

Zadeva C-252/21

Predlog za sprejetje predhodne odločbe

Datum vložitve:

22. april 2021

Predložitveno sodišče:

Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija)

Datum predložitvene odločbe:

24. marec 2021

Pritožnice:

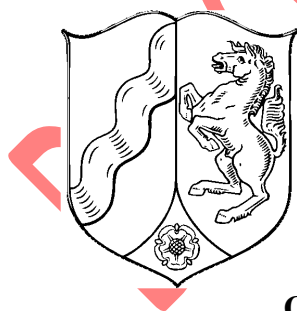
Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Nasprotna stranka v pritožbenem postopku:

Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence)



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

SKLEP

[...] (ni prevedeno)

V zadevi, ki se nanaša na varstvo konkurence,

1. **Facebook Inc.**, [...] (ni prevedeno), ZDA,

2. **Facebook Ireland Ltd.**, [...] (ni prevedeno), Irska,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [...] (ni prevedeno), Hamburg,

pritožnice,

[...] (ni prevedeno)

p r o t i

Bundeskartellamt, [...] (ni prevedeno), Bonn,

nasprotna stranka v pritožbenem postopku,

Druge stranke v postopku:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (združenje nemških organizacij za varstvo potrošnikov), [...] (ni prevedeno), Berlin,

intervenientka,

[...] (ni prevedeno)

je prvi senat za protimonopolne zadeve pri Oberlandesgericht Düsseldorf

na podlagi obravnave z dne 24. marca 2021

[...] (ni prevedeno)

s k l e n i l:

I.

Postopek se prekine.

II.

Sodišču Evropske unije se predložijo naslednja vprašanja za predhodno odločanje v zvezi z razlago Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (Splošna uredba o varstvu podatkov; v nadaljevanju: GDPR) in v zvezi z razlago člena 4(3) PEU:

1.

(a) Ali je združljivo s členom 51 GDPR in naslednjimi, če nacionalni organ za varstvo konkurence, kot je Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence), ki ni nadzorni organ v smislu člena 51 GDPR in naslednjih in ki je v državi, kjer ima podjetje s sedežem zunaj Evropske

unije „ustanovitev“, ki na področju oglaševanja, komunikacije in promocije podpira „glavno ustanovitev“ tega podjetja, ki ima sedež v drugi državi članici in ki je izključno odgovorna za obdelavo osebnih podatkov za celotno področje Evropske unije, v okviru nadzora kršitev pravil konkurenčnega prava ugotovi, da „glavna ustanovitev“ s pogodbenimi pogoji, ki se nanašajo na obdelavo podatkov, in njihovim izvajanjem krši GDPR ter izda odredbo za prenehanje te kršitve?

(b) Če je odgovor pritrdilen: Ali je to združljivo s členom 4(3) PEU, če vodilni nadzorni organ v državi članici „glavne ustanovitve“ v smislu člena 56(1) GDPR hkrati vodi postopek preiskave njenih pogodbenih pogojev, ki se nanašajo na obdelavo podatkov?

Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen:

2.

(a) Ali gre potem – v primeru, ko internetni uporabnik spletna mesta ali aplikacije, ki so povezane z merili iz člena 9(1) GDPR, kot so na primer aplikacije za zmenke, platforme za iskanje istospolnih partnerjev, spletna mesta političnih strank ali z zdravjem povezana spletna mesta, zgolj obišče ali vanje vnese tudi podatke, recimo pri registraciji ali naročilih, neko drugo podjetje, kot je Facebook Ireland, pa prek vmesnikov, vključenih v ta spletna mesta in aplikacije, kot je „Facebook Business Tools“, ali prek piškotkov oziroma podobnih tehnologij za shranjevanje, nameščenih na računalniku ali mobilni terminalni opremi internetnega uporabnika, zbira podatke o uporabnikovih obiskih spletnih mest in aplikacij ter o vanje vnesenih uporabnikovih podatkih, jih povezuje s podatki uporabnikovega računa pri Facebook.com in uporablja, – pri tem zbiranju in/ali povezovanju in/ali uporabi za obdelavo občutljivih podatkov v smislu navedene določbe?

(b) Če je odgovor pritrdilen: Ali obisk teh spletnih mest in aplikacij in/ali vnos podatkov in/ali klik na polja, ki jih ponudnik, kot je Facebook Ireland, vključi v ta spletna mesta ali aplikacije („družbeni vtičniki“, kot je „Všeč mi je“, „Deli z drugimi“ oziroma „Facebook Login“ ali „Account Kit“) pomeni, da uporabnik podatke o obisku kot takem in/ali vnešene podatke sam objavi v smislu člena 9(2)(e) GDPR?

3.

Ali lahko podjetje, kot je Facebook Ireland, ki upravlja digitalno družbeno omrežje, financirano z oglasi, in v svojih pogojih za uporabo storitev ponuja personalizacijo vsebin in oglaševanja, varnost omrežja, izboljševanje proizvodov ter dosledno in nemoteno uporabo vseh koncernovih proizvodov, v utemeljitev navede potrebnost za izvajanje pogodbe v smislu člena 6(1)(b) GDPR ali upoštevanje zakonitih interesov v smislu člena 6(1)(f) GDPR, če v te namene z uporabnikovim računom pri Facebook.com povezuje in uporablja podatke, zbrane iz drugih koncernovih

storitev ter prek vmesnikov, vključenih v tretja spletna mesta in aplikacije, kot je „Facebook Business Tools“, ali prek piškotkov oziroma podobnih tehnologij za shranjevanje, nameščenih na računalniku ali mobilni terminalni opremi internetnega uporabnika?

4.

Ali so lahko v takem primeru tudi

– mladoletnost uporabnika za personalizacijo vsebin in trženja, izboljševanje proizvoda, varnost omrežja in netrženjska komunikacija z uporabnikom,

– zagotavljanje meritev, analitičnih podatkov in drugih poslovnih storitev za oglaševalce, razvijalce in druge partnerje, da lahko ti ocenijo in izboljšajo svoje storitve,

– zagotavljanje trženjske komunikacije z uporabnikom, da lahko podjetje izboljša svoje proizvode in izvaja neposredno trženje,

– raziskave in inovacije za družbeno korist, da se izboljša stanje tehnike oziroma znanstveno razumevanje pomembnih družbenih tem ter pozitivno vpliva na družbo in svet,

– informiranje organov kazenskega pregona in izvršilnih organov ter odgovarjanje na poizvedbe, ki temeljijo na neki pravni podlagi, zaradi preprečevanja, odkrivanja in pregona kaznivih dejanj, nezakonite uporabe, kršitev pogojev za uporabo storitev in pravilnikov ter drugih škodljivih načinov vedenja,

zakoniti interesi v smislu člena 6(1)(f) GDPR, če podjetje v navedene namene z uporabnikovim računom pri Facebook.com povezuje in uporablja podatke, zbrane iz drugih koncernovih storitev ter s tretjih spletnih mest in aplikacij, prek vanje vključenih vmesnikov, kot je „Facebook Business Tools“, ali prek piškotkov oziroma podobnih tehnologij za shranjevanje, nameščenih na računalniku ali mobilni terminalni opremi internetnega uporabnika?

5.

Ali so lahko v takem primeru zbiranje podatkov iz drugih koncernovih storitev ter s tretjih spletnih mest in aplikacij, prek vanje vključenih vmesnikov, kot je „Facebook Business Tools“, ali prek piškotkov oziroma podobnih tehnologij za shranjevanje, nameščenih na računalniku ali mobilni terminalni opremi internetnega uporabnika, povezovanje z uporabnikovim računom pri Facebook.com in uporaba oziroma uporaba že drugje zakonito zbranih in povezanih podatkov v posamičnem primeru utemeljeni tudi na podlagi člena 6(1)(c), (d) in (e) GDPR, na primer, da bi se lahko odgovorilo na poizvedbo po določenih podatkih, ki temelji na neki pravni podlagi

(točka (c)), preprečilo škodljivo vedenje in okrepilo varnost (točka (d)), opravljalo raziskave v družbeno koristne namene ter spodbujalo zaščito, integriteto in varnost (točka (e))?

6.

Ali je v razmerju do podjetja, ki ima prevladujoč položaj na trgu, kot je Facebook Ireland, mogoče dati učinkovito – zlasti prostovoljno, kot določa člen 4(11) GDPR – privolitev v smislu člena 6(1)(a) in člena 9(2)(a) GDPR?

Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen:

7.

(a) Ali lahko nacionalni organ za varstvo konkurence države članice, kot je Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence), ki ni nadzorni organ v smislu člena 51 GDPR in naslednjih in ki preiskuje kršitev nekega podjetja s prevladujočim položajem na trgu zoper prepoved zlorabe na področju konkurenčnega prava – pri kateri ne gre za vprašanje, ali se s pogoji tega podjetja, ki se nanašajo na obdelavo podatkov, in z izvajanjem teh pogojev krši GDPR – na primer v okviru presoje uravnoteženosti interesov sprejme ugotovitve v zvezi s tem, ali so pogoji tega podjetja, ki se nanašajo na obdelavo podatkov, in njihovo izvajanje skladni z GDPR?

(b) Če je odgovor pritrdilen: Ali ob upoštevanju člena 4(3) PEU to velja tudi takrat, ko pristojni vodilni nadzorni organ iz člena 56(1) GDPR istočasno vodi postopek preiskave v zvezi s pogoji tega podjetja, ki se nanašajo na obdelavo podatkov?

Če je odgovor na sedmo vprašanje pritrdilen, je potreben odgovor na tretje, četrto in peto vprašanje v zvezi s podatki, ki izhajajo iz uporabe koncernove storitve Instagram.

O b r a z l o ž i t e v

I.

Drugonavedena pritožnica (v nadaljevanju tudi: Facebook Ireland) v Evropi upravlja digitalno družbeno omrežje Facebook.com, ki je za zasebne uporabnike brezplačno. Prvonavedena pritožnica je njena ameriška matična družba. Tretjenavedena pritožnica je nemška sestrška družba podjetja Facebook Ireland, katerega podpira na področju oglaševanja, komunikacije in promocije (v nadaljevanju pritožnice skupaj tudi: Facebook).

Zasebni uporabnik si lahko pri Facebook.com odpre zasebno Facebook stran, prek katere lahko komunicira s tretjimi osebami. Med drugim lahko na svoji Facebook strani v polju „Newsfeed“ nalaga svoje prispevke in jih po lastni izbiri razširja med Facebook prijatelji ali po omrežju, poleg tega pa lahko v polju „Newsfeed“

prejema sporočila Facebook prijateljev ali drugih ponudnikov vsebin in podjetij, predstavljenih na Facebook.com, na katera se je naročil. V svojem polju „Newsfeed“ in v polju „Newsfeed“ Facebook prijateljev lahko s klikom na polja „družbenih vtičnikov“ (zlasti „Všeč mi je“ ali „Deli z drugimi“) prikaže tudi vsebine tretjih spletnih mest in aplikacij. Z vtičnikoma „Facebook Login“ in „Account Kit“ se lahko uporabnik s svojimi Facebook registracijskimi podatki prijavi na tretjih spletnih mestih in aplikacijah ali tam ustvari profil.

Facebook podjetjem ponuja vključitev polj „družbenih vtičnikov“ (zlasti „Všeč mi je“ in „Deli z drugimi“) ter „Facebook Login“ in „Account Kit“ na njihovih spletnih mestih in aplikacijah prek vnaprej določenih Facebook vmesnikov, imenovanih „Facebook Business Tools“. Ti vmesniki podpirajo podatkovni tok prek uporabnika do strani Facebook.com, ki ni odvisen od tega, ali uporabnik spletnega mesta ali aplikacije dejansko klikne na polje.

Spletna stran Facebook.com se financira prek spletnega oglaševanja, ki je prilagojeno posameznim uporabnikom družbenega omrežja in namenjeno temu, da se uporabniku prikažejo tisti oglasi, ki bi ga na podlagi njegovega osebnega potrošniškega vedenja, interesov, kupne moči in življenjskega položaja morda zanimali. Oglaševalci lahko prek „upravljavca oglasov“ podrobno opredelijo želeno ciljno skupino in prikažejo oglase uporabnikom, poleg tega pa se njihovi sezname strank v kodirani obliki posredujejo Facebooku, pri čemer se njihovo oglaševanje z uskladitvijo s podatki iz družbenega omrežja še nadalje izboljša. Oglaševalci lahko z nadaljnjo analizo in merilnimi orodji (poročila o oglasih in „Facebook Analytics“), ki jih Facebook prav tako ponuja pod imenom „Facebook Business Tools“, izmerijo uspešnost oglaševanja ter analizirajo svoje spletne storitve in pridobijo zbirne statistične podatke o svoji ciljni skupini. Enak rezultat se doseže tudi s povezovanjem vmesnikov („Facebook Pixel“ ali „SDK“), ki beležijo tudi uporabnikovo vedenje na tretjih spletnih mestih in aplikacijah, neodvisno od ravnanja uporabnika.

Koncern Facebook ponuja prek družbenega omrežja tudi druge storitve, na primer Instagram, ki ga v Evropi prav tako upravlja Facebook Ireland, financiran je z oglasi in brezplačen, namenjen pa je „deljenju“ fotografij in kratkih videoposnetkov; WhatsApp, ki ga v Evropi upravlja WhatsApp Ireland Ltd., ni financiran z oglasi in je brezplačen, namenjen pa je pošiljanju in prejemanju številnih medijev, kot so na primer besedilna sporočila, slike, videoposnetki, kontaktni podatki, dokumenti, lokacije, glasovna sporočila in glasovni klici, ter Oculus, ki ga v Evropi upravlja še ena hčerinska družba Facebook Technologies Ireland Ltd. in prodaja očala „za virtualno resničnost“ in programsko opremo. Facebook je do 13. marca 2020 poleg tega ponujal tudi storitev Masquerade za obdelavo in „deljenje“ fotografij.

Zasebni uporabniki s klikom na polje „Registracija“ prek Facebook.com sklenejo pogodbo o uporabi in se s tem hkrati strinjajo s pogoji za uporabo storitev, ki jih je določil Facebook Ireland. V skladu z njimi obdeluje Facebook Ireland osebne podatke, v zvezi s katerimi se za pojasnilo napotuje zlasti na pravilnika o podatkih

in piškotkih, ki ju je sestavil Facebook Ireland. Facebook Ireland nato prek dejavnosti uporabnika znotraj in zunaj družbenega omrežja zbira podatke v zvezi z uporabnikom in napravami ter jih dodaja v račun uporabnika, na katerega se nanašajo osebni podatki, na spletni strani Facebook.com. Kar zadeva uporabnikove dejavnosti zunaj družbenega omrežja, gre na eni strani za obiske tretjih spletnih mest in aplikacij („Facebook Business Tools“), ki so povezani s spletno stranjo Facebook.com, na drugi pa za uporabo drugih Facebookovih storitev, kot so Instagram, WhatsApp in Oculus, v zvezi s katerimi se podatki obdelajo „prek drugih Facebookovih podjetij in proizvodov“.

Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) je s sklepom z dne 6. februarja 2019 pritožnicam in podjetjem, ki so z njimi povezana v smislu člena 36(2) GWB (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence), na podlagi členov 19(1) in 32 GWB prepovedal v pogojih za uporabo storitev določeno obdelavo podatkov in izvajanje teh pogojev ter jim naložil korektivne ukrepe. Prepoved zajema uporabo pogojev za uporabo storitev, vključno s pravilnikoma o podatkih in piškotkih, v katerih so ti pogoji podrobneje določeni, v skladu s katerima je pogoj za to, da lahko zasebni uporabniki, ki so rezidenti Nemčije, uporabljajo omrežje Facebook.com, ta, da lahko Facebook Ireland brez uporabnikove privolitve zbira podatke o njem in napravah, ki jih pridobi na podlagi uporabe storitev, kot so Instagram, WhatsApp, Oculus in Masquerade, ter na podlagi obiskov tretjih spletnih mest ali aplikacij prek „Facebook Business Tools“, ter te podatke povezuje s podatki pri Facebook.com in jih uporablja (točka 1 izreka sklepa). Poleg tega je Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pritožnicam in podjetjem, ki so z njimi povezana v smislu člena 36(2) GWB, prepovedal (točka 2 izreka sklepa) izvajanje teh pogojev z dejanskimi postopki obdelave podatkov, ki jih Facebook Ireland opravlja na podlagi pravilnikov o podatkih in piškotkih, ter pritožnicam in podjetjem, ki so z njimi povezana v smislu člena 36(2) GWB, naložil, naj pogoje za uporabo storitev in njihovo izvajanje prilagodijo ter pri tem izrecno pojasnijo, da se podatki v zvezi z uporabnikom in napravami, ki so pridobljeni z uporabo storitev, kot so Instagram, WhatsApp, Oculus in Masquerade ter „Facebook Business Tools“, ne smejo – ali ne smejo brez privolitve uporabnika – zbirati, združevati s podatki pri Facebook.com in uporabljati (točka 3 izreka sklepa). Urad je v točki 4 izreka sklepa jasno navedel, da privolitev uporabnika ni podana, če je dostop do Facebook.com z njo pogojen.

Pritožnice so se 11. februarja 2019 pri Oberlandesgericht Düsseldorf pravočasno in v pravilni obliki pritožile proti sklepu urada Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence).

Facebook Ireland je – na pobudo Evropske komisije in nacionalnih združenj za varstvo potrošnikov iz držav članic – 31. julija 2019 uvedel nove – v bistvenem nespremenjene – pogoje za uporabo storitev, kjer je v točki 2 izrecno navedeno, da se uporabnik, namesto da bi plačal za uporabo Facebook proizvodov, strinja s prikazovanjem oglasov. Facebook od 28. januarja 2020 po vsem svetu ponuja tako imenovano Off-Facebook-Activity (dejavnost zunaj Facebooka) (v nadaljevanju:

OFA). S tem lahko uporabniki Facebooka dobijo vpogled v povzetek tistih informacij, ki jih Facebook v zvezi z njihovimi dejavnostmi pridobi na drugih spletnih mestih in aplikacijah, in ti podatki se na željo za nazaj in za v prihodnje ločijo od uporabnikovega računa pri Facebook.com.

II.

V določbah nemškega prava, upoštevni za presojo v pritožbenem postopku, je navedeno:

Člen 19(1) GWB v različici, ki je veljala do 18. januarja 2021, je določal:

(1) Zloraba pri izkoriščanju prevladujočega položaja na trgu s strani enega ali več podjetij je prepovedana.

Člen 19(1) GWB v različici, ki je veljala od 19. januarja 2021:

(1) Zloraba prevladujočega položaja na trgu s strani enega ali več podjetij je prepovedana.

Člen 32(1) GWB določa:

(1) Organ za varstvo konkurence lahko podjetju ali skupini podjetij naloži obveznost, da preneha s kršitvijo katere od določb iz tega dela oziroma iz člena 101 ali člena 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije.

III.

Uspešnost pritožbe družbe Facebook Ireland – ki je po ukinitvi storitve Masquerade in izjavi urada Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence), da iz izpodbijanega sklepa v zvezi s tem ne bo več uveljavljal nobenih pravic, uperjena samo še zoper preostale dele tega sklepa – je odvisna od odgovora na vprašanja za predhodno odločanje, postavljena v predložitveni odločbi. Zato je treba pred meritorno odločitvijo o tem pravnem sredstvu postopek ustaviti in v skladu s členom 267 PDEU pri Sodišču Evropske unije vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe.

1. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) je svojo odredbo, oprto na člen 19(1) in člen 32 GWB, najprej utemeljil s tem, da obdelava podatkov iz ločeno ponujanih storitev koncerna Facebook.com in iz storitve „Facebook Business Tools“, kot je opredeljena in izvajana v skladu s pogoji za uporabo storitev, pomeni zlorabo prevladujočega položaja na trgu za družbena omrežja za zasebne uporabnike v Nemčiji v obliki vsiljevanja nepoštenih pogojev uporabnikom v smislu splošne določbe iz člena 19(1) GWB, ker je ta obdelava podatkov kot izraz tržne moči v nasprotju z GDPR, saj ni zadostne objektivne utemeljitve v smislu člena 6(1) in člena 9(2) GDPR. Poleg tega naj bi imela zloraba omejevalne učinke, ki škodujejo konkurentom na trgu družbenih omrežij in na tretjih trgih. Dodatno tehtanje interesov v okviru konkurenčnega prava naj

ne bi bilo potrebno, poleg tega pa naj bi vodilo v enak rezultat kot tehtanje interesov v okviru prava na področju varstva podatkov. Ker zaščitni koncept, ki je bil v nemški sodni praksi razvit v povezavi s splošno določbo iz člena 19(1) GWB, v evropski sodni praksi in uporabi v praksi doslej ni našel ustreznice, je bila odločba oprta zgolj na člen 19(1) GWB, ki je strožji od člena 102 PDEU.

Medtem ko bo morala biti odredba urada Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) razveljavljena v delu, v katerem je uperjena proti prvonavedeni in tretjenavedeni pritožnici ter vsem podjetjem, ki so s pritožnicami povezana v smislu člena 36(2) GWB, ker zadnjenavedena niso bila udeležena v upravnem postopku in v postopku niso dobila pravice do izjave in ker odredba ne vsebuje nobene obrazložitve, zakaj sta obravnavani prvonavedena in tretjenavedena pritožnica, in ker do presoje, ki jo je treba opraviti na podlagi člena 32(1) GWB, ne more priti prvič v pritožbenem postopku, senat glede družbe Facebook Ireland meni:

(a) Družba Facebook Ireland je na upoštevem trgu ponudbe digitalnih družbenih omrežij za zasebne uporabnike, ki ga je mogoče za namene nadzora nad zlorabo nacionalno zamejiti, saj ima omrežje v skladu z neizpodbijanimi ugotovitvami Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) učinke predvsem znotraj Nemčije, prevladujoča na trgu, zaradi česar zanjo velja člen 19(1) GWB.

(b) Pogoji za uporabo storitev družbe Facebook Ireland in njihovo izvajanje, ki so v nasprotju z GDPR, lahko pomenijo vsiljevanja nepoštenih pogojev zasebnim uporabnikom v smislu splošne določbe iz člena 19(1) GWB, ker člen 19 GWB – tako kot člen 102 PDEU – potrošnikov ne ščiti le posredno pred izkrivljanjem pogojev konkurence, pogojenim s tržno močjo, temveč tudi neposredno pred izkoriščanjem s strani podjetja, ki ima prevladujoč položaj na trgu, neodvisno od učinkov na konkurenčno strukturo (glej sodbo Sodišča z dne 15. marca 2007, *British Airways/Komisija*, C-95/04, točka 106; BGH (zvezno sodišče, Nemčija), sodba z dne 7. decembra 2010 – KZR 5/10, točka 55, *Entega II*). Za konkurenco relevantna škoda naj bi izhajala iz kršitve uporabnikove svobode razpolaganja z osebniimi podatki, ki je zaščitena z GDPR. Do primerjalne analize trga in ugotavljanja bistvenega odstopanja od primerljivih pogojev, ki se opravlja z namenom, da bi se ugotovilo, ali gre za pretirano visoke cene, ki pomenijo zlorabo, v smislu člena 19(2)(2) GWB, ne pride, kadar je z očitano zlorabo storjena (pomembna) kršitev zakona (glej BGH, sodba z dne 6. novembra 2013 – KZR 58/11, točka 66, *juris*, *VBL-Gegenwert I*). Potem tudi ni nobenega prostora za tehtanje interesov, ki se načeloma zahteva tudi v okviru splošne določbe iz člena 19(1) GWB (glej BGH, sodba z dne 7. junija 2016, KZR 6/15, točka 48, *juris* – *Pechstein/International Skating Union* (ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)). Vzročna povezava, ki se v skladu s členom 19(1) GWB in členom 102, prvi odstavek, PDEU zahteva med zlorabo in tržno močjo (glej Sodišče, sodba z dne 14. novembra 1996, C-333/94, točka 27, *Tetrapak* [ECLI:EU:C:1996:436]; sodba z dne 14. februarja 1978 – C-27/76, točka 248/257, *United Brands* (ECLI:EU:C:1978:22); BGH, sklep z dne 23. junija

2020, KVR 69/19, točka 73, juris, Facebook (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)) bi bila podana, in sicer tako v smislu širše razumljene vzročnosti ravnanja, ker za Facebook Ireland ob delujoči konkurenci ne bi bilo smiselno uporabljati pogojev glede obdelave podatkov, ki je po GDPR nedopustna, kot tudi v smislu vzročnosti izida, ker uporabniki – čeprav lahko GDPR kršijo tudi podjetja, ki nimajo prevladujočega položaja na trgu – v primeru, če pravila krši tako rekoč monopolno podjetje, kot je Facebook Ireland, praktično nimajo nobene možnosti, da bi se temu izognila (glej tudi sodbi z dne 5. oktobra 1988, C-247/86, Alsatel (ECLI:EU:C:1988:469) in z dne 27. marca 1974, C-127/73, BRT in Société belge (ECLI:EU:C:1974:25), v katerih Sodi e ni podvomilo v povezavo med zlorabo in tržno močjo). Facebook Ireland se v primeru zlorabe ne more sklicevati na koncernski privilegij iz člena 36(2) GWB (glej Sodi e, sodba z dne 24. oktobra 1996, C-73/95 P, točka 17, Viho; BGH, sklep z dne 6. novembra 2012 – KVR 54/11, točki 19 in 22, juris, Gasversorgung Ahrensburg; sodba z dne 23. junija 2009, KZR 21/08, točka 16, juris, Entega I).

(c) Odredba je formalno nezakonita, ker Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) v nasprotju s členom 3(1), drugi stavek, Uredbe Sveta (ES)  t. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe ni preučil izpolnjevanja pogojev iz člena 102(1) PDEU, čeprav prevladujoči položaj podjetja Facebook Ireland na trgu v Nemčiji ustreza prevladujočemu položaju na znatnem delu notranjega trga v smislu  lena 102(1) PDEU (glej Sodi e, sodba z dne 23. aprila 1991, C-41/90, točka 28, H fner-Elsner; sodba z dne 9. novembra 1983, C-322/81, točka 28, Michelin (ECLI:EU:C:1983:313)) in bi bilo treba na podlagi ugotovitve, da ima kr itevi GDPR „dejanske in potencialne oviralne učinke v škodo tekmecev“ (točka 885 sklepa Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence)), upoštevat tudi predpostavko meddr avnosti iz člena 102(1) PDEU (glej Sodi e, sodba z dne 23. aprila 1991, C-41/90, točka 32, H fner-Elsner; sodba z dne 9. novembra 1983, C-322/81, točka 104, Michelin (E-CLI:EU:C:1983:313)). [...] (ni prevedeno). Zaradi [...] (ni prevedeno) vzporednosti člena 19(1) GWB in člena 102(1) PDEU (glej BGH, sodba z dne 8. aprila 2014, KZR 53/12, točka 46, juris, VBL-Versicherungspflicht; sodba z dne 6. novembra 2013, KZR 58/11, točka 51, juris, VBL-Gegenwert I) sicer postopkovna napaka ni upoštevena,  e je odredba po členu 19(1) GWB zakonita in,  e je v skladu s členom 19(1) GWB nezakonita,  e ne povzroči večjih nezakonitih posledic.

(d) Zato se postavlja vprašanje, ali lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) ugotovi, ali so pogoji za uporabo storitev podjetja Facebook Ireland in njihovo izvajanje v nasprotju z GDPR, in zoper zadevno kršitev izre e odrejene popravne ukrepe.

(aa) Zato bi bilo treba z vprašanjem za predhodno odločanje 1. (a) pojasniti, ali je združljivo s pravili o pristojnosti, sodelovanju in skladnosti iz člena 51 GDPR in naslednjih, zlasti člena 56(1) GDPR, in pravili o nalogah in pooblastilih iz členov 57 in 58 GDPR, da Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) v okviru nadzora kršitev konkurenčnega prava ugotovi, da podjetje Facebook

Ireland s svojimi pogoji za uporabo storitev in njihovim izvajanjem krši GDPR ter odredi popravne ukrepe. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) namreč ni nadzorni organ v smislu GDPR, vodilni nadzorni organ v smislu člena 56(1) GDPR pa je irski nadzorni organ, saj je Facebook Ireland „glavna ustanovitev“ podjetja Facebook v Evropi, ki upravlja družbeno omrežje v Evropi, ki uporablja enotne pogoje za uporabo storitev v vseh državah članicah Unije in ki je odgovorna za obdelavo osebnih podatkov za celotno področje Evropske unije v smislu člena 4(7) GDPR.

Kolikor je treba v tem kontekstu upoštevati tudi možnost civilnopravnega varstva v skladu s členom 82 GDPR in zlasti možnost drugih sankcij v skladu s členom 84(1) GDPR, senat opozarja, da člena 19 in 32 GWB ne spadata med predpise, o katerih je Nemčija obvestila Evropsko komisijo v skladu s členom 84(2) GDPR (točka 201 utemeljitve pritožbe).

(bb) Če je združljivo s pravili GDPR o pristojnosti, da Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pri nadzoru kršitev konkurenčnega prava ugotovi, da pogoji za uporabo storitev in njihovo izvajanje kršijo GDPR, ter na tej podlagi sprejme ukrepe, bi bilo treba v odgovoru na vprašanje za predhodno odločanje 1. (b) pojasniti, ali je to združljivo z načelom lojalnega sodelovanja iz člena 4(3) PEU, če to kršitev že preiskuje vodilni nadzorni organ iz člena 56(1) GDPR, kot je irski nadzorni organ, ki se je po navedbi podjetja Facebook, ki ji druge stranke ne nasprotujejo (točki 188 in 217 utemeljitve pritožbe), v sodelovanju z drugimi zadevnimi nadzornimi organi v Uniji že v času sprejetja upravne odločbe in tudi pozneje preiskoval, ali podjetje Facebook pri obdelavi podatkov krši GDPR.

(e) Če lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pri nadzoru kršitev konkurenčnega prava ugotovi, da podjetje Facebook Ireland s pogoji za uporabo storitev in njihovim izvajanjem krši GDPR ter odredi popravne ukrepe, potem je treba odgovoriti še na vprašanje, ali so pogoji za uporabo storitev (konkretizirani s pravilnikoma o podatkih in piškotkih), ki se nanašajo na obdelavo iz drugih koncernovih storitev in iz orodij „Facebook Business Tools“ (v nadaljevanju skupaj tudi: podatki Off-Facebook) in njihovo izvajanje v nasprotju z GDPR in ali lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) prepove pogoje za uporabo storitev in njihovo izvajanje ter odredi, da do obdelave teh podatkov ne sme priti ali da se lahko obdelajo le ob privolitvi uporabnika, uporaba Facebook.com pa ne sme biti odvisna od te privolitve.

(aa) Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pravilno domneva, da gre pri podatkih Off-Facebook za osebne podatke v smislu člena 4(1) GDPR (glej Sodišče, sodba z dne 19. oktobra 2016, C-582/14, točka 49, Breyer; sodba z dne 24. novembra 2011, C-70/10, točka 51, Scarlet; BGH, predložitvena odločba za Sodišče z dne 5. oktobra 2017, I ZR 7/16, točka 23, juris, Cookie-Einwilligung I (ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0)), da uporaba podatkov za namene personalizacije omrežja in oglaševanja pomeni „oblikovanje profilov“ v smislu člena 4(4) GDPR ter da je družba Facebook Ireland odgovorna za obdelavo

podatkov v smislu člena 4(7) GDPR (glej Sodišče, sodba z dne 29. julija 2019, C-40/17, točka 84, Fashion ID (ECLI:EU:C:2019:629)).

(bb) Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pravilno meni, da se s klikom na polje „Registracija“ – tudi ob upoštevanju točke 2 novih pogojev za uporabo storitev z dne 31. julija 2019 – ne poda privolitve za obdelavo podatkov Off-Facebook v skladu s členom 6(1)(a) in členom 9(2)(a) GDPR (glej Sodišče, sodba z dne 1. oktobra 2019, C-673/17, točka 58 in naslednje, Planet49 (ECLI:EU:C:2019: 801)) in da privolitev uporabnika, ki jo Facebook Ireland pridobi za uporabo podatkov iz „Facebook Business Tools“ zaradi prikazovanja personaliziranih oglasov, zadeva samo uporabo podatkov v ta namen, ne pa splošnega zbiranja in povezovanja z računom pri Facebook.com. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) pravilno meni, da možnost blokiranja ali izbrisa piškotkov v terminalni opremi ali spletnem brskalniku uporabnika, možnost resetiranja oglaševalskih ID v operacijskem sistemu mobilne naprave in konec januarja 2020 uvedena funkcija OFA ne izpolnjujejo pogojev za privolitev v skladu s členom 6(1)(a) in členom 9(2)(a) GDPR.

(cc) Ker sta v pogojih za uporabo storitev predvidena obdelava podatkov Off-Facebook in izvajanje teh pogojev – tudi v koncernu – zakonita, če je podana vsaj ena od utemeljitev iz člena 6(1)(a) do (f) GDPR, in ker je Sodišče glede enako glaseče se prejšnje določbe člena 7 iz direktive o varstvu podatkov 95/46/ES odločilo, da ta določa izčrpen in taksativen seznam primerov, v katerih je mogoče šteti, da je obdelava osebnih podatkov zakonita in da države članice ne smejo niti dodati novih načel glede zakonitosti obdelave osebnih podatkov poleg tega člena, niti določiti dodatnih zahtev, ki bi spreminjale obseg enega od šestih načel, določenih v navedenem členu (glej Sodišče, sodba z dne 29. julija 2019, C-40/17, točka 55, Fashion ID (ECLI:EU:C:2019:629); sodba z dne 19. oktobra 2016, C-582/14, točka 57, Breyer; sodba z dne 24. novembra 2011, C-468/10 in C-469/10, točki 30 in 32, ASNEF in FECEMD), je treba odgovoriti na vprašanje, ali je v pogojih za uporabo storitev predvidena in izvajana obdelava podatkov Off-Facebook lahko v vseh primerih zakonita izključno na podlagi privolitve. Samo takrat bi namreč lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) odredil, da se zaradi varstva podatkov ne smejo obdelati oziroma da se lahko obdelajo le na podlagi privolitve.

(1) Facebook Ireland ponuja v okviru svojega družbenega omrežja v skladu s točko 1 veljavnih pogojev za uporabo storitev (Priloga Bf 9) pod naslovom „Storitve, ki jih zagotavljamo“ – kolikor je tu relevantno – v bistvenem naslednje pogodbene storitve: 1. personalizacijo vsebin, 2. prikazovanje personaliziranih oglasov, 3. varnost uporabnikov in omrežja, 4. izboljševanje proizvodov ter 5. dosledno in nemoteno uporabo proizvodov podjetja Facebook.

Facebook Ireland iz uporabe koncernovih storitev in iz „Facebook Business Tools“ zbira podatke o uporabnikih in napravah, ki so posebej navedeni v njegovem pravilniku o podatkih pod naslovom „Katere vrste podatkov zbiramo?“ (Priloga Bf 10), jih povezuje s podatki, ki so bili zbrani in shranjeni pri uporabi

Facebook.com, in jih uporablja v skladu s pojasnili pod naslovom „Kako uporabljamo te podatke?“ za namene zagotavljanja, prilagajanja in izboljševanja svojih proizvodov, zagotavljanja storitev merjenja, analitike in drugih poslovnih storitev, promoviranja varnosti, integritete in zaščite, komuniciranja z uporabniki ter raziskovanja in inovacij za družbeno korist in v skladu s pojasnili pod naslovom „Kako družbe Facebook sodelujejo?“ „tudi v vseh družbah Facebook“.

Facebook Ireland v skladu s svojim pravilnikom o piškotkih (Priloga Bf 11) pri uporabi koncernovih storitev in obiskovanju tretjih spletnih mest in aplikacij, v katere so vključena orodja „Facebook Business Tools“, namešča piškotke ali uporablja druge tehnologije shranjevanja ter prek tega brez nadaljnega ravnanja uporabnika zbira podatke o uporabniku in napravah, ki jih uporablja za zagotavljanje svojih storitev ter za namene varnosti, oglaševanja in analize.

Vrste posameznih zbranih in uporabljenih podatkov so razvidne iz pravilnika o podatkih pod naslovom „Katere vrste podatkov zbiramo?“ (Priloga Bf 10) in točka 2, od (a) do (d), izreka sklepa urada.

Facebook Ireland se v pravilniku o podatkih (Priloga Bf 10) pod naslovom „Kakšna je naša pravna podlaga za obdelovanje podatkov?“ sklicuje na vse objektivne utemeljitve iz člena 6(1) GDPR. Pod naslovom „Preberite več o teh pravnih podlagah“ (Priloga Bf 12) se Facebook Ireland sklicuje na *privolitev* v smislu člena 6(1)(a) GDPR 1. za obdelovanje posebej zaščitenih podatkov, ki jih je uporabnik objavil v svojem profilu na Facebook.com, da se ti podatki lahko delijo z izbranimi osebami in da se personalizira vsebina, 2. za uporabo tehnologije za prepoznavanje obrazov, 3. za uporabo podatkov, ki jih o uporabnikovi dejavnosti zunaj Facebookovih proizvodov zagotovijo oglaševalci in partnerska podjetja zaradi prikazovanja personaliziranih oglasov, 4. za deljenje podatkov, na podlagi katerih je uporabnika mogoče osebno prepoznati, z oglaševalci, 5. za zbiranje podatkov, za katere uporabnik dovoli prejemanje prek nastavitev v napravi, tako da jih omogoči (dostop do lokacije GPS, fotoaparata ali fotografij). Za te namene pridobi Facebook Ireland ločeno privolitev uporabnika oziroma uporabniku ponudi možnost nasprotovanja (pri prepoznavi obraza).

Facebook Ireland se v navedenem dokumentu (Priloga Bf 12) sklicuje na razlog, da je obdelava potrebna za izvajanje pogodbe v smislu člena 6(1)(b) GDPR, in sicer za 1. zagotavljanje, personalizacijo in izboljševanje proizvodov podjetja, 2. promoviranje varnosti, integritete in zaščite, 3. prenašanje podatkov zunaj Evropskega gospodarskega prostora, 4. komunikacijo z uporabnikom in 5. zagotavljanje doslednih in nemotenih izkušenj z vsemi Facebookovimi proizvodi.

Facebook Ireland se na razlog zakonitih interesov iz člena 6(1)(f) GDPR sklicuje 1. v zvezi z mladoletnimi osebami, ter zaradi 2. zagotavljanja meritev, analitičnih podatkov in drugih poslovnih storitev, 3. zagotavljanja trženjskih sporočil, 4. raziskav in inovacij za družbeno korist in 5. deljenja podatkov z drugimi, vključno z organi pregona, in odzivanja na poizvedbe, na neki pravni podlagi.

Facebook Ireland se dalje sklicuje na razloge izpolnitve zakonske obveznosti (člen 6(1)(c) GDPR), zaščite življenjskih interesov (člen 6(1)(d) GDPR) in izvajanja nalog v javnem interesu (člen 6(1)(f) GDPR) (glej posebej Prilogo Bf 12).

(2) Privolitve bi bila potrebna, kadar in kolikor gre pri zbiranju, povezovanju z računom pri Facebook.com in uporabi tako imenovanih podatkov Off-Facebook za širjenje posebnih vrst osebnih podatkov v smislu člena 9(1) GDPR in razen privolitve v skladu s členom 9(2)(a) GDPR ni mogoča nobena druga oblika dovoljenja.

(a) Z odgovorom na vprašanje za predhodno odločanje 2. (a) bi bilo treba pojasniti, ali – kot meni Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) (točka 584 in naslednje sklepa urada) – gre pri zbiranju podatkov z obiskom tretjih strani in aplikacij prek „Facebook Business Tools“, piškotkov in drugih tehnologij shranjevanja in/ali njihovega povezovanja z uporabnikovim računom pri Facebook.com in/ali uporabo za obdelavo občutljivih podatkov v smislu člena 9(1) GDPR, kadar gre za spletna mesta ali aplikacije, ki vsebujejo podatke iz te določbe, kot so na primer aplikacije za zmenke, platforme za iskanje istospolnih partnerjev, spletna mesta političnih strank ali z zdravjem povezana spletna mesta (točka 587 sklepa urada).

Pri tem je treba tudi pojasniti, ali zadoščajo že podatki o obisku spletnega mesta ali aplikacije kot taki oziroma ali je moral uporabnik tam tudi kaj vnesti, na primer se registrirati ali izvršiti naročila, in kako razlagati pojma „podatki, ki razkrivajo“ v smislu prve vrste podatkov in „podatki“ v smislu druge vrste podatkov iz člena 9(1) GDPR. Iz ubeseditve, ki zadeva prvo kategorijo podatkov iz člena 9(1) GDPR („podatki, ki razkrivajo“), bi lahko bilo razvidno, da je tu prepovedana že obdelava „izvornih podatkov“, torej recimo obiskov spletnih mest ali vnosov uporabnika, tako da je pomembno, kdaj gre pri tem za občutljive podatke, „ki razkrivajo“. Nasprotno se pri drugi kategoriji podatkov iz člena 9(1) GDPR zdi, da je prepovedana le obdelava samih občutljivih podatkov, tako da je pomembno, ali so obiski zadevnih spletnih mest oziroma zadevni vnosi uporabnika sami po sebi lahko občutljivi podatki, čeprav je sicer razlikovanje prek pravne opredelitve v členu 4(15) GDPR že spet relativizirano, saj bi se podatki o zdravstvenem stanju prav tako lahko šteli za podatke, ki „razkrivajo“ informacije o zdravstvenem stanju. Pojasniti je treba tudi, ali je namen uporabe pomemben za presojo, v tem primeru torej na primer personalizacija družbenega omrežja in oglaševanja, varnost omrežja, izboljševanje storitev, zagotavljanje storitev merjenja in analitike za oglaševalske partnerje, raziskovanje za družbeno korist, odgovarjanje na poizvedbe, ki temeljijo na neki pravni podlagi, in izpolnjevanje pravnih zavez, zaščita življenjskih interesov uporabnikov in tretjih ter izvajanje nalog v javnem interesu.

(b) Kolikor gre za občutljive podatke v smislu člena 9(1) GDPR, bi bilo treba z vprašanjem za predhodno odločanje 2. (b) pojasniti, ali jih je uporabnik sam objavil (člen 9(2)(e) GDPR), s tem ko je obiskal spletno mesto ali aplikacijo in/ali

tam vnesel podatke in/ali kliknil na polja, vključena v ta spletna mesta in aplikacije, ki jih ponuja Facebook Ireland, namreč „družbene vtičnike“ („Všeč mi je“, „Deli z drugimi“) oziroma „Facebook Login“ ali „Account Kit“, ker bi potem izgubil posebno zaščito iz člena 9(1) GDPR, ne da bi bila potrebna privolitev iz člena 9(2)(a) GDPR. Drugi razlogi, iz katerih je obdelava na podlagi člena 9(2) GDPR dovoljena, zaradi področja poslovanja družbe Facebook praktično ne pridejo v poštev oziroma jih Facebook vsaj ne uveljavlja oziroma ne navaja v pogojih za uporabo storitev.

(3) Kolikor Facebook Ireland pri uporabi drugih koncernovih storitev in obisku spletnih mest in aplikacij, v katere so vključena orodja „Facebook Business Tools“, zbira podatke tudi prek piškotkov in podobnih tehnologij shranjevanja v terminalni opremi uporabnikov, se poleg tega uporablja člen 5(3) Direktive 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah). Kot je odločilo Bundesgerichtshof (zvezno sodišče, Nemčija), GDPR ne posega v uporabo te določbe, tako da se še naprej uporablja člen 15(3), prvi stavek, Telemediengesetz (zakon o telekomunikacijskih storitvah), s katerim je bila v nacionalno zakonodajo prenesena Direktiva 2002/58/ES, in ga je treba v skladu z direktivo razlagati tako, da je za uporabo piškotkov za oblikovanje uporabniških profilov za namene oglaševanja ali trženjskih raziskav potrebna privolitev uporabnika (glej BGH, sodba z dne 28. maja 2020, I ZR 7/16, točka 47 in naslednje. juris, Cookie-Einwilligung II; glej tudi Sodišče, sodba z dne 1. oktobra 2019, C-673/17, točka 38 in naslednje, Planet49 (E-CLI:EU:C:2019:801); sodba z dne 29. julija 2019, C-40/17, točka 88 in naslednje, Fashion ID (ECLI:EU:C:2019:629)). Vprašanje, ali privolitev, ki je bila pridobljena za uporabo podatkov, pridobljenih od partnerjev, za prikazovanje personaliziranih oglasov, za to zadošča, pa v obravnavani zadevi ni več bistveno, saj je Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) kršitev družbe Facebook zoper prepoved zlorabe prevladujočega položaja iz člena 19(1) GWB utemeljil le s tem, da so se podatki obdelovali v nasprotju z GDPR, in ne v nasprotju s členom 15(3), prvi stavek, zakona o telekomunikacijskih storitvah.

(4) Kadar in kolikor privolitev iz člena 9(2)(a) GDPR ni potrebna – torej pri obdelavi podatkov iz drugih koncernovih storitev, v primeru katerih Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) ni ugotovil, da gre za obdelavo morebitno občutljivih podatkov v smislu člena 9(1) GDPR, in pri obdelavi podatkov iz „Facebook Business Tools“, kadar ne gre za občutljive podatke ali jih je uporabnik sam objavil – je pomembno, ali in v kakšnem obsegu se Facebook Ireland v zvezi z obdelavo podatkov Off-Facebook lahko sklicuje na druge pogoje iz člena 6(1) GDPR. Senat meni, da v primeru, ko uporabnik podatke v smislu člena 9(2)(e) GDPR objavi sam, preneha le prepoved obdelave po prvem odstavku te določbe, ne pa tudi zahteva, da mora biti podan pogoj iz člena 6(1) GDPR (glej uvodno izjavo 51, peti stavek).

(a) V odgovoru na tretje vprašanje za predhodno odločanje bi bilo treba pojasniti, ali se Facebook Ireland, kadar, kot je navedeno zgoraj, 1. personalizacijo vsebin, 2. prikazovanje personaliziranih oglasov 3. varnost uporabnikov in omrežja, 4. izboljševanje proizvodov ter 5. dosledno in nemoteno uporabo proizvodov podjetja Facebook ponuja kot pogodbeno storitev, lahko sklicuje na razlog potrebnosti za izvajanje pogodbe iz člena 6(1)(b) GDPR ali pa na razlog upoštevanja zakonitih interesov iz člena 6(1)(f) GDPR, kadar podatke Off-Facebook v te namene zbira, jih povezuje z računom pri Facebook.com in uporablja.

Po mnenju senata iz sodne prakse Sodišča glede vprašanja potrebnosti (glej Sodišče, sodba z dne 4 maja 2017, C-13/16, točka 30, Rigas satiksme) in iz navedb Evropskega odbora za varstvo podatkov v njegovih smernicah 2/19 (točke 2, 26 in naslednje, 48 in naslednje. 57, Priloga Bf 42B) v marsičem izhaja, da je obdelava podatkov za namen prikazovanja personaliziranih oglasov, za katero piškotki niso potrebni, za varnost uporabnika in omrežja ter za izboljševanje proizvodov vsekakor lahko v zakonitem interesu podjetja, pri čemer si je glede na to mogoče predstavljati tudi, da se obdelava podatkov zaradi personalizacije vsebin ter po možnosti tudi zaradi dosledne in nemotene uporabe proizvodov podjetja Facebook obravnava kot potrebna za izvajanje pogodbe.

V skladu s tem bi lahko bila na primer obdelava podatkov iz aplikacije WhatsApp zaradi varnosti uporabnika in omrežja v upravičenem interesu podjetja Facebook Ireland, ker podjetje, kot je pod naslovom „Kako družbe Facebook sodelujejo?“ v pravilniku o podatkih (Priloga Bf 10) samo navedlo, uporablja informacije o računih aplikacije WhatsApp, ki pošiljajo neželjeno pošto, da ukrepa proti takim računom na Facebook.com, medtem ko taka obdelava ne bi smela biti niti potrebna zaradi izpolnjevanja pogodbe niti utemeljena zaradi drugih upravičenih razlogov, saj Facebook Ireland aplikacije WhatsApp ne uporablja za namene proizvodov in personalizacije na Facebook.com (točka 746 sklepa urada).

Obdelava podatkov iz aplikacije Instagram bi lahko, kolikor do nje pride zaradi personalizacije vsebin in nemotene uporabe Facebook proizvodov (s čimer se uporabniku lahko pokažejo osebe ali vsebine na Facebook.com, ker bi ga lahko tudi tam zanimalo), bila potrebna zaradi izpolnjevanja pogodbe ali vsekakor bila v zakonitem interesu Facebook Ireland. Tudi ko gre za prikazovanje personaliziranih oglasov, varnost omrežja in izboljševanje proizvodov bi bila lahko ta obdelava podatkov v zakonitem interesu podjetja. Facebook Ireland po lastnih navedbah recimo uporablja podatke aplikacije Instagram o računih, na katerih opazi sporno vedenje ali je očitno, da so vpleteni v protizakonite dejavnosti, da bi zagotovil varnost uporabnikov Facebooka (točka 465 utemeljitve pritožbe). Enako bi načeloma lahko veljalo za obdelavo podatkov iz aplikacije Oculus, čeprav doslej v tem smislu ni bilo ugotovljeno, v kakšne namene se ti podatki pri Facebook.com konkretno uporabljajo.

Obdelava podatkov iz „Facebook Business Tools“, zlasti iz družbenih vtičnikov „Všeč mi je“ in „Deli z drugimi“ ter iz „Facebook Login“ in „Account Kit“, bi

lahko bila potrebna zaradi izpolnjevanja pogodbe ali vsekakor bila v zakonitem interesu Facebook Ireland, kolikor ima za posledico personalizacijo vsebin in nemoteno uporabo Facebook proizvodov. Pogoj za to je, da uporabnik klikne na ustrezna polja, vse skupaj pa mora biti omejeno na vsakokrat potrebne procese obdelave podatkov. Neodvisno od klika na polja bi lahko bilo zbiranje podatkov in njihovo povezovanje z računom pri Facebook.com v zakonitem interesu podjetja Facebook Ireland, kadar je uporabnik privolil v uporabo podatkov za prikazovanje personaliziranih oglasov. Tudi varnost omrežja ali izboljševanje proizvodov bi lahko bila v zakonitem interesu podjetja Facebook Ireland za obdelavo podatkov. Tako Facebook po lastnih navedbah uporablja podatke iz „družbenih vtičnikov“, da iz množice obiskov spletnih mest v kratkem času prepozna, ali poskušajo biti odpreti in upravljati Facebook račune (točka 465 utemeljitve pritožbe).

(b) S četrtem vprašanjem za predhodno odločanje bi bilo treba pojasniti, ali bi lahko tudi

– mladostnost uporabnikov za namene personalizacije vsebin in oglaševanja, izboljševanja proizvodov, varnosti omrežja in netrženjske komunikacije z uporabnikom,

– zagotavljanje meritev, analitičnih podatkov in drugih poslovnih storitev za oglaševalce, razvijalce in druge partnerje, da lahko ti ocenijo in izboljšajo svoje storitve,

– zagotavljanje trženjske komunikacije z uporabnikom, da lahko Facebook Ireland s tem izboljša svoje proizvode in izvaja neposredno trženje,

– raziskave in inovacije za družbeno korist, da se izboljša stanje tehnike oziroma znanstveno razumevanje pomembnih družbenih tem ter pozitivno vpliva na družbo in svet,

– informacije organov kazenskega pregona in izvrševanja ter odgovori na poizvedbe, ki temeljijo na neki pravni podlagi, zaradi preprečevanja, odkrivanja in pregona kaznivih dejanj, nezakonite uporabe, kršitev pogojev za uporabo storitev in pravilnikov ter drugih škodljivih načinov vedenja,

pomenili upravičene interese v smislu člena 6(1)(f) GDPR za zbiranje, povezovanje z uporabnikovim računom pri Facebook.com in uporabo podatkov Off-Facebook v te namene.

Zlasti je treba pojasniti, ali se Facebook Ireland glede mladoletnikov, ki starosti 16 let – ki v Nemčiji ni bila znižana, kot to omogoča člen 8(1), tretji stavek, GDPR – za samostojno privolitev na podlagi člena 6(1)(a) GDPR niso dosegli (člen 8(1) GDPR) in ki v skladu z – kot je doslej razvidno enotno – nemško strokovno literaturo samostojno ne morejo skleniti veljavne pogodbe o uporabi v smislu člena 6(1)(b) GDPR z družbenim omrežjem, ker ta – zaradi obdelave podatkov – ni zgolj pravno ugodna (člen 107 BGB; glej Klumpp v: Staudinger,

BGB, predelana izdaja 2017, člen 107, točka 30; Spickhoff v: MüKoBGB, 8. izdaja 2018, člen 107, točka 82; Mansel v: Jauernig, BGB, 18. izdaja 2021, člen 107, točka 3), in ki nimajo zahtevanega soglasja staršev, za obdelavo podatkov iz drugih koncernovih storitev in iz orodij „Facebook Business Tools“, lahko sklicuje na razlog upoštevanja zakonitih interesov iz člena 6(1)(f) GDPR.

Pomisleki se porajajo tudi glede tega, ali je obdelavo podatkov Off-Facebook mogoče upravičiti z interesom za raziskave in inovacije za družbeno korist, da se izboljša stanje tehnike oziroma znanstveno razumevanje pomembnih družbenih tem ter pozitivno vpliva na družbo in svet.

Nasprotno bi uporaba podatkov iz „Facebook Business Tools“ zaradi zagotavljanja meritev, analitičnih podatkov in drugih poslovnih storitev za oglaševalce, razvijalce in druge partnerje, da lahko ti ocenijo in izboljšajo svoje storitve, vsekakor lahko bila v zakonitem interesu podjetja Facebook Ireland (in partnerjev), če so uporabniki privolili v uporabo podatkov partnerjev zaradi prikazovanja personaliziranih oglasov. Kadar in kolikor je obdelava podatkov iz drugih koncernovih storitev in/ali „Facebook Business Tools“ upravičena zaradi izboljševanja proizvodov, bi to lahko veljalo tudi za uporabo za namene zagotavljanja trženjske komunikacije z uporabnikom, da lahko Facebook Ireland s tem izboljša svoje proizvode in jih neposredno trži.

Prav tako bi lahko v zakonitem interesu podjetja Facebook Ireland prišlo do zbiranja, povezovanja z računom pri Facebook.com in uporabe ali uporabe že drugje zakonito zbranih in povezanih podatkov Off-Facebook zaradi posredovanja informacij organom kazenskega pregona in izvršilnim organom ter odgovorov na poizvedbe, ki temeljijo na neki pravni podlagi, zaradi preprečevanja, odkrivanja in pregona kaznivih dejanj, nezakonite uporabe, kršitve pogojev za uporabo storitev in pravilnikov ter drugih škodljivih načinov vedenja.

Pri potrebnem tehtanju bi bilo morda – poleg zakonsko določene pravice do ugovora iz člena 21 GDPR – treba upoštevati, da imajo glede „Facebook Business Tools“ ponudniki tretjih spletnih storitev, ki so ta orodja vključili, možnost, da podatkovni tok do podjetja Facebook Ireland odložijo, dokler ne pridobijo privolitve uporabnika (točka 868 sklepa urada), in da Facebook od 28. januarja 2020 ponuja funkcijo OFA, s katero lahko uporabniki Facebook.com dobijo vpogled v povzetek tistih informacij, ki jih Facebook v zvezi z njihovimi dejavnostmi pridobi na drugih spletnih mestih in aplikacijah, in ti podatki se na željo za nazaj in za v prihodnje ločijo od uporabnikovega računa pri Facebook.com (točka 148 in naslednja, utemeljitev pritožbe).

(c) V odgovoru na peto vprašanje za predhodno odločanje bi bilo treba pojasniti, ali so zbiranje, povezovanje z računom pri Facebook.com in uporaba ali uporaba že drugje zakonito zbranih in povezanih podatkov Off-Facebook lahko v posamičnem primeru upravičeni v skladu s členom 6(1)(c), (d) in (e) GDPR, da bi – kot Facebook Ireland navaja v dokumentu, predloženem v obliki Priloge Bf 12 – na primer odgovorili na zakonito poizvedbo po določenih podatkih (točka (c)),

preprečili škodljivo vedenje in krepili varnost (točka (d)), raziskovali za družbeno korist ter spodbujali zaščito, integriteto in varnost (točka (e)), ker tudi v teh primerih obdelave teh podatkov ni mogoče brez izjeme in za vse primere pogojiti s privolitvijo uporabnika, oziroma ali je upravičenost obdelave podatkov Off-Facebook iz teh razlogov na splošno izključena.

(f) Vprašanje, ali pogoji obdelave podatkov in njihovo izvajanje, kadar so nedovoljeni in neupravičeni, pomenijo tudi zlorabo prevladujočega položaja v smislu splošne določbe iz člena 19(1) GWB v škodo konkurentom na trgu družbenih omrežij za zasebne uporabnike ali na drugih trgih, potem ne bi bilo več odločilno.

(g) Kadar in kolikor je obdelava podatkov Off-Facebook lahko upravičena le na podlagi privolitve, bi bilo treba z odgovornostjo na šesto vprašanje za predhodno odločanje pojasniti, ali uporabnik v razmerju do podjetja, ki ima prevladujoč položaj na trgu, kot je Facebook Ireland, sploh lahko poda učinkovito privolitev v smislu člena 6(1)(a) in člena 9(2)(a) GDPR, kot je Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) zahteval v odredbi za prenehanje domnevne kršitve, oziroma ali je treba prostovoljnost, ki se v zvezi s tem zahteva s členom 4(11) GDPR, v razmerju do podjetja, ki ima prevladujoč položaj na trgu, vedno izključiti, tudi takrat, kadar izvajanje pogodbe ni odvisno od privolitve v obdelavo podatkov. Na to bi lahko nakazovala uvodna izjava 43, prvi stavek.

2. Odgovor na vprašanja za predhodno odločanje ni postal nepotreben zaradi tega, ker Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) svojo odredbo v pritožbenem postopku „dopolnilno“ (stran 88 odgovora na pritožbo) opira na obrazložitev Bundesgerichtshof v predhodnem hitrem postopku (sklep z dne 23. junija 2020, KVR 69/19, juris, Facebook (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). V skladu s to obrazložitvijo – tako BGH – naj bi bila uporabniku Facebook.com s tem, da se uporabljajo podatki, pridobljeni z uporabo drugih koncernovih storitev in iz orodij „Facebook Business Tools“, vsiljena razširitev storitve, ki je „po možnosti ne bi želel“, pri čemer naj sporni pogoji za uporabo storitev v primeru delujoče konkurence ne bi bili pričakovani, so pa primerni za oviranje konkurence, razširitev storitve pa naj bi se po temeljiti presoji in tehtanju zadevnih interesov, zlasti ob pomanjkanju utemeljitve v skladu z GDPR, izkazala za zlorabo. Kajti s to obrazložitvijo odredba še zdaleč ne zdrži že zato, ker Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) ni ugotovil tega, kar bi bilo potrebno za to, da bi se lahko štelo, da je obdelava podatkov taka, da pomeni oviranje. Taka ugotovitev bi resno prišla v poštev le v zvezi z obdelavo podatkov iz aplikacije Instagram, vendar presoja niti v tem smislu ni mogoča brez pojasnitve sedmega ter po potrebi tretjega in petega vprašanja za predhodno odločanje.

(a) Ker se zdi, da Bundesgerichtshof (zvezno vrhovno sodišče) izhaja iz dejstva, da lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) svojo odredbo še v pritožbenem postopku dopolni s to obrazložitvijo, čeprav se očitek zlorabe s tem opira na neko drugo dejansko stanje, in ne na kršitev GDPR, zaradi česar v izreku

zahtevana privolitev uporabnika prav tako ne bila privolitev v smislu GDPR, temveč neka druga privolitev, ki bi jo bilo treba po potrebi podati poleg tiste, ki se poda v skladu z GDPR, senat odredbo presoja tudi na podlagi te obrazložitve.

(b) Vendar Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) še zdaleč ni ugotovil potrebnega glede zahteve, da mora biti obdelava podatkov Off-Facebook taka, da ovira tekmece. Potreben bi bil dokaz potencialnega protikonkurenčnega učinka – na trgu omrežij, na strani omrežja, recimo zaradi povečanja učinkov omrežja ali izboljševanja proizvodov, ali na strani oglaševanja, recimo zaradi posedovanja bolj natančnih podatkov, oziroma na oglaševalskih ali tretjih trgih (ki jih je treba kot vedno razmejiti v vsakem posamičnem primeru) –, medtem ko prakse podjetja s prevladujočim položajem, če ni nobenega protikonkurenčnega učinka na trgu, ni mogoče opredeliti kot zlorabo (glej Sodišče, sodba z dne 6. decembra 2012, C-457/10 P, točka 112, Astra Zeneca; sodba z dne 17. februarja 2011, C-52/09, točka 64, TeliaSonera).

Ker Facebook Ireland podatkov iz aplikacije WhatsApp uporabnikov Facebook.com ne uporablja za personalizacijo in proizvode pri Facebook.com – in tega po lastnih navedbah v Evropi niti ne namerava –, ni razvidno, in Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) tega tudi ni ugotovil, da bi bila obdelava podatkov iz aplikacije WhatsApp kakor koli primerna za oviranje tekmecev na trgu omrežij, oglaševalskem trgu ali trgu pošiljanja sporočil. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) ni ugotovil niti, v kolikšni meri se podatki uporabnikov Facebook.com, ki so pridobljeni iz aplikacije Oculus, uporabljajo za namene omrežja Facebook.com in kako bi lahko ovirali tekmece na trgu omrežij, upoštevno oglaševalskem trgu ali trgu, na katerem se ponuja Oculus. Obdelava podatkov iz „Facebook Business Tools“ bo s strani uporabnikov Facebook.com „po možnosti nezaželena“ praktično samo takrat, kadar ti ne kliknejo na „družbene vtičnike“ („Všeč mi je“, „Deli z drugimi“), ne uporabljajo „Facebook Login“ ali „Account Kit“ in niso privolili v prikazovanje personaliziranih oglasov. Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) tudi ni ugotovil, v kolikšni meri je obdelava podatkov iz „Facebook Business Tools“, ki nima za posledico personalizacije uporabe Facebook.com, nemotene uporabe Facebook proizvodov in prikazovanja personaliziranih oglasov, lahko taka, da pomeni oviranje konkurentov na trgu omrežij, oglaševalskem trgu ali tretjem trgu, zlasti ker lahko uporabniki z OFA te podatke dodatno ločijo od svojega Facebook računa.

(c) Samo v povezavi z obdelavo podatkov iz aplikacije Instagram uporabnikov pri Facebook.com resno ni izključena možnost, da bi prišlo do oviranja konkurence, ker se s temi uporaba Facebook.com personalizira, tako da se uporabnikom tam predlagajo osebe, ki jim na Instagramu sledijo, in kolikor lahko pride do povečanja učinkov omrežja in ker se ti v povezavi s podatki uporabnika pri Facebook.com na primer uporabljajo v oglaševalske namene in za izboljševanje proizvodov na Facebook.com. Zaradi odgovora na vprašanje, ali ob delujoči konkurenci na trgu družbenih omrežij take obdelave podatkov, ki zajema vse storitve, brez ločene privolitve ne bi bilo pričakovati, in zlasti zaradi temeljite

presoje in tehtanja zadevnih interesov, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, ali vedenje podjetja Facebook Ireland pomeni zlorabo tako z vidika izkoriščanja uporabnikov kot tudi z vidika oviranja konkurence (glej BGH, sklep z dne 23. junija 2020, KVR 69/19, točka 98 in naslednje, juris, Facebook (E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)), je potrebno v okviru odgovora na sedmo vprašanje za predhodno odločanje pojasniti, ali lahko Bundeskartellamt (zvezni urad za varstvo konkurence) v zvezi s tem ugotovi, da je ta obdelava podatkov v nasprotju z GDPR, v okviru odgovora na tretje in peto vprašanje za predhodno odločanje pa, ali je ta obdelava podatkov v nasprotju z GDPR, torej ali Facebook Ireland uporablja sredstva, ki odstopajo od sredstev običajne konkurence na področju proizvodov in storitev na podlagi uspešnosti gospodarskega subjekta (glej Sodišče, sodba z dne 6. oktobra 2015, C-23/14, točka 29 in naslednje, Post Danmark; sodba z dne 6. decembra 2012, C-457/10, točka 74 in naslednja. Astra Zeneca).

[...] (ni prevedeno)

DELOVNI DOKUMENT