

**Sprawa C-252/21**

**Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

**Data wpływu:**

22 kwietnia 2021 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

24 marca 2021 r.

**Strona skarżąca:**

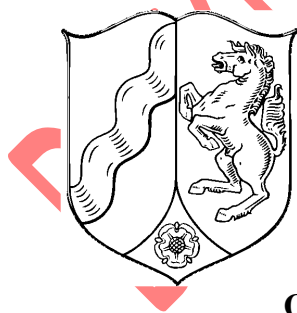
Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Germany GmbH

**Druga strona postępowania:**

Bundeskartellamt (federalny urząd antykartelowy)



**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**POSTANOWIENIE**

[...]

W antykartelowej sprawie administracyjnej

1. **Facebook Inc.**, [...] USA,

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

**Skarżące,**

[...]

**przeciwko**

Bundeskartellamt (federalny urząd antykartelowy) [...], Bonn,

**Druga strona postępowania,**

przy udziale:

**Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.** (federalny związek centrali oraz stowarzyszeń konsumenckich [...]) Berlin,

**Interwenient,**

[...][Or. 2]

1. Oberlandesgericht (wyższy sąd krajowy), izba ds. antykartelowych, Düsseldorf w ramach rozprawy, która odbyła się w dniu 24 marca 2021 r.

[...]

**p o s t a n o w i ł:**

I.

Postępowanie zostaje zawieszono.

II.

Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej zostają przedłożone, w celu dokonania wykładni rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46 WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych, zwane dalej: „RODO”) oraz art. 4 ust. 3 TUE, następujące pytania prejudycjalne:

1.

a) Czy zgodna z art. 51 i nast. RODO jest sytuacja, w której krajowy organ antykartelowy państwa członkowskiego, taki jak (federalny urząd antykartelowy), który nie jest organem nadzorczym w rozumieniu art. 51

i nast. RODO i w którego państwie członkowskim przedsiębiorstwo z siedzibą poza Unią Europejską utrzymuje jednostkę organizacyjną, wspierającą główną jednostkę organizacyjną tego przedsiębiorstwa, która znajduje się w innym państwie członkowskim i ponosi wyłączną odpowiedzialność za przetwarzanie danych osobowych na całym terytorium Unii Europejskiej, w dziedzinie reklamy, komunikacji i public relations, stwierdza w ramach kontroli nadużywania prawa antymonopolowego naruszenie RODO w odniesieniu do warunków umownych głównej jednostki organizacyjnej, dotyczących przetwarzania danych i stosowania tych warunków, oraz wydaje decyzję nakazującą zaniechania tego naruszenia?

b) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej: Czy zgodna z art. 4 ust. 3 TUE jest sytuacja, w której jednocześnie wiodący organ nadzorczy w państwie członkowskim głównej jednostki organizacyjnej [Or. 3] w rozumieniu art. 56 ust. 1 RODO poddaje jej warunki umowne dotyczące przetwarzania danych postępowaniu wyjaśniającemu?

W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie 1:

2.

a) Czy w sytuacji, gdy internauta korzysta ze stron internetowych lub aplikacji, które wiążą się z kryteriami z art. 9 ust. 1 RODO, takich jak aplikacje do flirtowania, portale randkowe dla gejów, strony internetowe partii politycznych, strony internetowe związane ze zdrowiem, w ten sposób, że albo tylko je wywołuje, albo również dokonuje tam wpisów, na przykład podczas rejestracji lub składania zamówienia, a inne przedsiębiorstwo, takie jak *Facebook Ireland*, za pośrednictwem interfejsów zintegrowanych ze stronami internetowymi i aplikacjami, takich jak „Facebook Business Tools”, lub za pośrednictwem plików cookie lub podobnych technologii przechowywania danych stosowanych na komputerze lub mobilnym urządzeniu końcowym internauty, gromadzi dane o wywołaniach stron internetowych i aplikacji przez użytkownika oraz o wpisach dokonanych tam przez użytkownika, łączy je z danymi konta *Facebooka.com* użytkownika i wykorzystuje, to gromadzenie i/lub łączenie i/lub wykorzystywanie stanowi przetwarzaniem danych wrażliwych w rozumieniu tego przepisu?

b) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej: Czy wywołanie tych stron internetowych i aplikacji i/lub dokonywanie wpisów i/lub obsługa przycisków („wtyczek społecznościowych”, takich jak „Lubię to”, „Udostępnij”, „Facebook Login” lub „Account Kit”) zintegrowanych na tych stronach internetowych lub aplikacjach przez dostawcę takiego, jak *Facebook Ireland*, stanowi upublicznienie w sposób oczywisty danych dotyczących wywołania jako takiego i/lub wpisów dokonanych przez użytkownika w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) RODO?

3.

Czy przedsiębiorstwo takie jak *Facebook Ireland*, które prowadzi finansowany z reklam cyfrowy portal społecznościowy i oferuje w swoich warunkach użytkownika personalizację treści i reklam, bezpieczeństwo sieci, ulepszanie produktów oraz ciągłe i niezakłócone korzystanie ze wszystkich produktów własnych grupy, może powołać się na uzasadnienie w postaci konieczności wykonania umowy zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b) RODO lub realizacji uzasadnionych interesów zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. f) RODO, jeżeli w tym celu gromadzi dane z innych serwisów należących do koncernu oraz ze stron internetowych i [Or. 4] aplikacji osób trzecich za pośrednictwem zintegrowanych z nimi interfejsów, takich jak „*Facebook Business Tools*”, lub za pośrednictwem plików cookie lub podobnych technologii przechowywania danych stosowanych na komputerze lub mobilnym urządzeniu końcowym internauty, łączy je z kontem użytkownika w serwisie *Facebook.com* i wykorzystuje?

4.

Czy w takim przypadku również

- niepełnoletniość użytkowników w celu personalizacji treści i reklam, ulepszania produktów, bezpieczeństwa sieci i komunikacji o charakterze niehandlowym z użytkownikiem,
- świadczenie usług pomiarowych, analitycznych i innych usług biznesowych reklamodawcom, deweloperom i innym partnerom, aby umożliwić im ocenę i poprawę swoich usług,
- przekazywania komunikacji marketingowej z użytkownikiem, aby przedsiębiorstwo mogło ulepszać swoje produkty i prowadzić marketing bezpośredni,
- badania i innowacje na rzecz celów społecznych, aby wspierać rozwój stanu wiedzy lub zrozumienia naukowego w odniesieniu do ważnych kwestii społecznych oraz wywierać pozytywny wpływ na społeczeństwo i świat,
- informowanie organów ścigania i organów wykonawczych oraz reagowanie na wnioski prawne w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw, niedozwolonego użytkownika, naruszeń warunków użytkownika i zasad oraz innych szkodliwych zachowań,

mogą stanowić uzasadnione interesy w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. f) RODO, jeżeli przedsiębiorstwo w tym celu gromadzi dane z innych serwisów należących do holdingu oraz ze stron internetowych i aplikacji osób trzecich za pośrednictwem zintegrowanych z nimi interfejsów, takich jak „*Facebook Business Tools*”, lub za pośrednictwem plików cookie lub podobnych

technologii przechowywania danych stosowanych na komputerze lub mobilnym urządzeniu końcowym internauty, łączy je z kontem użytkownika w serwisie *Facebook.com* i wykorzystuje?

5.

Czy w takim przypadku gromadzenie danych z innych serwisów należących do grupy oraz ze stron internetowych i aplikacji osób trzecich za pośrednictwem zintegrowanych z nimi interfejsów, takich jak „*Facebook Business Tools*”, lub za pośrednictwem plików cookie lub podobnych technologii przechowywania danych stosowanych na komputerze lub mobilnym urządzeniu końcowym internauty, połączenie z kontem użytkownika w serwisie *Facebook.com* i wykorzystanie lub wykorzystanie [Or. 5] już w inny sposób legalnie zgromadzonych i powiązanych danych w poszczególnych przypadkach może być również uzasadnione na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c), d) i e) RODO, na przykład w celu odpowiedzi na zgodny z prawem wniosek o określone dane [lit. c)], w celu zwalczania szkodliwych zachowań i wspierania bezpieczeństwa (lit. d)), w celu prowadzenia badań na rzecz społeczeństwa oraz wspierania ochrony, integralności i bezpieczeństwa [lit. e)]?

6.

Czy można wyrazić wobec przedsiębiorstwa, zajmującego pozycję dominującą na rynku, jakim jest *Facebook Ireland*, skuteczną, w szczególności zgodnie z art. 4 pkt 11 RODO dobrowolną zgodę w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. a), 9 ust. 2 lit. a) RODO?

Jeżeli na pytanie 1 należy udzielić odpowiedzi przeczącej:

7.

a) Czy krajowy organ antykartelowy państwa członkowskiego, taki jak Bundeskartellamt, który nie jest organem nadzoru w rozumieniu art. 51 i nast. RODO i który bada naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej w prawie antymonopolowym przez przedsiębiorstwo dominujące, które nie polega na naruszeniu RODO przez warunki przetwarzania danych i ich stosowanie, może dokonać ustaleń, na przykład w ramach wyważenia interesów, czy warunki przetwarzania danych tego przedsiębiorstwa i ich stosowanie są zgodne z RODO?

b) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej: Czy w odniesieniu do art. 4 ust. 3 TUE ma to zastosowanie również wtedy, gdy jednocześnie właściwy wiodący organ nadzorczy na podstawie art. 56 ust. 1 RODO poddaje warunki przetwarzania danych tego przedsiębiorstwa postępowaniu wyjaśniającemu?

Jeżeli na pytanie 7 należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytania 3–5 w odniesieniu do danych dotyczących korzystania z należącego do grupy serwisu *Instagram* [Or. 6]

## Uzasadnienie

### I.

Skarżąca z pkt 2 (Zwana dalej też *Facebook Ireland*) prowadzi w Europie bezpłatny dla użytkowników prywatnych cyfrowy portal społecznościowy *Facebook.com*. Skarżąca z pkt 1 jest jej amerykańską spółką dominującą. Skarżąca z pkt 3 jest niemiecką spółką siostrzaną spółki *Facebook Ireland* i wspiera tę spółkę w zakresie reklamy, komunikacji i public relations (Skarżące zwane dalej łącznie również „*Facebook*”).

Prywatny użytkownik może na *Facebook.com* założyć osobistą stronę *Facebook*, za pośrednictwem której może komunikować się z osobami trzecimi. Może on między innymi publikować własne posty w „*Newsfeed*” [aktualnych informacjach] na swojej stronie *Facebook* i – według własnego uznania – rozpowszechniać je wśród swoich znajomych na *Facebooku* lub publicznie w sieci, a także otrzymywać powiadomienia w „*Newsfeed*” od swoich znajomych na *Facebooku* lub innych dostawców treści i przedsiębiorstw obecnych na *Facebook.com*, które subskrybował. Ponadto może on wyświetlać treści ze stron internetowych i aplikacji osób trzecich w swoim „*Newsfeed*” oraz w „*Newsfeed*” swoich znajomych z *Facebooka*, klikając tam przyciski „wtyczek społecznościowych” (w szczególności „Lubię to” lub „Udostępnij”). Za pomocą „*Facebook Login*” i „*Account Kit*” użytkownicy mogą logować się na stronach internetowych i w aplikacjach osób trzecich lub zakładać tam profile, używając wyłącznie swoich danych rejestracyjnych z *Facebooka*.

*Facebook* oferuje przedsiębiorstwom integrację przycisków „wtyczek społecznościowych” (w szczególności „Lubię to” i „Udostępnij”), jak również „*Facebook Login*” i „*Account Kit*” na ich stronach internetowych i w aplikacjach za pośrednictwem interfejsów zdefiniowanych przez *Facebook* pod nazwą „*Facebook Business Tools*”. Interfejsy te obsługują przepływ danych o użytkownikach do serwisu *Facebook.com*, który nie jest uzależniony od faktycznej aktywacji przycisków przez użytkowników strony internetowej lub aplikacji.

*Facebook.com* jest finansowany z reklam online, które są dostosowane do indywidualnego użytkownika sieci społecznościowej i mają na celu pokazanie użytkownikowi tych reklam, które mogą go zainteresować z uwagi na jego osobiste zachowania konsumenckie, zainteresowania, siłę nabywczą i sytuację życiową. Reklamodawcy mogą określić pożądaną grupę docelową za pomocą „menedżera reklam” i zlecić wyświetlanie reklam użytkownikom, a ponadto przysyłać swoje [Or. 7] listy klientów do *Facebooka* w zaszyfrowanej formie i dalej udoskonalać swoje reklamy, dopasowując je do danych z sieci



społecznościowej. Za pomocą dalszych narzędzi do analizy i pomiaru (raporty reklamowe i „Facebook Analytics”), które Facebook oferuje również pod nazwą „Facebook Business Tools”, reklamodawcy mogą mierzyć sukces swoich reklam i analizować własne serwisy online, a także uzyskiwać zbiorcze dane statystyczne dotyczące ich grupy docelowej. Odbywa się to również poprzez integrację interfejsów („Facebook Pixel” lub „SDK [software development kit]”), które również rejestrują zachowanie użytkownika na stronach internetowych i aplikacjach osób trzecich niezależnie od odpowiedniego działania użytkownika.

Poza siecią społecznościową grupa Facebook oferuje również inne serwisy, w tym – finansowany z reklam, darmowy w Europie, obsługiwany również przez Facebook Ireland – Instagram, służący do „dzielenia się” zdjęciami i krótkimi klipami wideo, obsługiwany w Europie przez WhatsApp Ireland Ltd. – niefinansowany z reklam i bezpłatny – WhatsApp do wysyłania i odbierania różnych mediów, takich jak wiadomości tekstowe, zdjęcia, filmy, kontakty, dokumenty, lokalizacje oraz wiadomości głosowe i połączenia, a także obsługiwany w Europie przez inną spółkę zależną Facebook Technologies Ireland Ltd. – Oculus, za pośrednictwem którego sprzedawane są okulary „virtual reality” i oprogramowanie. Do dnia 13 marca 2020 r. Facebook oferował także usługę Masquerade do edycji i „udostępniania” zdjęć.

Użytkownicy prywatni w Europie, klikając na przycisk „Zarejestruj się”, zawierają umowę użytkownika serwisu Facebook.com i jednocześnie zgadzają się z warunkami użytkownika udostępnionymi przez Facebook Ireland. Zgodnie z nimi Facebook Ireland przetwarza dane osobowe, w odniesieniu do których wyjaśnienia odsyła się w szczególności do zasad dotyczących danych i plików cookie udostępnionych przez Facebook Ireland. Zgodnie z nimi Facebook Ireland gromadzi dane o użytkownikach i urządzeniach, dotyczące ich działań w ramach portalu społecznościowego i poza nim, i łączy je z kontami tych użytkowników w portalu Facebook.com. Działania użytkowników odbywające się poza portalem społecznościowym to z jednej strony wizyty na stronach internetowych i w aplikacjach osób trzecich połączonych z Facebook.com za pomocą interfejsów programowania aplikacji („Facebook Business Tools”), a z drugiej strony korzystanie z innych serwisów należących do Facebooka, tj. Instagram, WhatsApp i Oculus, w związku z którymi przetwarzanie danych odbywa się „w ramach innych przedsiębiorstw i produktów Facebooka”. [Or. 8]

Decyzją z dnia 6 lutego 2019 r. Bundeskartellamt (zakazał skarżącym i ich przedsiębiorstwom powiązanim zgodnie z § 36 ust. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o zwalczaniu ograniczeń w konkurencji, zwanej dalej „GWB”) przetwarzania danych, przewidzianego w warunkach użytkownika, jak również ich stosowania zgodnie z §§ 19 ust. 1, 32 GWB i nałożył środki zaradcze. Zakaz ten obejmuje stosowanie warunków użytkownika, w tym ich konkretyzację w zasadach dotyczących danych i plików cookie, zgodnie z którymi korzystanie z portalu Facebook.com przez użytkowników prywatnych zamieszkałych w Niemczech jest uzależnione od tego, by Facebook Ireland mógł bez ich zgody gromadzić dane dotyczące

użytkowników i urzędów w związku z korzystaniem z serwisów *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* i *Masquerade* oraz z wizyt na stronach internetowych lub w aplikacjach osób trzecich za pośrednictwem „*Facebook Business Tools*”, łączyć je z ich danymi na portalu *Facebook.com* i wykorzystywać (pkt 1 sentencji decyzji). Ponadto Bundeskartellamt zakazał skarżącym i przedsiębiorstwom z nimi powiązonym zgodnie z § 36 ust. 2 GWB stosowania tych warunków do rzeczywistych operacji przetwarzania danych przeprowadzanych przez *Facebook Ireland* na podstawie zasad dotyczących danych i plików cookie (pkt 2 sentencji decyzji), oraz zobowiązał skarżące i przedsiębiorstwa z nimi powiązane, na podstawie § 36 ust. 2 GWB, do dostosowania warunków użytkowania i ich stosowania wyraźnie przy tym wyjaśniając, że dane dotyczące użytkowników i urzędów, pochodzące z korzystania z serwisów *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* i *Masquerade*, jak również z „*Facebook Business Tools*” nie będą gromadzone, łączone z kontem *Facebook.com* i wykorzystywane bez zgody użytkowników lub w ogóle (pkt 3 sentencji decyzji). Wreszcie, w pkt 4 sentencji swojej decyzji urząd wyjaśnił, że nie zachodzi przypadek wyrażenia zgody przez użytkownika, jeżeli udostępnienie portalu *Facebook.com* jest uzależnione od udzielenia zgody.

W dniu 11 lutego 2019 r. skarżące spółki złożyły we właściwym terminie i formie skargę na decyzję Bundeskartellamt do Oberlandesgericht (wyższego sądu krajowego) w Düsseldorfie.

*Facebook Ireland* – z inicjatywy Komisji Europejskiej i krajowych stowarzyszeń ochrony konsumentów państw członkowskich – z dniem 31 lipca 2019 r. wprowadził nowe – zasadniczo identyczne warunki użytkowania, które w pkt 2 jednoznacznie stwierdzają, że zamiast płacić za korzystanie z produktów *Facebooka*, użytkownik zgadza się na wyświetlanie reklam. *Facebook* od dnia 28 stycznia 2020 r. oferuje na całym świecie tak zwaną [Or. 9] Off-Facebook-Activity (zwaną dalej „OFA”). Pozwala to użytkownikom *Facebooka* na przeglądanie podsumowania informacji, które *Facebook* otrzymuje na temat ich działań na innych stronach internetowych i w aplikacjach, a także na oddzielenie tych danych w przeszłości i na przyszłość od ich konta w serwisie *Facebook.com*, jeśli sobie tego życzą.

## II.

Dla oceny postępowania w przedmiocie skargi istotne są następujące przepisy prawa niemieckiego:

Paragraf 19 ust. 1 GWB w brzmieniu obowiązującym do dnia 18 stycznia 2021 r.:

1. Zakazane jest stanowiące nadużycie wykorzystywanie przez jedno lub kilka przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku.

Paragraf 19 ust. 1 GWB w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 stycznia 2021 r.:

1. Zakazane jest nadużywanie przez jedno lub kilka przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku.



Paragraf 32 ust. 1 GWB:

1. Organ antykarcelowy może zobowiązać przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw do zaprzestania naruszania przepisów niniejszej części lub art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

### III.

Powodzenie skargi *Facebook Ireland*, która po zaprzestaniu świadczenia usługi *Masquerade* i stwierdzeniu przez Bundeskartellamt, że nie wywodzi on już w tym zakresie żadnych praw z zaskarżonej decyzji, skierowana jest wyłącznie przeciwko decyzji w pozostałym zakresie, zależy od odpowiedzi na pytania prejudycjalne postawione w sentencji postanowienia. Przed wydaniem orzeczenia co do istoty w przedmiocie środka odwoławczego należy zatem zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE.

1. Bundeskartellamt uzasadnił swoją decyzję opartą na §§ 19 i 32 GWB wstępnie jedynie tym, że przetwarzanie danych pochodzących z własnych serwisów grupy oferowanych oddzielnie przez *Facebook.com* i z „*Facebook Business Tools*”, jak zostało to określone i zastosowane w warunkach użytkowania, stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku portali społecznościowych dla użytkowników prywatnych w Niemczech w formie nadużycia warunków na podstawie klauzuli generalnej z § 19 ust. 1 GWB, [Or. 10] ponieważ to przetwarzanie danych jako wyraz siły rynkowej narusza RODO, gdyż nie ma wystarczających podstaw do uzasadnienia zgodnie z art. 6 ust. 1, art. 9 ust. 2 RODO. Ponadto zdaniem urzędu nadużycie powoduje ograniczenia niekorzystne dla konkurentów na rynku portali społecznościowych i na rynkach trzecich. Dodatkowe wyważenie interesów na mocy prawa antymonopolowego jest zbędne, prowadzi jednak do takiego samego wyniku, jak wyważenie interesów na mocy prawa o ochronie danych. Według Bundeskartellamt ponieważ wypracowana przez niemieckie orzecznictwo koncepcja ochronna dotycząca klauzuli generalnej § 19 ust. 1 GWB nie znalazła jeszcze odpowiednika w orzecznictwie europejskim i praktyce stosowania prawa, decyzja opiera się wyłącznie na § 19 ust. 1 GWB, który jest bardziej restrykcyjny w tym względzie niż art. 102 TFUE.

Wprawdzie decyzja Bundeskartellamt będzie musiała zostać uchylona w zakresie, w jakim skierowana jest przeciwko skarżącym z pkt 1 i 3 oraz wszystkim przedsiębiorstwom powiązanim ze skarżącymi zgodnie z § 36 ust. 2 GWB, ponieważ ci ostatni nie byli stronami postępowania administracyjnego i nie mogli skorzystać z prawa do bycia wysłuchanymi, a także ponieważ decyzja nie zawiera żadnych uznaniowych rozważań, dlatego dotyczy ona też skarżących z pkt 1 i 3, a skorzystanie ze swobody uznania wymaganej na podstawie § 32 ust. 1 GWB nie może być dokonane po raz pierwszy w postępowaniu w przedmiocie skargi, sąd odsyłający przyjmuje w odniesieniu do *Facebook Ireland*, co następuje:

a) *Facebook Ireland* zajmuje dominującą pozycję na właściwym rynku produktów oferujących cyfrowe portale społecznościowe przeznaczone dla użytkowników prywatnych, który dla celów kontroli nadużyć można wyodrębnić na poziomie krajowym ze względu na efekty sieciowe, które zgodnie z niepodważalnymi ustaleniami Bundeskartellamt wywierają skutki głównie na terenie Niemiec, i tym samym jest adresatem normy § 19 ust. 1 GWB.

b) Naruszenie przez warunki użytkowania *Facebook Ireland* i ich stosowanie przepisów RODO może stanowić nadużycie warunków na szkodę użytkowników prywatnych na podstawie klauzuli generalnej § 19 ust. 1 GWB, ponieważ § 19 GWB – jak również art. 102 TFUE – chroni konsumentów nie tylko pośrednio przed zakłóceniem warunków konkurencji spowodowanych kontrolą rynku, lecz również bezpośrednio przed wyzyskiem ze strony przedsiębiorstwa dominującego, niezależnie od skutków na strukturę skutecznej konkurencji (por. wyrok Trybunału z dnia 15.3.2007 R. – C-95/04, pkt 106, w juris – *British Airways* [ECLI:EU:C:2007:166]; Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości, zwany dalej też „BGH”), [Or. 11] wyrok z dnia 07.12.2010 R. – KZR 5/10, pkt 55, w juris – *Entega II*). Szkoda mająca znaczenie w dziedzinie konkurencji polegałaby na naruszeniu swobody dysponowania przez użytkowników swoimi danymi osobowymi, która stanowi przedmiot ochrony na gruncie RODO. Porównawcza analiza rynku i uwzględnienie dodatkowo istotności naruszeń w odniesieniu do ustalonych warunków porównawczych, tak jak dokonywane jest to w celu ustalenia ceny nadmiernie wygórowanej w rozumieniu § 19 ust. 2 pkt 2 GWB, nie mają miejsca, jeżeli zarzut nadużycia polega na (istotnym) naruszeniu prawa (por. BGH, wyrok z dnia 06.11.2013 R. – KZR 58/11, pkt 66, w juris – *VBL-Gegenwert I*). W takim przypadku nie ma również miejsca na wyważenie interesów, które jest również zasadniczo wymagane w ramach klauzuli generalnej § 19 ust. 1 GWB (por. BGH, wyrok z dnia 07.6.2016 R. – KZR 6/15, pkt 48, w juris – *Pechstein/International Skating Union* [ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0]). Związek przyczynowy – wymagany zgodnie z art. 19 ust. 1 GWB i art. 102 ust. 1 TFUE – między nadużyciem a pozycją rynkową (por. wyrok Trybunału z dnia 14.11.1996 R., C-333/94, pkt 27, w juris – *Tetrapak* [ECLI:EU:C:1996:436]; wyrok z dnia 14.2.1978 R., C-27/76, pkt 248/257 w juris – *United Brands* [ECLI:EU:C:1978:22]; BGH, postanowienie z dnia 23.6.2020 R. – KVR 69/19, pkt 73, w juris – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]) istniałby, i to zarówno w sensie przyczynowości behawioralnej, która jest rozumiana szerzej, ponieważ *Facebook Ireland* racjonalnie nie żądałby warunków przetwarzania danych, które są niedopuszczalne na podstawie RODO, gdyby funkcjonowała skuteczna konkurencja, jak i w sensie przyczynowości skutkowej, ponieważ użytkownicy – chociaż również przedsiębiorstwa nieposiadające pozycji dominującej na rynku mogą naruszać RODO – w przypadku naruszenia przez quasi-monopolistyczne przedsiębiorstwo, takie jak *Facebook Ireland*, nie mają praktycznie żadnej opcji awaryjnej (por. także wyroki z dnia 05.10.1988 R. – C-247/86, w juris – *Alsatel* [ECLI:EU:C:1988:469] i z dnia 27.3.1974 R., C-127/73, juris – *BRT et Société belge* [ECLI:EU:C:1974:25], w których Trybunał nie kwestionuje związku między nadużyciem a pozycją rynkową). *Facebook*

*Ireland* nie może powoływać się na przywilej grupowy z § 36 ust. 2 GWB w przypadku nadużyć (por. wyrok Trybunału z dnia 24.10.1996 R., C-73/95 P, pkt 17, w juris – *Viho* [ECLI:EU:C:1996:405]; BGH, postanowienie z dnia 06.11.2012 R. – KVR 54/11, pkt 19, 22, w juris – *Gasversorgung Ahrensburg*; wyrok z dnia 23.6.2009 R. – KZR 21/08, pkt 16, w juris – *Entega I*).

c) Decyzja jest formalnie niezgodna z prawem, ponieważ Bundeskartellamt, z naruszeniem art. 3 ust. 1 zdanie drugie rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych [Or. 12] w art. 81 i 82 Traktatu (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 1/2003”) nie zbadał art. 102 ust. 1 TFUE, chociaż pozycja dominująca *Facebook Ireland* w Niemczech odpowiada pozycji dominującej na znacznej części rynku wewnętrznego w rozumieniu art. 102 ust. 1 TFUE (por. wyroki Trybunału: z dnia 23.4.1991 R., C-41/90, pkt 28, w juris – *Höfner-Elsner*, i z dnia 09.11.1983 R., C-322/81, pkt 28, w juris – *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]) oraz dlatego, że na podstawie stwierdzenia, że naruszenie RODO prowadzi do „rzeczywistych i potencjalnych skutków ograniczających konkurencję” (pkt. 885 decyzji urzędu), należało przyjąć warunek między państwowego charakteru z art. 102 ust. 1 TFUE (por. wyroki Trybunału: z dnia 23.4.1991 R., C-41/90, pkt 32, w juris – *Höfner-Elsner*, i z dnia 09.11.1983 R. – C-322/81, pkt 104, w juris – *Michelin* [E-CLI:EU:C:1983:313]). [...] [do wykonania] Ze względu na [...] domniemany zbieg § 19 ust. 1 GWB i art. 102 ust. 1 TFUE (por. BGH: wyrok z dnia 08.4.2014 R. – KZR 53/12, pkt 46, w juris – *VBL-Versicherungspflicht*, i wyrok z dnia 06.11.2013 R. – KZR 58/11, pkt 51, w juris – *VBL-Gegenwert I*) błąd proceduralny jest jednak bez znaczenia, jeżeli decyzja jest zgodna z prawem na podstawie § 19 ust. 1 GWB, i nie powoduje istotnej dalszej niezgodności z prawem, jeżeli decyzja jest niezgodna z prawem na mocy § 19 ust. 1 GWB.

d) Istotne jest zatem to, czy Bundeskartellamt może stwierdzić, czy warunki użytkowania *Facebook Ireland* i ich stosowanie naruszają RODO, a także nałożyć nakazane środki zaradcze w związku z takim naruszeniem. [Or. 13]

aa) W tym względzie pytanie prejudycjalne 1 a) ma na celu wyjaśnienie, czy jest zgodne z zasadami jurysdykcji, współpracy i spójności zawartymi w art. 51 i nast. RODO, a w szczególności w art. 56 ust. 1 RODO, oraz z przepisami kompetencyjnymi art. 57 i 58 RODO, aby Bundeskartellamt w ramach kontroli nadużywania prawa antymonopolowego stwierdził, iż warunki użytkowania *Facebook Ireland* i ich wdrożenie naruszają RODO i nakazał podjęcie środków zaradczych. Bundeskartellamt nie jest bowiem organem nadzorczym w rozumieniu RODO, a wiodącym organem nadzorczym na podstawie art. 56 ust. 1 RODO jest irlandzki organ nadzorczy, ponieważ *Facebook Ireland* jest główną jednostką organizacyjną *Facebooka* w Europie, która prowadzi portal społecznościowy w Europie, stosuje jednolite warunki użytkowania we wszystkich państwach członkowskich Unii i jest administratorem danych osobowych na całym terytorium Unii Europejskiej w rozumieniu art. 4 pkt 7 RODO.

O ile w tym kontekście należy również rozważyć możliwość ochrony cywilnoprawnej na podstawie art. 82 RODO, a w szczególności możliwość zastosowania innych sankcji na podstawie art. 84 ust. 1 RODO, sąd odsyłający zwraca uwagę, że §§ 19, 32 GWB nie należą do przepisów, które Niemcy zgłosiły Komisji Europejskiej na podstawie art. 84 ust. 2 RODO (pkt 201 uzasadnienia skargi).

bb) Jeżeli jest to zgodne z zasadami jurysdykcji RODO, że Bundeskartellamt w ramach kontroli nadużywania prawa antymonopolowego ustala i sankcjonuje fakt naruszenia przez warunki użytkowania i ich stosowanie przepisów RODO, pytanie prejudycjalne 1 b) ma na celu wyjaśnienie, czy jest to zgodne z zasadą lojalnej współpracy zapisaną w art. 4 ust. 3 TUE, jeżeli wiodący organ nadzorczy zgodnie z art. 56 ust. 1 RODO bada już takie naruszenie, jak w niniejszym przypadku irlandzki organ nadzorczy, który zgodnie z bezspornymi twierdzeniami *Facebooka* (pkt 188, 217 uzasadnienia skargi) we współpracy z innymi zainteresowanymi organami nadzorczymi w Unii zajmował się już w momencie wydania decyzji urzędowej i nadal zajmuje się możliwym naruszeniem RODO przez *Facebook Ireland*.

e) Ponadto, o ile Bundeskartellamt w ramach kontroli nadużywania prawa antymonopolowego może stwierdzić fakt naruszenia przez warunki użytkowania *Facebook Ireland* i ich stosowanie przepisów RODO jak również nakazać środki zaradcze [Or. 14], to w dalszej kolejności należy ustalić, czy warunki użytkowania (skonkretyzowane przez zasady dotyczące danych i plików cookie) dotyczące przetwarzania danych z innych serwisów należących do grupy oraz „*Facebook Business Tools*” (dalej także „dane Off-*Facebook*”) i ich stosowanie naruszają RODO oraz czy Bundeskartellamt może zakazać warunków użytkowania i ich stosowania oraz nakazać, aby takie przetwarzanie danych nie mogło mieć miejsca lub mogło mieć miejsce tylko za odrębną zgodą użytkowników – od której nie może być uzależnione korzystanie z *Facebook.com*.

aa) Bundeskartellamt słusznie wychodzi z założenia, że: dane Off-*Facebook* są danymi osobowymi w rozumieniu art. 4 pkt 1 RODO (por. wyroki Trybunału: z dnia 19.10.2016 R., C-582/14, pkt 49, w juris – *Breyer*, i z dnia 24.11.2011 R., C-70/10, pkt 51, w juris – *Scarlet*; BGH, wniosek do Trybunału z dnia 05.10.2017 o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – I ZR 7/16, pkt 23, w juris – *Cookie-Einwilligung I* [ECLI:DE:BGH:2017:051017BIZR7.16.0]), że wykorzystanie danych do celów personalizacji sieci i reklamy stanowi „profilowanie” w rozumieniu art. 4 ust. 4 RODO oraz że *Facebook Ireland* jest administratorem danych w rozumieniu art. 4 ust. 7 RODO (por. wyrok Trybunału z dnia 29.7.2019 R., C-40/17, pkt 84, w juris, *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]).

bb) Bundeskartellamt trafnie zakłada, że poprzez kliknięcie przycisku „Zarejestruj się” – nawet przy uwzględnieniu pkt 2 nowych warunków użytkowania z dnia 31 lipca 2019 r. – nie deklaruje się zgody na przetwarzanie danych Off-*Facebook* zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a), 9 ust. 2 lit. a) RODO (zob. wyrok Trybunału z 01.10.2019 R., C-673/17, pkt 58 i nast. – *Planet49* [ECLI:EU:C:2019:801] oraz



że zgoda uzyskana od użytkowników przez *Facebook Ireland* na wykorzystanie danych z „*Facebook Business Tools*” w celu wyświetlania spersonalizowanych reklam odnosi się jedynie do wykorzystania danych w tym celu, a nie generalnie do gromadzenia i łączenia danych z kontem *Facebook.com*. Bundeskartellamt wychodzi ponadto ze słusznego założenia, że możliwość zablokowania umieszczania plików cookie lub ich usunięcia w urządzeniu końcowym użytkownika lub w jego przeglądarce internetowej, możliwość zresetowania identyfikatorów reklamowych w systemie operacyjnym urządzenia mobilnego oraz wprowadzona pod koniec stycznia 2020 r. funkcja OFA nie spełniają wymogów zgody zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a), art. 9 ust. 2 lit. a) RODO. [Or. 15]

cc) Ponieważ przewidziane w warunkach użytkowania przetwarzanie danych Off-*Facebook* i ich stosowanie – również w ramach grupy – jest zgodne z prawem, jeżeli podana zostanie przynajmniej jedna z podstaw uzasadniających z art. 6 ust. 1 lit. a) do f) RODO, a Trybunał wypowiedział się już na temat poprzedzającego go przepisu art. 7 dyrektywy o ochronie danych 95/46/WE, że ten ostatni przewiduje zamknięty i wyczerpujący wykaz przypadków, w których przetwarzanie danych osobowych może zostać uznane za legalne, oraz że państwa członkowskie nie mogą dodawać nowych kryteriów legalności przetwarzania danych osobowych względem kryteriów ustanowionych w tym artykule ani też ustanawiać dodatkowych wymogów, które doprowadziłyby do modyfikacji zakresu jednego z sześciu kryteriów przewidzianych we wspomnianym artykule (por. wyroki Trybunału: z dnia 29.7.2019 R., C-40/17, pkt 55, w juris – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]; z dnia 19.10.2016 R. – C-582/14, pkt 57, w juris – *Breyer* i z dnia 24.11.2011 R., C-468/10 i C-469/10, pkt 30, 32, w juris – *ASNEF i FECEMD*), chodzi o to, czy przetwarzanie danych Off-*Facebook*, przewidziane i dokonywane w warunkach użytkowania, można we wszystkich przypadkach uzasadnić wyłącznie jedną zgodą. Tylko wtedy Bundeskartellamt mógłby bowiem nakazać, że ze względu na prawo o ochronie danych osobowych albo nie będzie się ono odbywało, albo będzie się odbywało tylko za zgodą.

(1) *Facebook Ireland* oferuje w ramach swojego portalu społecznościowego zgodnie z pkt 1 aktualnych warunków użytkowania (załącznik Bf 9) w tytule „Oferowane przez nas usługi”, w zakresie, w jakim jest to tutaj istotne, zasadniczo następujące świadczenia umowne: 1. Personalizację treści, 2. Wyświetlanie spersonalizowanych reklam, 3. Bezpieczeństwo użytkownika i sieci, 4. Ulepszanie produktów, oraz 5. Ciągłe i niezakłócone korzystanie z produktów przedsiębiorstw należących do *Facebook*.

*Facebook Ireland* gromadzi dane dotyczące użytkowników i urządzeń, pochodzące z korzystania z usług własnych grupy oraz z „*Facebook Business Tools*”, jak wyszczególniono w zasadach dotyczących danych (załącznik Bf 10) pod nagłówkiem „Jakiego rodzaju informacje gromadzimy?”, oraz łączy je z danymi gromadzonymi i przechowywanymi podczas korzystania z *Facebook.com*, i wykorzystuje je, jak wyjaśniono pod nagłówkiem „Jak korzystamy z tych informacji?”, w celu dostarczania, personalizowania i ulepszania swoich produktów; dostarczania pomiarów, analiz i innych usług



biznesowych; promowania prywatności, integralności i bezpieczeństwa; komunikowania się z użytkownikami; oraz prowadzenia badań i wprowadzania innowacji w celach społecznych, i zgodnie z wyjaśnieniami [Or. 16] przedstawionymi w tytule „W jaki sposób przedsiębiorstwa *Facebooka* współpracują ze sobą?” „przetwarz[a] w przedsiębiorstwach *Facebooka*”.

*Facebook Ireland*, zgodnie ze swoimi zasadami dotyczącymi plików cookie (załącznik Bf 11), umieszcza pliki cookie lub stosuje inne technologie przechowywania danych podczas korzystania z usług własnych grupy oraz odwiedzania stron internetowych i aplikacji stron trzecich, które mają wbudowane „*Facebook Business Tools* „, i gromadzi za ich pośrednictwem dane dotyczące użytkownika i urządzeń bez konieczności podejmowania dalszych działań przez użytkownika, które wykorzystuje do świadczenia swoich usług, bezpieczeństwa, reklamy i celów analitycznych.

Rodzaje gromadzonych i wykorzystywanych danych w szczególności zostały określone w zasadach dotyczących danych pod hasłem „Jakiego rodzaju informacje gromadzimy?” (załącznik Bf 10) oraz pkt 2 lit. a)-d) sentencji decyzji urzędu.

*Facebook Ireland* powołuje się na wszystkie powody uzasadniające art. 6 ust. 1 RODO pod nagłówkiem „Na jakiej podstawie prawnej są przetwarzane dane?” w swoich zasadach dotyczących danych (załącznik Bf 10). Pod nagłówkiem „Więcej informacji na temat tych podstaw prawnych” (załącznik Bf 12) *Facebook Ireland* powołuje się na zgodę w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. a) RODO: 1. na przetwarzanie danych podlegających szczególnej ochronie, podanych przez użytkownika w jego profilu na portalu *Facebook.com*, 2. na wykorzystywanie technologii rozpoznawania twarzy, 3. na wykorzystywanie danych, których dostarczają reklamodawcy i inni partnerzy poza produktami przedsiębiorstw *Facebooka*, w celu personalizowania reklam, 4. na udostępnianie reklamodawcom danych osobowych, które pozwalają na identyfikację użytkownika, 5. na gromadzenie informacji, na które użytkownicy pozwalają poprzez włączenie odpowiednich ustawień w swoich urządzeniach (np. lokalizacji GPS, aparatu czy zdjęć). W tym celu *Facebook Ireland* uzyskuje niezależną zgodę użytkowników lub oferuje im możliwość wyrażenia sprzeciwu (w przypadku rozpoznawania twarzy).

We wspomnianym dokumencie (załącznik Bf 12) *Facebook Ireland* powołuje się na uzasadnienie konieczności wykonania umowy w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. b) RODO w celu: 1. dostarczania, personalizowania i ulepszania swoich produktów, 2. dbania o bezpieczeństwo i integralność użytkowników i danych, 3. przesyłania [Or. 17] danych [użytkowników] poza EOG, 4. kontaktowania się z użytkownikami, 5. zapewnianie spójnych i sprawnych sposobów korzystania z produktów przedsiębiorstw *Facebooka*.

*Facebook Ireland* powołuje się na uzasadnione interesy na mocy art. 6 ust. 1 lit. f) RODO: 1. w odniesieniu do osób niepełnoletnich, 2. w celu świadczenie usług

pomiarowych, analitycznych i innych usług biznesowych, 3. w celu przekazywania komunikacji marketingowej, 4. w celu badań i innowacji na rzecz celów społecznych, 5. w odniesieniu do informowania innych podmiotów, włącznie z organami ścigania i organami wykonawczymi, oraz reagowania na wnioski prawne.

Ponadto *Facebook Ireland* powołuje się na względy uzasadniające wywiązania się z prawnego obowiązku (art. 6 ust. 1 lit. c RODO), ochrony żywotnych interesów (art. 6 ust. 1 lit. d RODO) oraz *wykonywania zadań* w interesie publicznym (art. 6 ust. 1 lit. f RODO) (por. szczegółowo załącznik Bf 12).

(2) Zgoda jest konieczna, jeżeli i w zakresie, w jakim gromadzenie, łączenie z kontem *Facebook.com* i wykorzystywanie tak zwanych danych *Off-Facebook* stanowi przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych w rozumieniu art. 9 ust. 1 RODO i nie można uznać, że istnieje inna podstawa zezwolenia niż zgoda na podstawie art. 9 ust. 2 lit. a) RODO.

(a) Pytanie prejudycjalne 2 a) ma na celu wyjaśnienie, czy – jak uważa Bundeskartellamt (pkt 584 i nast. decyzji urzędu) – przy gromadzeniu danych dotyczących wizyt na stronach internetowych i w aplikacjach osób trzecich za pośrednictwem „*Facebook Business Tools*”, plików cookie i innych technologii przechowywania danych lub powiązania z kontem *Facebook.com* użytkownika i/lub wykorzystania ma miejsce przetwarzanie danych wrażliwych w rozumieniu art. 9 ust. 1 RODO, jeżeli dotyczy to stron internetowych lub aplikacji, które odnoszą się do kryteriów z ustępu 1, takich jak aplikacji do flirtowania, portali randkowych dla gejów, stron internetowych partii politycznych, stron internetowych związanych ze zdrowiem (pkt 587 decyzji urzędu).

W tym kontekście należy również wyjaśnić, czy wystarczające są już same dane dotyczące odwiedzin na stronie internetowej lub w aplikacji, czy też użytkownik musi również dokonać tam określonych wpisów, takich jak rejestracja lub złożenie zamówienia, oraz jak należy interpretować pojęcia „danych osobowych ujawniających” w rozumieniu pierwszej kategorii danych i „danych” w rozumieniu drugiej kategorii danych z art. 9 ust. 1 RODO [Or. 18]. Sformułowanie dotyczące pierwszej kategorii danych z art. 9 ust. 1 RODO („danych osobowych ujawniających”) mogłoby przemawiać za tym, że tutaj już samo przetwarzanie „danych źródłowych”, czyli na przykład wywołania strony lub danych wejściowych użytkownika, jest zabronione, tak że zależy to od tego, kiedy „ujawniają” się dane wrażliwe. W przeciwieństwie do tego w drugiej kategorii danych z art. 9 ust. 1 RODO zabronione wydaje się być tylko przetwarzanie danych wrażliwych jako takich, a więc zależy to od tego, czy wywołanie odpowiednich stron lub odpowiednie wpisy użytkownika mogą same w sobie być danymi wrażliwymi, przy czym rozróżnienie to jest jednak ponownie relatywizowane przez definicję prawną z art. 4 pkt 15 RODO, na przykład w tym sensie, że dane dotyczące zdrowia mogą być również danymi, z których „ujawniają” informacje o stanie zdrowia. Należy również wyjaśnić, czy zamiar wykorzystania danych jest istotny dla oceny, w tym przypadku np. personalizacja

portalu społecznościowego i reklam, bezpieczeństwo sieci, ulepszanie usług, świadczenie usług pomiarowych i analitycznych dla partnerów reklamowych, badania do celów społecznych, odpowiedź na wnioski prawne i wypełnianie zobowiązań prawnych, ochrona żywotnych interesów użytkowników i osób trzecich, wykonywanie zadań w interesie publicznym.

(b) Jeśli chodzi o dane wrażliwe w rozumieniu art. 9 ust. 1 RODO, pytanie prejudycjalne 2 b) ma na celu wyjaśnienie, czy użytkownik w sposób oczywisty upublicznił je, wywołując stronę internetową lub aplikację i/lub dokonując tam wpisów i/lub obsługując przyciski zintegrowane ze stronami internetowymi i aplikacjami oferowanymi przez *Facebook Ireland*, a mianowicie „wtyczki społecznościowe” („Lubię to” lub „Udostępnij”) lub „*Facebook Login*” albo „*Account Kit*” (art. 9 ust. 2 lit. e RODO), gdyż wówczas utraciłby szczególną ochronę na podstawie art. 9 ust. 1 RODO bez konieczności uzyskania zgody w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. a) RODO. Dalsze podstawy do wyrażenia zgody zgodnie z art. 9 ust. 2 RODO są praktycznie wykluczone ze względu na zakres działalności *Facebooka* lub w każdym razie nie są podnoszone przez *Facebooka*, w szczególności nie są wymienione w warunkach użytkowania.

(3) Ponadto w zakresie, w jakim *Facebook Ireland* gromadzi również dane za pośrednictwem plików cookie i podobnych technologii przechowywania danych w urządzeniach końcowych użytkowników korzystających z innych serwisów należących do grupy oraz wchodzących na strony internetowe i aplikacje, które zawierają wbudowane „*Facebook Business Tools*”, zastosowanie ma art. 5 ust. 3 dyrektywy 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności [Or. 19] w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej). Jak orzekł Bundesgerichtshof (federalny trybunał sprawiedliwości), RODO nie ma wpływu na możliwość zastosowania tej normy, tak że § 15 ust. 3 zdanie pierwsze Telemediengesetz (ustawy o telemediach, zwanej dalej „Telemediengesetz”), która stanowi transpozycję dyrektywy 2002/58/WE, nadal obowiązuje i należy go interpretować zgodnie z dyrektywą w ten sposób, że zgoda użytkownika jest wymagana w przypadku wykorzystywania plików cookie do tworzenia profili użytkowników na potrzeby reklamy lub badań rynkowych (por. art. 15 ust. 3 zdanie 1 ustawy o telemediach) (por. BGH, wyrok z dnia 28.5.2020 R. – I ZR 7/16, pkt 47 i nast., w juris – *Cookie-Einwilligung II*; por. również wyroki Trybunału: z dnia 01.10.2019 R., C-673/17, pkt 38 i nast., w juris – *Planet49* [E-CLI:EU:C:2019:801] oraz z dnia 29.7.2019 R., C-40/17, pkt 88 i nast., w juris – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]). Kwestia, czy uzyskana zgoda na wykorzystanie danych partnera do wyświetlania spersonalizowanej reklamy jest wystarczająca do tego celu, nie ma jednak w tym przypadku dalszego znaczenia, ponieważ Bundeskartellamt oparł naruszenie przez *Facebook* zakazu nadużycia w rozumieniu prawa antymonopolowego z § 19 ust. 1 GWB wyłącznie na naruszeniu przetwarzania danych przez *Facebook* wbrew RODO, a nie wbrew § 15 ust. 3 zdanie pierwsze Telemediengesetz.

(4) Jeżeli i o ile zgoda nie jest wymagana zgodnie z art. 9 ust. 2 lit. a) RODO, tzn. w przypadku przetwarzania danych z innych serwisów należących do grupy, dla których Bundeskartellamt nie stwierdził przetwarzania danych potencjalnie wrażliwych w rozumieniu art. 9 ust. 1 RODO, a w przypadku przetwarzania danych z „Facebook Business Tools”, jeżeli dane te nie są wrażliwe lub zostały w sposób oczywisty upublicznione przez użytkownika, zależy od tego, czy i w jakim zakresie *Facebook Ireland* może powołać się na inne podstawy uzasadniające przetwarzanie danych Off-Facebook zgodnie z art. 6 ust. 1 RODO. Sąd odsyłający zakłada, że w przypadku upublicznienia w sposób oczywisty w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. e) RODO nie ma zastosowania jedynie zakaz przetwarzania zgodnie z ustępem 1 tej normy, a nie wymóg istnienia względu uzasadniającego zgodnie z art. 6 ust. 1 RODO (por. motyw 51, s. 5).

(a) Trzecie pytanie prejudycjalne ma na celu wyjaśnienie, czy *Facebook Ireland* w sytuacji, gdy – jak wskazano powyżej – oferuje jako świadczenia umowne: 1. Personalizację treści, 2. Wyświetlanie spersonalizowanych reklam, 3. Bezpieczeństwo użytkownika i sieci, 4. Ulepszanie produktów, oraz 5. Ciągłe i niezakłócone korzystanie z produktów przedsiębiorstw należących do *Facebook*, opiera się na uzasadnieniu konieczności wykonania umowy zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b) RODO lub na [Or. 20] uzasadnieniu prawnie usprawiedliwionych interesów zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. f) RODO, jeżeli w tym celu gromadzi dane Off-Facebook, łączy je z kontem użytkowników w serwisie *Facebook.com* i wykorzystuje?

W ocenie sądu odsyłającego, w oparciu o orzecznictwo Trybunału dotyczące przesłanki konieczności (por. wyrok Trybunału z dnia 04.5.2017 R., C-13/16, pkt 30, w juris – *Rigas satiksmes*) oraz rozważania Europejskiego Komitetu Danych w jego wytycznych 2/19 (pkt 2, 26 i nast., 48 i nast. 57, załącznik Bf 42B), wiele wskazuje na to, że przetwarzanie danych do celów wyświetlania spersonalizowanych reklam, do czego nie są wymagane pliki cookie, bezpieczeństwa użytkowników i sieci oraz ulepszania produktów może co najwyżej leżeć w uzasadnionym interesie przedsiębiorstwa, natomiast w oparciu o nie, możliwe wydaje się uznanie przetwarzania danych do celów personalizacji treści oraz, w stosownych przypadkach, również do celów ciągłego i niezakłóconego korzystania z produktów przedsiębiorstw należących do *Facebooka* w przypadku *Facebook Ireland* za konieczne do wykonania umowy.

Zgodnie z tym, na przykład przetwarzanie danych *WhatsApp* w celu zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników i sieci mogłoby leżeć w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland*, ponieważ zgodnie z oświadczeniami w tytule „W jaki sposób przedsiębiorstwa *Facebooka* współpracują ze sobą?” w zasadach dotyczących danych (załącznik Bf 10) przedsiębiorstwo przetwarza informacje z *WhatsApp* na temat kont wysyłających spam w tej usłudze, aby podjąć wobec nich właściwe działania na *Facebook.com*, podczas gdy w przeciwnym razie nie jest prawdopodobne, aby było to konieczne do wykonania umowy lub uzasadnione innymi prawnie uzasadnionymi interesami, ponieważ *Facebook Ireland* nie



przetwarza danych z aplikacji *WhatsApp* do celów produktowych i personalizacji w serwisie *Facebook.com* (pkt 746 decyzji urzędu).

Przetwarzanie danych z *Instagrama*, w zakresie, w jakim odbywa się w celu personalizacji treści i niezakłóconego korzystania z produktów *Facebooka* (aby osoby lub treści mogły być wyświetlane użytkownikowi na stronie *Facebook.com*, ponieważ mogą go tam również zainteresować), może być konieczne do wykonania umowy lub w każdym razie leży w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland*. Również w celu wyświetlania spersonalizowanych reklam, bezpieczeństwa sieci i ulepszania produktów, przetwarzanie danych może leżeć w uzasadnionym interesie przedsiębiorstwa. W szczególności spółka *Facebook Ireland* wykorzystuje na przykład – jak sama przyznaje – dane z aplikacji *Instagram* dotyczące kont, które wykazują wątpliwe zachowanie lub są wyraźnie zaangażowane w działalność niezgodną z prawem, w celu zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników *Facebooka* [Or. 21] (pkt 465 uzasadnienia skargi). To samo mogłoby w zasadzie dotyczyć przetwarzania danych z aplikacji *Oculus*, chociaż w tym względzie brakowało dotychczas ustaleń co do konkretnych celów, do jakich dane te są wykorzystywane na stronie *Facebook.com*.

Przetwarzanie danych z „*Facebook Business Tools*”, w szczególności wtyczek społecznościowych „*Lubię to*” i „*Udostępnij*”, jak również z „*Facebook Login*” i „*Account Kit*”, może być konieczne do wykonania umowy, a w każdym razie leży w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland* w zakresie, w jakim odbywa się w celu personalizacji treści i niezakłóconego korzystania z produktów *Facebooka*. Powinno to jednak obowiązywać w przypadku obsługi odpowiednich przycisków przez użytkowników i być ograniczone jedynie do operacji przetwarzania danych wymaganych w danym przypadku. Niezależnie od obsługi przycisków, gromadzenie danych i łączenie ich z kontem na portalu *Facebook.com* może leżeć w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland*, jeżeli użytkownik wyraził zgodę na wykorzystanie danych do wyświetlania spersonalizowanych reklam. Bezpieczeństwo sieci lub ulepszanie produktów może również stanowić uzasadniony interes *Facebooka Ireland* w zakresie przetwarzania danych. Według *Facebooka* wykorzystuje on dane z „wtyczek społecznościowych” w celu rozpoznania w bardzo krótkim czasie na podstawie dużej liczby wyświetleń strony, czy boty próbują otworzyć i obsługiwać konta na *Facebooku* (pkt 465 uzasadnienia skargi).

(b) Czwarte pytanie prejudycjalne ma na celu wyjaśnienie, czy również:

- niepełnoletniość użytkowników w celu personalizacji treści i reklam, ulepszania produktów, bezpieczeństwa sieci i komunikacji o charakterze niehandlowym z użytkownikiem,
- świadczenie usług pomiarowych, analitycznych i innych usług biznesowych reklamodawcom, deweloperom i innym partnerom, aby umożliwić im ocenę i poprawę swoich usług,



- przekazywania komunikacji marketingowej z użytkownikiem, aby spółka *Facebook Ireland* mogła ulepszać swoje produkty i prowadzić marketing bezpośredni,

- badania i innowacje na rzecz celów społecznych, aby wspierać rozwój stanu wiedzy lub zrozumienia naukowego w odniesieniu do ważnych kwestii społecznych oraz wywierać pozytywny wpływ na społeczeństwo i świat,

- informowanie organów ścigania i organów wykonawczych oraz reagowanie na wnioski prawne w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw, niedozwolonego użytkownika, naruszeń warunków użytkowania i zasad oraz innych szkodliwych zachowań, [Or. 22]

mogą stanowić uzasadnione interesy w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. f) RODO w odniesieniu do gromadzenia, łączenia z kontem użytkownika w serwisie *Facebook.com* i wykorzystywania danych *Off-Facebook* do tych celów.

W szczególności należy wyjaśnić, czy *Facebook Ireland* w odniesieniu do małoletnich, którzy nie osiągnęli obniżonego w Niemczech zgodnie z art. 8 ust. 1 zdanie trzecie RODO wieku 16 lat dla samodzielnego wyrażenia zgody zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) RODO (art. 8 ust. 1 RODO) i którzy zgodnie z – jak widać – jednomyślną niemiecką literaturą, komentującą te kwestie, nie mogą samodzielnie zawrzeć skutecznej umowy użytkownika w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. b) RODO z portalem społecznościowym, ponieważ ta – ze względu na przetwarzanie danych – nie jest jedynie prawnie korzystna (§ 107 Bürgerliches Gesetzbuch [kodeksu cywilnego, zwanego dalej „BGB”]); por. Klumpp w: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 107 pkt 30; Spickhoff w: MüKoBGB, 8. wydanie 2018, § 107 pkt 82; Mansel w: Jauernig, BGB, 18. wydanie 2021, § 107 pkt 3), i w przypadku których brak jest wymaganej zgody rodziców, może powoływać się na uzasadnienie w postaci realizacji prawnie uzasadnionych interesów zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. f) RODO w przypadku przetwarzania danych z innych usług należących do grupy oraz z „*Facebook Business Tools*”.

Wydaje się również wątpliwe, czy przetwarzanie danych *Off-Facebook* może być uzasadnione interesem badań i innowacji na rzecz celów społecznych, aby wspierać rozwój stanu wiedzy lub zrozumienia naukowego w odniesieniu do ważnych kwestii społecznych oraz wywierać pozytywny wpływ na społeczeństwo i świat.

Z kolei wykorzystanie danych z „*Facebook Business Tools*” w celu świadczenia usług pomiarowych, analitycznych i innych usług biznesowych reklamodawcom, deweloperom i innym partnerom, aby umożliwić im ocenę i poprawę swoich usług, może przynajmniej wówczas leżeć w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland* (i partnerów), jeżeli użytkownicy wyrazili zgodę na wykorzystanie danych partnerów do wyświetlania spersonalizowanych reklam. Jeżeli i w zakresie, w jakim przetwarzanie danych z innych serwisów należących do grupy i/lub

„Facebook Business Tools” jest uzasadnione w celu ulepszenia produktu, może to również obowiązywać w przypadku wykorzystania w celu przekazywania użytkownikowi informacji marketingowych, aby *Facebook* mógł ulepszyć swoje produkty i prowadzić marketing bezpośredni. [Or. 23]

Podobnie gromadzenie, łączenie z kontem w serwisie *Facebook.com* i wykorzystywanie lub wykorzystywanie już w inny sposób legalnie zgromadzonych i połączonych danych *Off-Facebook* w celu informowania organów ścigania i organów wykonawczych oraz reagowania na wnioski prawne w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw, niedozwolonego użytkownika, naruszeń warunków użytkowania i zasad oraz innych szkodliwych zachowań, może leżeć w uzasadnionym interesie *Facebook Ireland*.

W ramach koniecznego wyważenia, oprócz ustawowego prawa do sprzeciwu na podstawie art. 21 RODO, być może należy uwzględnić, że w odniesieniu do „Facebook Business Tools” dostawcy stron internetowych osób trzecich, które je zintegrowały, mają możliwość opóźnienia przepływu danych do *Facebook Ireland* do czasu uzyskania przez nich zgody użytkowników (pkt. 868 decyzji urzędu), oraz że od 28 stycznia 2020 r. *Facebook* oferuje funkcję OFA, która umożliwia użytkownikom *Facebook.com* przeglądanie podsumowania tych informacji, które *Facebook* otrzymuje w odniesieniu do ich aktywności na innych stronach internetowych i w aplikacjach, oraz oddzielenie tych danych od ich konta na *Facebook.com* w przeszłości i w przyszłości, jeśli sobie tego życzą (pkt 148 i nast. uzasadnienia skargi).

(c) Piąte pytanie prejudycjalne ma na celu wyjaśnienie, czy gromadzenie, powiązanie z kontem na portalu *Facebook.com* i wykorzystywanie lub wykorzystywanie danych *Off-Facebook*, które zostały już zgodnie z prawem zgromadzone i powiązane gdzie indziej, może być uzasadnione w indywidualnych przypadkach na mocy art. 6 ust. 1 lit. c), d) i e) RODO, na przykład – jak twierdzi *Facebook Ireland* w dokumencie przedłożonym jako załącznik Bf 12 – w celu odpowiedzi na zgodny z prawem wniosek o pewne dane (lit. c), w celu zwalczania szkodliwych zachowań i wspierania bezpieczeństwa (lit. d) lub w celu prowadzenia badań na rzecz społeczeństwa oraz wspierania ochrony, integralności i bezpieczeństwa (lit. e), ponieważ nawet wtedy przetwarzanie takich danych nie może być uzależnione od zgody użytkowników bez wyjątku i we wszystkich przypadkach, czy też uzasadnienie przetwarzania danych *Off-Facebook* z tych powodów jest zasadniczo wykluczone.

f) Kwestia, czy warunki przetwarzania danych i ich stosowanie, jeśli są niezgodne z prawem lub nieuzasadnione, stanowią również działania o charakterze praktyki wyłączającej w rozumieniu klauzuli generalnej § 19 ust. 1 GWB na szkodę [Or. 24] konkurencji na rynku portali społecznościowych dla użytkowników prywatnych lub na innych rynkach, nie miałyby już wtedy decydującego znaczenia.

g) Jeżeli i w zakresie, w jakim przetwarzanie danych *Off-Facebook* mogłoby być uzasadnione jedynie zgodą, szóste pytanie prejudycjalne ma na celu wyjaśnienie, czy użytkownicy mogą w ogóle wyrazić wobec przedsiębiorstwa, zajmującego pozycję dominującą na rynku, jakim jest *Facebook Ireland*, skuteczną zgodę w rozumieniu art. 6 ust. 1 lit. a), 9 ust. 2 lit. a) RODO, tak, jak nakazał to Bundeskartellamt w celu usunięcia zarzucanego naruszenia, czy też wymagana do tego dobrowolność zgodnie z art. 4 pkt 11 RODO musi być zawsze wykluczona wobec przedsiębiorstwa dominującego na rynku, nawet jeśli wykonanie umowy nie zależy od zgody na przetwarzanie danych. Może to sugerować motyw 43 zdanie pierwsze.

2. Wyjaśnienie przedstawionych pytań prejudycjalnych nie jest zbędne z tego powodu, że Bundeskartellamt oparł swoją decyzję w postępowaniu w przedmiocie skargi „uzupełniająco” (s. 88 odpowiedzi na skargę) na uzasadnieniu Bundesgerichtshof (federalnego trybunału sprawiedliwości) we wcześniejszym postępowaniu w trybie przyśpieszonym (postanowienie z dnia 23.6.2020 R. – KVR 69/19, bei juris – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). Zdaniem BGH wykorzystanie danych pochodzących z korzystania z innych usług należących do grupy oraz z „*Facebook Business Tools*” narzuca użytkownikowi *Facebook.com* rozszerzenie usług, którego „może on sobie nie życzyć”, przy czym kwestionowanych warunków użytkowania nie należałoby się spodziewać, gdyby funkcjonowała skuteczna konkurencja. Warunki te nadają się do utrudnienia konkurencji, a rozszerzenie usług okazuje się nadużyciem po kompleksowej ocenie i rozważeniu odnośnych interesów, w szczególności w braku uzasadnienia w świetle RODO. Wynika to z tego, że decyzja nie może zostać utrzymana w mocy w dużej mierze już z tego powodu, że Bundeskartellamt nie poczynił koniecznych ustaleń, w każdym razie w odniesieniu do przesłanki, czy przetwarzanie danych może powodować utrudnienia. Taki warunek można poważnie rozważyć jedynie w odniesieniu do przetwarzania danych z *Instagrama*, ale również w tym zakresie nie można podjąć decyzji bez wyjaśnienia pytań prejudycjalnych 7 i, w razie potrzeby, pytań od 3 do 5.

a) Ponieważ Bundesgerichtshof zdaje się wychodzić z założenia, że Bundeskartellamt może jeszcze uzupełnić swoją decyzję o to postanowienie w ramach postępowania w przedmiocie skargi [Or. 25], mimo że zarzut nadużycia opiera się na faktach innych niż naruszenie RODO, a zatem zgoda użytkownika wymagana w sentencji również nie byłaby zgodą w rozumieniu RODO, lecz inną zgodą, ewentualnie udzieloną obok zgody na podstawie RODO, sąd odsyłający bada decyzję także przy uwzględnieniu tego uzasadnienia.

b) Bundeskartellamt w dużej mierze nie poczynił koniecznych ustaleń, w każdym razie w odniesieniu do wymogu, by przetwarzanie danych *Off-Facebook* nadawało się, aby utrudniać działanie konkurentów. Wymagane byłoby udowodnienie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego – na rynku portali po stronie portalu, na przykład poprzez zwiększenie efektów portalu lub poprawę jakości produktów lub w odniesieniu do reklam, na przykład poprzez posiadanie bardziej szczegółowych danych na rynkach reklamy lub rynkach trzecich

(jakkolwiek do szczegółowego rozgraniczenia) – podczas gdy praktyka przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, jeśli nie wywiera ona antykonkurencyjnego wpływu na rynek, nie może być uznana za nadużycie (por. wyroki Trybunału: z dnia 06.12.2012 R., C-457/10 P, pkt 112, w juris – *Astra Zeneca*; z dnia 17.2.2011 R. – C-52/09, pkt 64, w juris – *TeliaSonera*).

Ponieważ *Facebook Ireland* nie wykorzystuje danych użytkowników *Facebook.com* z aplikacji *WhatsApp* do celów personalizacji i produktowych w serwisie *Facebook.com*, i zgodnie z własnymi oświadczeniami nie zamierza tego robić w Europie, nie jest oczywiste i nie zostało ustalone przez Bundeskartellamt, że przetwarzanie danych z aplikacji *WhatsApp* mogłoby w jakikolwiek sposób utrudnić konkurentom działanie na rynku portali, rynku reklamy lub rynku usług komunikatorów. Bundeskartellamt nie poczynił również żadnych ustaleń co do zakresu, w jakim dane z aplikacji *Oculus* użytkowników *Facebook.com* są wykorzystywane do celów portalu *Facebook.com* i w jakim mogłyby utrudniać działania konkurentów na rynku portali lub na właściwym rynku reklamy lub rynku, na którym oferowany jest *Oculus*. Przetwarzanie danych z „*Facebook Business Tools*” będzie praktycznie tylko „ewentualnie niepożądane” przez użytkowników *Facebook.com*, jeżeli nie będą oni korzystać z „wtyczek społecznościowych” („Lubię to” lub „Udostępnij”) lub „*Facebook Login*” albo „*Account Kit*” i nie wyrażą zgody na wyświetlanie spersonalizowanych reklam. Jednakże, w jakim stopniu przetwarzanie danych z „*Facebook Business Tools*”, które nie jest wykonywane w celu personalizacji korzystania z *Facebook.com*, niezakłóconego korzystania z produktów *Facebook*, ani [Or. 26] do wyświetlania spersonalizowanych reklam, może być odpowiednie do utrudniania konkurentom działania na rynku portali, rynku reklamowym lub rynkach trzecich, tym bardziej że użytkownicy mogą dodatkowo oddzielić te dane od swojego konta na *Facebooku* za pomocą OFA, Bundeskartellamt również nie ustalił.

c) Jedynie w odniesieniu do przetwarzania danych użytkowników portalu *Facebook.com* z aplikacji *Instagram* można poważnie rozważyć zdolność do utrudniania konkurencji, ponieważ dzięki nim korzystanie z portalu *Facebook.com* jest spersonalizowane poprzez sugerowanie osób użytkownikom, których śledzą na *Instagramie*, i w tym zakresie może dojść do zwiększenia efektów portalu, a także ponieważ dane te są wykorzystywane w połączeniu z danymi użytkowników portalu *Facebook.com* do celów reklamowych oraz do ulepszania produktów na portalu *Facebook.com*. W odniesieniu do kwestii, czy w przypadku funkcjonowania konkurencji na rynku portali społecznościowych nie należałoby się spodziewać takiego międzyserwisowego przetwarzania danych bez odrębnej zgody użytkowników, a w szczególności w odniesieniu do kompleksowej oceny i wyważenia odnośnych interesów, na podstawie których należy stwierdzić, czy zachowanie *Facebook Ireland* stanowi nadużycie zarówno z punktu widzenia wykorzystywania użytkowników, jak i utrudniania konkurencji (por. BGH, postanowienie z dnia 23.6.2020 R. – KVR 69/19, pkt 98 i nast., w juris – *Facebook* [E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]), nie ma już znaczenia kwestia zawarta w pytaniu prejudycjalnym 7, czy Bundeskartellamt

może, przynajmniej w tym celu, poczynić ustalenia dotyczące naruszenia RODO w odniesieniu do tego przetwarzania danych, a także dla kwestii, które mają zostać wyjaśnione w pytaniach prejudycjalnych 3–5, czy to przetwarzanie danych narusza RODO, tj. czy *Facebook Ireland* wykorzystuje środki odmienne od środków stosowanych w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami, opartej na świadczeniach podmiotów gospodarczych (zob. wyroki Trybunału: z dnia 06.10.2015 R., C-23/14, pkt 29 i nast. – *Post Danmark*, i z dnia 06.12.2012 R., C-457/10, pkt 74 i nast., w juris – *Astra Zeneca*).

[...]

DOKUMENT ROBOCZY