vertu de l'article 19, paragraphe 1, GBW comme de l'article 102, premier alinéa, TFUE – entre abus et position dominante sur le marché [voir arrêt du 14 novembre 1996 *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, EU:C:1996:436 ; arrêt du

14 février 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22 ; BGH, ordonnance du 23 juin 2020 – KVR 69/19, point 73, publiée sur juris – *Facebook* (DE :BGH :2020 :230620BKVR69.19.0)] existerait ici, et ce tant au sens d'une causalité du comportement, au sens large, puisque *Facebook Ireland*, si la concurrence fonctionnait normalement, n'imposerait raisonnablement pas de conditions en ce qui concerne un traitement des données illicite au regard du RGPD, qu'au sens d'une causalité du résultat, étant donné que les utilisateurs, lorsque la violation est le fait d'une entreprise détenant un quasi-monopole, telle que *Facebook Ireland* – bien que des entreprises qui n'ont pas une position dominante sur le marché soient également susceptibles d'enfreindre le RGPD –, ne disposent, en pratique, d'aucune alternative (voir, notamment arrêts du 5 octobre 1988, *Alsatel/Novasam*, 247/86, EU:C:1988:469, et du 27 mars 1974, *BRT/SABAM*, 127/73, EU:C:1974:25, dans lesquels la Cour de justice n'a pas remis en question la relation entre l'abus et la puissance sur le marché). *Facebook Ireland* ne saurait se prévaloir du privilège de groupe tiré de l'article 36, paragraphe 2, *GWB*, dès lors que l'abus est caractérisé (voir arrêt du 24 octobre 1996, *Viho/Commission*, C-73/95 P, EU:C:1996:40524.10.1996, point 17 ; ordonnance du BGH, du 6 novembre 2012 – KVR 54/11, points 19 et 22, publiée sur juris – *Gasversorgung Ahrensburg* ; arrêt du 23 juin 2009 – KZR 21/08, point 16, publié sur juris – *Entega I*).

c) La décision est formellement contraire au droit, car le Bundeskartellamt n'a pas pris en compte l'article 102, premier alinéa, TFUE, en violation de l'article 3, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 [Or. 12] du traité (ci-après le « règlement d'exécution »), alors que la position dominante sur le marché de *Facebook Ireland* en Allemagne correspondait à une position dominante sur le marché dans une partie substantielle du marché intérieur au sens de l'article 102, premier alinéa, TFUE (voir arrêt du 23 avril 1991, *Höfner et Elser/Macrotron*, C-41/90, EU:C:1991:161, point 28 ; arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, EU:C:1983:313) et que, du fait du constat que la violation du RGPD entraînait « *des effets d'entrave effectifs et potentiels aux dépens des concurrents* » (point 885 de la décision du Bundeskartellamt), il aurait fallu considérer qu'était remplie également la condition du caractère interétatique de l'article 102, premier alinéa, TFUE (voir arrêt du 23 avril 1991, *Höfner et Elser/Macrotron*, C-41/90, EU:C:1991:161, point 32, et arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, EU:C:1983:313, point 104). [OMISSIS] [poursuite de l'exposé concernant l'erreur de procédure] En raison du [OMISSIS] parallélisme qui doit être admis entre l'article 19, paragraphe 1, *GWB* et l'article 102, premier alinéa, TFUE (voir BGH, arrêt du 8 avril 2014 – KZR 53/12, point 46, publié sur juris – *VBL-Versicherungspflicht* ; arrêt du 6 novembre 2013 – KZR 58/11, point 51, publié sur juris – *VBL-Gegenwert I*), l'erreur de procédure est toutefois sans importance lorsque, en vertu de l'article 19, paragraphe 1, *GWB*, la décision est conforme au droit, et si, en vertu de cette même disposition, elle n'est pas conforme au droit, lorsque ladite erreur n'entraîne pas une illicéité considérable et plus étendue.

d) Ce qui importe est donc uniquement la question de savoir si le Bundeskartellamt peut établir si les conditions de service de *Facebook Ireland* et leur mise en œuvre sont contraires au RGPD, et s'il peut imposer les mesures correctives adoptées contre une telle violation. [Or. 13]

aa) Ainsi, la question préjudicielle 1 a) tend à clarifier s'il est compatible avec les règles de compétence, de coopération et de cohérence établies par les articles 51 et suivants du RGPD, et, notamment par l'article 56 paragraphe 1, RGPD, ainsi qu'avec les dispositions des articles 57 et 58 du RGPD, concernant les pouvoirs, que le Bundeskartellamt constate, dans le cadre du contrôle des pratiques abusives au regard du droit de la concurrence, une violation du RGPD par les conditions de service de *Facebook Ireland* et leur mise en œuvre, et impose des mesures correctives. En effet, le Bundeskartellamt n'est pas une autorité de contrôle au sens de l'article 56, paragraphe 1, RGPD, et l'autorité de contrôle chef de file, au sens de l'article 56, paragraphe 1, RGPD, est l'autorité de contrôle irlandaise, étant donné que *Facebook Ireland* est l'établissement principal de *Facebook* en Europe, qu'elle exploite le réseau social en Europe, qu'elle applique les mêmes conditions de service dans tous les États membres de l'Union et qu'elle est la responsable du traitement des données à caractère personnel sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne au sens de l'article 4, point 7, RGPD.

Pour autant que, à cet égard, il y a lieu de considérer également la possibilité d'une action civile, conformément à l'article 82 RGPD, et, en particulier, la possibilité d'autres sanctions, conformément à l'article 84, paragraphe 1, RGPD, la chambre de céans tient à préciser que les articles 19 et 32 du GBW ne font pas partie des dispositions que l'Allemagne a notifiées à la Commission conformément à l'article 84, paragraphe 2, RGPD (point 201 des motifs du recours).

bb) Au cas où il serait compatible avec les règles de compétence du RGPD que le Bundeskartellamt, dans le cadre du contrôle des pratiques abusives au regard du droit de la concurrence, constate et sanctionne une violation du RGPD par les conditions de service et leur mise en œuvre, la question préjudicielle 1. b) est censée clarifier si cela est conforme au principe de coopération loyale consacré par l'article 4, paragraphe 3, TUE, lorsque l'autorité de contrôle chef de file, au sens de l'article 56, paragraphe 1, RGPD est déjà en train de procéder à un tel contrôle, comme c'est le cas, ici, de l'autorité de contrôle irlandaise, laquelle, selon les déclarations non contestées de *Facebook* (points 188 et 217 des motifs du recours), se penchait déjà, au moment de la décision du Bundeskartellamt et aujourd'hui encore, en coopération avec d'autres autorités de contrôle concernées au sein de l'Union, sur une possible violation du RGPD par le traitement des données opéré par *Facebook Ireland*.

e) Si le Bundeskartellamt, dans le cadre du contrôle des pratiques abusives au regard du droit de la concurrence, peut constater une violation du RGPD par les conditions de service de *Facebook Ireland* et leur mise en œuvre, et imposer des

mesures correctives, il se pose, [Or. 14] en outre, la question de savoir si les conditions de service (matérialisées dans la politique d'utilisation des données et des cookies) concernant le traitement des données issues des autres services propres au groupe et des « Outils *Facebook Business* » (ci-après, également, les « données *Off-Facebook* ») et leur mise en œuvre sont contraires au RGPD et si le Bundeskartellamt peut interdire ces conditions de service et leur mise en œuvre et imposer que ce traitement des données ne peut pas avoir lieu, ou ne peut avoir lieu que moyennant le consentement explicite des utilisateurs consentement dont l'utilisation de *Facebook.com* ne saurait dépendre.

aa) Le Bundeskartellamt suppose, à juste titre, que les données *Off-Facebook* constituent des données à caractère personnel au sens de l'article 4, point 1, RGPD (voir arrêt du 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779 ; arrêt du 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:771, point 51 ; BGH, demande de décision préjudicielle du 5 octobre 2017 – I ZR 7/16, point 23, publié sur juris – *Cookie-Einwilligung I* [DE:BGH:2017:051017BIZR7.16.0]), que l'utilisation des données aux fins de la personnalisation du réseau et de la publicité constitue un « profilage » au sens de l'article 4, point 4, RGPD et que *Facebook Ireland* est la responsable du traitement des données au sens de l'article 4, point 7, RGPD (voir arrêt du 29 juillet 2019, Fashion ID, C-40/17, EU:C:2019:629, point 84).

bb) Le Bundeskartellamt part à juste titre du principe que le fait de cliquer sur le bouton « s'inscrire » – même eu égard au point 2 des nouvelles conditions de service du 31 juillet 2019 – n'implique pas le consentement au traitement des données *Off-Facebook* au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous a), et de l'article 9, paragraphe 2, sous a), RGPD (voir arrêt du 1^{er} octobre 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801) et que le consentement des utilisateurs que *Facebook Ireland* obtient pour l'utilisation des données issues des « Outils *Facebook Business* » aux fins de la diffusion d'une publicité personnalisée, ne concerne que l'utilisation des données à cet effet, et non généralement la collecte et la mise en relation avec le compte *Facebook.com*. Le Bundeskartellamt part également à juste titre du principe que la possibilité de bloquer le placement de cookies sur son terminal ou son navigateur Internet, ou bien d'effacer lesdits cookies, la possibilité de réinitialiser les identifiants publicitaires dans le système d'exploitation du téléphone portable, et la fonction OFA introduite fin janvier 2020 ne remplissent pas les conditions du consentement au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous a), et de l'article 9, paragraphe 2, sous a), RGPD. [Or. 15]

cc) Étant donné que le traitement des données *Off-Facebook* prévu par les conditions de service et la mise en œuvre de ces dernières – également au sein du groupe – est licite dès lors qu'au moins une des justifications de l'article 6, paragraphe 1, sous a) à f), RGPD est présente, et que la Cour de Justice de l'Union européenne a déjà affirmé, en ce qui concerne la précédente disposition, au contenu identique, de l'article 7 de la directive sur les données à caractère personnel 95/46/EG, qu'elle prévoit une liste exhaustive et limitative des cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut être considéré

comme étant licite et que les États membres ne sauraient ni ajouter de nouveaux principes relatifs à la légitimation des traitements de données à caractère personnel à cet article ni prévoir des exigences supplémentaires qui viendraient modifier la portée de l'un des six principes prévus audit article (voir arrêts du 29 juillet 2019, *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629, point 55 ; du 19 octobre 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, point 57, et du 24 novembre 2011, *ASNEF*, C-468/10 et C-469/10, EU:C:2011:777, points 30 et 32), la question qui se pose est celle de savoir si le traitement des données *Off-Facebook* prévu et mis en œuvre par les conditions de service, ne peut être justifié, dans tous les cas, qu'à travers un consentement. En effet, ce n'est que dans ce cas que le Bundeskartellamt pourrait imposer que, pour des motifs tirés du droit de la protection des données, ledit traitement ne soit pas effectué, ou qu'il ne soit effectué qu'en présence d'un consentement.

(1) *Facebook Ireland* fournit, pour l'essentiel, dans le cadre de son réseau social, en vertu du point 1 de ses conditions de service actuelles (annexe Bf 9), intitulé « Les services que nous fournissons » – pour autant que cela est pertinent ici – les prestations contractuelles suivantes : 1. la personnalisation des contenus, 2. des annonces publicitaires personnalisées, 3. la sécurité des utilisateurs et du réseau, 4. l'amélioration du produit et 5. l'utilisation homogène et fluide des produits de l'entreprise *Facebook*.

Facebook Ireland collecte les données relatives aux utilisateurs et aux appareils, énumérées dans sa politique d'utilisation des données (annexe Bf 10), sous le titre « Quels types d'informations recueillons-nous ? », qui sont issues de l'utilisation des services propres au groupe et des « Outils *Facebook Business* », les met en relation avec les données collectées et enregistrées lors de l'utilisation de *Facebook.com* et les utilise conformément aux précisions qu'elle fournit sous le titre « Comment utilisons-nous ces informations » en vue de proposer, personnaliser et améliorer ses produits, de fournir des mesures, des analyses et d'autres services professionnels, de favoriser la sûreté, l'intégrité et la sécurité, de communiquer avec les utilisateurs et de faire de la recherche et innover pour le bien-être social, et, selon les [Or. 16] explications fournies sous le titre « Comment les Entités Facebook collaborent-elles ? » « également [...] sur l'ensemble des Entités Facebook ».

En vertu de sa politique d'utilisation des cookies (annexe Bf 11), *Facebook Ireland* place des cookies lors de l'utilisation des services propres au groupe et la consultation de pages Internet et d'applications tierces qui ont intégré les « Outils *Facebook Business* », ou bien emploie d'autres technologies de sauvegarde, et collecte, sur ces supports, sans aucune autre intervention de l'utilisateur, des données relatives à ce dernier et à l'appareil, et les utilise pour fournir ses services et à des fins de sécurité, de publicité et d'analyse.

Les types de données collectées et utilisées, résultent, dans le détail, de la politique d'utilisation des données sous le titre « Quels types d'informations

recueillons-nous ? » (annexe Bf 10) et du point 2, sous a) à d), de la décision du Bundeskartellamt.

Sous le titre « Sur quel fondement juridique nous appuyons-nous pour traiter les données ? » de sa politique d'utilisation des données (annexe Bf 10), *Facebook Ireland* invoque toutes les justifications de l'article 6, paragraphe 1, RGPD. Sous le titre « En savoir plus sur ces bases légales » (annexe Bf 12), *Facebook Ireland* invoque un *consentement*, au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous a), RGPD, 1. pour traiter les données bénéficiant de protections spéciales, que l'utilisateur a mises dans son profil *Facebook.com*, afin de les partager avec les personnes choisies et personnaliser les contenus, 2. pour utiliser la technologie de reconnaissance faciale et 3. pour utiliser les données que des annonceurs et des partenaires lui communiquent au sujet de l'activité de l'utilisateur en dehors des produits *Facebook*, en vue d'afficher des annonces publicitaires personnalisées 4. pour partager des données à caractère personnel qui identifient personnellement l'utilisateur avec des annonceurs, 5. pour collecter des informations qu'elle est autorisée à recevoir par l'intermédiaire des paramètres de l'appareil activé par l'utilisateur (coordonnées GPS, appareil photo, photos). Pour ces finalités, *Facebook Ireland* demande un consentement autonome des utilisateurs et offre à ces derniers la possibilité de s'opposer (à la reconnaissance faciale).

Dans le document en question (annexe Bf 12), *Facebook Ireland* invoque le motif justificatif du caractère nécessaire à *l'exécution du contrat*, au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous b), RGPD 1. pour offrir, personnaliser et améliorer ses produits, 2. pour favoriser la sûreté, l'intégrité et la sécurité, 3. pour [Or. 17] transmettre les données en dehors de l'EEE, 4. pour communiquer avec l'utilisateur, 5. pour fournir des expériences homogènes et fluides pour l'ensemble des produits *Facebook*.

Facebook Ireland invoque ensuite le motif justificatif des intérêts légitimes, au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous f), RGPD, 1. à l'égard des mineurs, 2. pour fournir des services de mesure et d'analyses et d'autres services commerciaux, 3. pour fournir de la communication marketing, 4. pour faire des recherches et innover pour le bien de tous, 5. pour partager des informations avec les autres, notamment les forces de l'ordre, et répondre aux demandes légales.

Facebook Ireland fait en outre valoir les justifications de la conformité à une obligation légale [(article 6, paragraphe 1, sous c) RGPD], de la protection d'intérêts vitaux [(article 6, paragraphe 1, sous d) RGPD] et des *tâches accomplies* dans l'intérêt public [(article 6, paragraphe 1, sous f) RGPD] (voir, pour plus de détails, annexe Bf 12).

(2) Un consentement serait nécessaire dès lors et pour autant que la collecte, la mise en relation avec le compte *Facebook.com* et l'utilisation des données dites *Off-Facebook* relèvent d'un traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel au sens de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, et

qu'aucune autre forme d'autorisation, autre que le consentement au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a), RGPD, n'est applicable.

(a) La question préjudicielle 2 a) tend à clarifier si, comme l'estime le Bundeskartellamt (points 584 et suivants de sa décision), la collecte de données sur la consultation de pages Internet et d'applications tierces à travers les « Outils Facebook Business », des cookies et d'autres technologies de sauvegarde et/ou leur mise en relation avec le compte *Facebook.com* de l'utilisateur et/ou leur utilisation relèvent du traitement de données sensibles au sens de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, lorsqu'il s'agit de pages Internet ou d'applications en rapport avec les critères du paragraphe 1, comme des applications de flirt, des applications de rencontres pour homosexuels, des sites Internet de partis politiques, des sites Internet ayant trait à la santé (point 587 de la décision du Bundeskartellamt).

À cet égard, il y a lieu de clarifier également s'il suffit qu'il s'agisse de données sur la consultation de la page Internet ou de l'application, en tant que telle, ou bien s'il faut que l'utilisateur y ait inséré certaines données, par exemple en s'inscrivant ou en passant des commandes, et comment il convient d'interpréter les termes « données... qui révèlent »*, s'agissant de la première catégorie de données, et « données », s'agissant de la deuxième catégorie de données visées à l'article 9, paragraphe 1, RGPD. [Or. 18] La formulation concernant la première catégorie de données visée à l'article 9, paragraphe 1, RGPD (« données qui révèlent ») pourrait plaider pour le fait que, ce qui est interdit, ici, c'est le simple traitement des « données source », c'est-à-dire celles relatives à la consultation de la page ou aux insertions faites par l'utilisateur, de sorte qu'il faut se demander dans quels cas cela « révèle » des données sensibles. En revanche, s'agissant de la deuxième catégorie de données de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, seul le traitement de données qui sont, en soi, sensibles, semble être interdit, de sorte qu'il faut se demander si la consultation des pages Internet correspondantes ou l'insertion de données correspondantes par l'utilisateur peuvent, elles-mêmes, constituer des données sensibles, bien que la distinction soit encore relativisée, par exemple, par la définition légale de l'article 4, point 15, RGPD, du moment que les données qui « révèlent » des informations concernant l'état de santé peuvent également constituer des données concernant la santé. Il y a lieu de clarifier, également, si le but de l'utilisation est pertinent aux fins de cette appréciation, et donc, en l'espèce, la personnalisation du réseau social et de la publicité, la sécurité du réseau, l'amélioration des services, la fourniture de services de mesure et d'analyse pour les annonceurs, la recherche pour le bien de tous, le fait de répondre à des demandes légales, la conformité à des obligations légales, la

* Ndt : la version en langue française du RGPD (« Le traitement des données... qui révèle l'origine raciale... ») implique que c'est le traitement qui « révèle », alors que dans la version en langue allemande (« Daten, aus denen die rassische... Herkunft... » – « données qui révèlent l'origine raciale »), ce sont les données qui « révèlent ». Par souci de cohérence, nous nous en tiendrons à la traduction littérale de la version en langue allemande.

protection d'intérêts vitaux des utilisateurs et des tiers, les tâches accomplies dans l'intérêt du public.

(b) Pour autant qu'il s'agisse de données sensibles au sens de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, la question préjudicielle 2 b) tend à clarifier si l'utilisateur les a manifestement rendues publiques en consultant la page Internet ou l'application et/ou en y insérant des données et/ou en activant les boutons intégrés dans les pages Internet et applications en cause, qui sont offerts par *Facebook Ireland*, à savoir les « plugins sociaux » (« J'aime », « partager ») ou le « login *Facebook* » ou l'« Account Kit » [article 9, paragraphe 2, sous e), RGPD], puisqu'il aurait alors perdu la protection spécifique conférée par l'article 9, paragraphe 1, RGPD, sans que son consentement au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous a), RGPD soit nécessaire. Eu égard au domaine d'activité de *Facebook*, aucune autre autorisation découlant de l'article 9, paragraphe 2, RGPD n'est applicable en pratique, ni, en tout cas, faite valoir par *Facebook* notamment dans les conditions de service.

(3) Pour autant que *Facebook Ireland*, lors de l'utilisation d'autres services propres au groupe et lors de la consultation de pages Internet et d'applications qui ont intégré les « Outils *Facebook Business* », collecte des données également à travers des cookies et d'autres technologies de sauvegarde placés dans les terminaux des utilisateurs, il y a lieu d'appliquer également l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des [Or. 19] communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques). Comme l'a affirmé le Bundesgerichtshof, le RGPD est sans préjudice de l'applicabilité de cette disposition, de sorte que l'article 15, paragraphe 3, première phrase du Telemediengesetz (loi relative aux médias électroniques), qui transpose la directive 2002/58/CE reste applicable et doit être interprété de manière conforme à la directive, dans le sens que le consentement de l'utilisateur est nécessaire pour l'application de cookies en vue de la création de profils d'utilisateurs à des fins publicitaires ou d'étude de marché (voir BGH, arrêt du 28 mai 2020 – I ZR 7/16, points 47 et suivants, publié sur juris – *Cookie-Einwilligung II* ; voir également arrêts du 1^{er} octobre 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, points 38 et suivants et du 29 juillet 2019, Fashion ID, C-40/17, EU:C:2019:629, points 88 et suivants). Cependant, la question de savoir si le consentement obtenu pour l'utilisation de données de partenaires afin de montrer de la publicité personnalisée est suffisant à cet effet ne se pose pas davantage en l'espèce, car le Bundeskartellamt a motivé une violation, par *Facebook*, de l'interdiction des pratiques abusives en matière de droit de la visée à l'article 19, paragraphe 1, GWB, uniquement en faisant valoir une violation, par son traitement des données, du RGPD, et non de l'article 15, paragraphe 3, première phrase, du Telemediengesetz.

(4) Si, et pour autant qu'un consentement n'est pas nécessaire en vertu de l'article 9, paragraphe 2, sous a), RGPD – c'est-à-dire lors du traitement des

données issues autres services propres au groupe, pour lequel le Bundeskartellamt n'a pas constaté un traitement de données potentiellement sensibles au sens de l'article 9, paragraphe 1, RGPD, et lors du traitement de données issues des « Outils *Facebook Business* », dès lors qu'il ne s'agit pas de données sensibles ou qu'elles ont été rendues manifestement publiques par l'utilisateur – il y a lieu de se demander si, et dans quelle mesure, *Facebook Ireland* peut se prévaloir d'autres justifications, conformément à l'article 6, paragraphe 1, RGPD, pour le traitement des données *Off-Facebook*. La chambre de céans part du principe que le fait de rendre manifestement publiques des données, au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous e), RGPD, ne rend caduque que l'interdiction du traitement visé au paragraphe 1 de cette disposition, mais non l'exigence d'une justification au sens de l'article 6, paragraphe 1, RGPD (voir considérant 51, cinquième phrase).

(a) La question préjudicielle 3 tend à clarifier si *Facebook Ireland* peut, quand elle propose, comme nous le mentionnions plus haut, 1. la personnalisation de contenus, 2. l'affichage de publicité personnalisée, 3. La sécurité des utilisateurs et du réseau, 4. l'amélioration des produits, et 5. l'utilisation homogène et fluide des produits de l'entreprise *Facebook* en tant que prestations contractuelles, se prévaloir de la justification du caractère nécessaire à l'exécution du contrat, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b), RGPD, ou bien [Or. 20] de la justification tirée de la prise en compte d'intérêts légitimes au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous f), RGPD, lorsqu'elle collecte à cet effet les données *Off-Facebook*, les met en relation avec le compte *Facebook.com* des utilisateurs et les utilise.

De l'avis de la chambre de céans, eu égard à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le critère de la nécessité (voir arrêt du 4 mai 2017, *Rīgas satiksme*, C-13/16, EU:C:2017:336, point 30) et aux considérations exposées par le Comité européen de la protection des données dans ses lignes directrices 2/19 (points 2, 26 et suivants, 48 et suivants, et 57, annexe Bf 42B), beaucoup d'éléments plaident en faveur du fait qu'un traitement des données visant à proposer des publicités personnalisées, sans que des cookies soient nécessaires, à assurer la sécurité des utilisateurs et du réseau et à améliorer le produit pourrait tout au plus relever de l'intérêt légitime de l'entreprise, alors qu'il semble envisageable que le traitement des données visant à la personnalisation des contenus et, le cas échéant, à assurer une utilisation homogène et fluide des produits de l'entreprise *Facebook*, dans le cas de *Facebook Ireland*, doit être considéré comme nécessaire à l'exécution du contrat.

Ainsi, par exemple, le traitement des données de *WhatsApp* aux fins de la sécurité des usagers et du réseau pourrait relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland*, car ladite entreprise, d'après les indications qu'elle fournit dans sa politique d'utilisation des données, sous le titre « Comment les Entités Facebook collaborent-elles ? » (annexe Bf 10), utilise des informations issues des comptes *WhatsApp* qui envoient du spam pour prendre des mesures contre ces comptes sur *Facebook.com*, alors que ce traitement ne devrait être, pour le reste, ni nécessaire à l'exécution du contrat ni justifié par d'autres intérêts légitimes, étant donné que

Facebook Ireland n'utilise pas les données de *WhatsApp* à des fins d'amélioration du produit et de personnalisation sur *Facebook.com* (point 746 de la décision du Bundeskartellamt).

Le traitement des données d'*Instagram*, pour autant qu'il tend à la personnalisation des contenus et à l'utilisation homogène et fluide des produits *Facebook* (afin de montrer à l'utilisateur des personnes ou des contenus qui pourraient l'intéresser également sur *Facebook.com*), pourrait être nécessaire à l'exécution du contrat ou, en tout cas, relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland*. Ce traitement des données pourrait aussi relever de l'intérêt légitime de l'entreprise en vue de montrer des publicités personnalisées, d'assurer la sécurité du réseau et d'améliorer le produit. En particulier, *Facebook Ireland* utilise par exemple, selon ses propres indications, des données d'*Instagram* de comptes qui affichent un comportement douteux ou qui sont manifestement impliqués dans des activités illicites, en vue d'assurer la sécurité des utilisateurs de *Facebook* [Or. 21] (point 465 de la décision du Bundeskartellamt). La même chose pourrait valoir, en principe, pour le traitement des données d'*Oculus*, bien que l'on manque à cet égard d'indications quant aux finalités pour lesquelles *Facebook.com* utilise concrètement lesdites données.

Le traitement des données issues des « Outils *Facebook Business* », et, notamment, les plugins sociaux « J'aime » et « partager », ainsi que du « login *Facebook* » et de l'« Account Kit », pourrait être nécessaire à l'exécution du contrat ou, en tout cas, relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland* pour autant qu'il est effectué en vue de la personnalisation des contenus et de l'utilisation homogène et fluide des produits *Facebook*. Cela devrait supposer l'activation des boutons correspondants par les utilisateurs et se limiter aux processus de traitement des données nécessaires. La collecte des données et leur mise en relation avec le compte *Facebook.com* pourraient relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland*, indépendamment d'une activation des boutons en question, lorsque l'utilisateur a consenti à l'utilisation des données pour l'affichage de publicité personnalisée. La sécurité du réseau et l'amélioration pourraient également relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland* au traitement des données. Ainsi, *Facebook* utilise, selon ses indications, des données issues des « plugins sociaux » pour reconnaître le plus rapidement possible, à partir d'une multitude de consultations de pages Internet, si des bots informatiques essaient d'ouvrir et de gérer des comptes *Facebook* (point 465 des motifs du recours).

(b) La question préjudicielle 4 Tend à clarifier si

– le fait que l'utilisateur soit mineur, aux fins de la personnalisation des contenus et de la publicité, de l'amélioration du produit, de la sécurité du réseau et de la communication non commerciale avec l'utilisateur,

- la mise à la disposition des annonceurs, des développeurs et autres partenaires de mesures, d'analyses et d'autres services professionnels, afin qu'ils puissent évaluer leurs prestations et les améliorer,
- la mise à disposition d'une communication commerciale avec l'utilisateur, afin que l'entreprise puisse améliorer ses produits et effectuer une promotion commerciale directe,
- la recherche et l'innovation pour des finalités sociales, en vue de promouvoir l'état de la technique et la compréhension scientifique à l'égard de thématiques sociales importantes et en vue d'influencer positivement la société et le monde,
- l'information des autorités compétentes pour l'exercice de poursuites pénales et pour l'exécution de peines, et la réponse à des demandes légales visant à éviter, découvrir et poursuivre des infractions, des violations des conditions de service et des politiques ainsi que d'autres comportements nuisibles, [Or. 22]

peuvent aussi constituer des intérêts légitimes, au sens de l'article 6, paragraphe 1, RGPD, à la collecte, la mise en relation avec le compte *Facebook.com* de l'utilisateur et l'utilisation des données *Off-Facebook* pour ces finalités.

Il s'agit de clarifier, notamment, si *Facebook Ireland* peut se prévaloir de la justification de l'application d'intérêts légitimes au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous f), RGPD, à l'égard de mineurs qui n'ont pas atteint l'âge de 16 ans – qui n'a pas été diminué, en Allemagne, au titre de l'article 8, paragraphe 1, troisième phrase, RGPD – nécessaire pour un consentement autonome conformément à l'article 6 paragraphe 1, sous a), RGPD (article 8n paragraphe 1, RGPD), qui, d'après la doctrine allemande – unanime pour autant qu'on sache – ne peuvent pas conclure de manière autonome un contrat d'utilisation au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous b), RGPS avec un réseau social, au motif que ce dernier – en raison du traitement des données – ne comporte pas juridiquement seulement des avantages (article 107 BGB ; voir Klumpp, dans : Staudinger, BGB, refonte 2017, article 107, point 30 ; Spickhoff, dans : MüKoBGB, 8^e édition 2018, article 107, point 82 ; Mansel, dans : Jauernig, BGB, 18^e édition 2021, article 107, point 3), et qui ne disposent pas de l'autorisation parentale nécessaire.

Il n'est pas non plus certain que le traitement des données *Off-Facebook* peut être justifié par l'intérêt à la recherche et l'innovation pour des finalités sociales, en vue de promouvoir l'état de la technique et la compréhension scientifique à l'égard de thématiques sociales importantes et en vue d'influencer positivement la société et le monde.

En revanche, l'utilisation des données issues des « Outils *Facebook Business* » en vue de mettre à la disposition des annonceurs, des développeurs et autres partenaires de mesures, d'analyses et d'autres services professionnels, afin qu'ils puissent évaluer leurs prestations et les améliorer, pourrait relever, en tout état de cause, de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland* (et des partenaires), dès lors que

les utilisateurs ont consenti à l'utilisation des données issues des partenaires en vue d'afficher une publicité personnalisée. Dès lors et pour autant que le traitement des données issues des autres services propres au groupe et/ou des « Outils *Facebook Business* » en vue de l'amélioration du produit est justifié, cela pourrait valoir également pour l'utilisation en vue de fournir une communication commerciale avec l'utilisateur, afin que *Facebook* puisse améliorer ses produits et effectuer une promotion commerciale directe. [Or. 23]

De la même manière, la collecte, la mise en relation avec le compte *Facebook.com* et l'utilisation, ou bien l'utilisation de données Off-*Facebook* déjà autrement et légalement collectées et mises en relation, en vue de fournir des informations aux autorités compétentes pour l'exercice de poursuites pénales et pour l'exécution de peines, et de répondre à des demandes légales visant à éviter, découvrir et poursuivre des infractions, des violations des conditions de service et des politiques ainsi que d'autres comportements nuisibles, pourraient relever de l'intérêt légitime de *Facebook Ireland*.

Dans le cadre de la mise en balance nécessaire, il se pourrait qu'il faille prendre en considération – outre le droit d'opposition prévu par l'article 21 RGPD – le fait qu'en ce qui concerne les « Outils *Facebook Business* », les fournisseurs de pages Internet tierces qui ont intégré ces derniers, ont la possibilité de retarder le flux de données transmises à *Facebook Ireland* jusqu'au moment où ils ont obtenu le consentement des utilisateurs (point 868 de la décision du Bundeskartellamt), et que *Facebook*, depuis le 28 janvier 2020, propose la fonction OFA, qui permet aux utilisateurs de *Facebook.com* de recevoir un résumé des informations que *Facebook* obtient en relation avec leurs activités sur d'autres pages Internet et applications, et de dissocier, s'ils le souhaitent, ces données de leur compte *Facebook.com*, pour le passé ou pour le futur (points 148 et suivant des motifs du recours).

(c) La question préjudicielle 5 vise à clarifier si la collecte, la mise en relation avec le compte *Facebook.com* et l'utilisation, ou bien l'utilisation de données Off-*Facebook* déjà autrement et légalement collectées et mises en relation, peuvent être, le cas échéant, justifiées, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous c), d) et e), RGPD, en vue – comme *Facebook Ireland* le fait valoir dans le document joint en annexe Bf 12 – par exemple de répondre à une demande juridiquement valable de fournir certaines données [sous c)], en vue de lutter contre des comportements nuisibles et de promouvoir la sécurité [sous d)], aux fins de la recherche pour le bien de la société et en vue de promouvoir la protection, l'intégrité et la sécurité [sous e)], étant donné que, même dans ce cas, un consentement de l'utilisateur ne peut pas être exigé sans exceptions et dans tous les cas, aux fins du traitement de ces données, ou si une justification du traitement des données Off-*Facebook* pour ces motifs est généralement exclue.

f) La question de savoir si les conditions du traitement des données et leur mise en œuvre, lorsqu'elles ne sont pas autorisées ou pas justifiées, constituent également un abus d'exclusion, au sens de la règle générale de l'article 19,

paragraphe 1, GWB, aux dépens des [Or. 24] concurrents sur le marché des réseaux sociaux pour les utilisateurs privés ou sur d'autres marchés, ne serait alors pas décisive.

g) Dès lors et pour autant que le traitement des données *Off-Facebook* ne peut être justifié qu'en présence d'un consentement, la question préjudicielle 6 tend à clarifier si les utilisateurs sont même susceptibles de donner un consentement valable au sens de l'article 6, paragraphe 1, sous a), RGPD vis-à-vis d'une entreprise ayant une position dominante, telle que *Facebook Ireland*, comme le Bundeskartellamt l'a ordonné afin de faire cesser l'infraction alléguée, ou bien si la liberté nécessaire à cet effet, conformément à l'article 4, point 11, RGPD, doit toujours être exclue face à une entreprise ayant une position dominante sur le marché, et ce même lorsque l'exécution du contrat ne dépend pas du consentement au traitement des données. Le considérant 43, première phrase, pourrait plaider en ce sens.

2. La réponse aux présentes questions préjudicielles n'est pas superflue au motif que le Bundeskartellamt, dans le cadre de la procédure de recours, a fondé sa décision « à titre subsidiaire » (p. 88 du mémoire en réponse) sur la motivation du Bundesgerichtshof dans le précédent référé (Ordonnance du 23 juin 2020 – KVR 69/19, publiée sur juris – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). Selon cette motivation, d'après le BGH, le traitement des données issues de l'utilisation des autres services propres au groupe et des « Outils *Facebook Business* » reviendrait à imposer à l'utilisateur une extension du service qu'il est « susceptible de ne pas souhaiter », sachant que les conditions de service contestées n'auraient pas été imposées si la concurrence avait fonctionné normalement, et qu'elles seraient de nature à entraver la concurrence, et, à la suite d'une appréciation exhaustive et d'une mise en balance des intérêts en jeu, cette extension du service s'avèrerait être abusive, notamment en l'absence d'une justification au titre du RGPD. En effet, cette motivation ne saurait étayer la décision du Bundeskartellamt pour la simple raison que ce dernier n'a pas effectué, en tout état de cause, les constatations nécessaires quant à la condition de la capacité du traitement en question d'entraver la concurrence. Une telle capacité ne saurait être envisagée sérieusement qu'en ce qui concerne le traitement des données d'*Instagram*, mais la question ne peut pas non plus être tranchée à cet égard sans répondre à la question préjudicielle 7 et, le cas échéant, aux questions préjudicielles 3 à 5.

a) Étant donné que le Bundesgerichtshof semble partir du principe que le Bundeskartellamt peut encore ajouter cette motivation à sa décision, même dans la procédure de recours, [Or. 25] bien qu'ainsi le grief tiré de l'abus s'appuie sur un autre motif que la violation du RGPD et que le consentement des utilisateurs imposé dans le dispositif ne serait pas, de ce fait, un consentement au sens du RGPD mais un autre consentement, qui devrait être, le cas échéant, donnée en complément de celui à donner en vertu du RGPD, la chambre de céans examine la décision du Bundeskartellamt également à l'aune de cette motivation.

b) Le Bundeskartellamt a, en tout état de cause, largement omis d'effectuer les constatations nécessaires quant à la condition que le traitement des données *Off-Facebook* soit de nature à entraver la concurrence. Il serait nécessaire de prouver un effet potentiellement anticoncurrentiel – sur le marché des réseaux, pour ce qui est du réseau, par exemple à travers une hausse des effets de réseau, ou bien à travers l'amélioration du produit ou, pour ce qui est de la publicité, à travers la possession de données détaillées, ou encore sur le marché de la publicité ou sur un marché tiers (quelle que soit leur délimitation en l'espèce) –, alors que la pratique d'une entreprise en position dominante ne saurait être qualifiée d'abusives en l'absence du moindre effet anticoncurrentiel sur le marché (voir arrêts du 6 décembre 2012, *AstraZeneca/Commission*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 112, et du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 64).

Étant donné que *Facebook Ireland* n'utilise pas les données de *WhatsApp* des utilisateurs de *Facebook.com* à des fins de personnalisation et d'amélioration du produit sur *Facebook.com* – et n'a pas l'intention de le faire en Europe, d'après ses propres affirmations –, il n'est pas évident, et le Bundeskartellamt ne le constate pas non plus, que le traitement des données de *WhatsApp* serait de nature, d'une façon ou d'une autre, à entraver la concurrence sur le marché des réseaux ou sur un marché de la publicité ou sur un marché de services de messagerie. Le Bundeskartellamt n'a pas non plus constaté dans quelle mesure les données d'*Oculus* des utilisateurs de *Facebook.com* sont utilisées aux fins du réseau *Facebook.com* et seraient de nature à entraver la concurrence sur le marché des réseaux ou sur le marché pertinent de la publicité ou sur le marché sur lequel *Oculus* est proposé. Les utilisateurs de *Facebook.com* « sont susceptibles de ne pas souhaiter » le traitement des données issues des « Outils *Facebook Business* » uniquement du moment qu'ils n'activent pas les « plugins sociaux » (« J'aime », « partager »), n'utilisent pas le « login *Facebook* » ou l'« Account Kit » et n'ont pas consenti à l'affichage de publicité personnalisée. Cependant, le Bundeskartellamt n'a pas non plus constaté dans quelle mesure un traitement des données issues des « Outils *Facebook Business* » qui n'est pas effectué à des fins de personnalisation de l'utilisation de *Facebook.com*, pour rendre fluide l'utilisation des produits de *Facebook* ni **[Or. 26]** pour afficher des publicités personnalisées, peut être de nature à entraver la concurrence sur le marché des réseaux, sur un marché publicitaire ou sur des marchés tiers, notamment eu égard au fait que les utilisateurs peuvent, par ailleurs, avec l'OFA, dissocier ces données de leurs compte *Facebook*.

c) Seul en ce qui concerne le traitement des données d'*Instagram* des utilisateurs de *Facebook.com* il peut être sérieusement envisagé une capacité d'entraver la concurrence, car grâce à ces données l'utilisation de *Facebook.com* est personnalisée en proposant aux utilisateurs des personnes qu'elles suivent sur *Instagram*, ce qui peut donner lieu à une augmentation des effets de réseau, et car ces données, mises en relation avec les données de *Facebook.com* des utilisateurs sont utilisées, par exemple, à des fins publicitaires ou d'amélioration du produit. S'agissant de la question de savoir si, en présence d'une concurrence fonctionnant

normalement sur le marché des réseaux sociaux, un tel traitement des données allant au-delà des services et s'opérant sans le consentement spécifique des utilisateurs, n'aurait pas été imposé, et, plus particulièrement, aux fins de l'appréciation exhaustive et la mise en balance des intérêts en jeu en vue d'établir si le comportement de *Facebook Ireland* est abusif tant du point de vue de l'exploitation des utilisateurs que du point de vue de l'entrave à la concurrence [voir BGH, ordonnance du 23 juin 2020 – KVR 69/19, points 98 et suivants, publiée sur juris – *Facebook* (DE :BGH :2020 :230620BKVR69.19.0)], il y a lieu de clarifier, comme énoncé dans la question préjudicielle 7, si le Bundeskartellamt peut, en tout état de cause, effectuer des constatations à cet effet, concernant une violation du RGPD par le traitement des données en question, et, comme énoncé dans les questions préjudicielles 3 à 5, si ce traitement est contraire au RGPD et si, par conséquent, *Facebook Ireland* a recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques (voir arrêts du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, points 29 et suivants et du 6 décembre 2012, *AstraZeneca/Commission*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, points 74 et suivant).

[OMISSIS]