

Asunto C-252/21

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

22 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

24 de marzo de 2021

Partes recurrentes:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Parte recurrida:

Bundeskartellamt (Oficina Federal de Defensa de la Competencia)



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (TRIBUNAL SUPERIOR REGIONAL DE LO CIVIL Y PENAL DE DÜSSELDORF)

RESOLUCIÓN

[omissis]

En el asunto en materia de defensa de la competencia entre

- 1) **Facebook Inc.**, [*omissis*] Estados Unidos de América,
- 2) **Facebook Ireland Ltd.**, [*omissis*] Irlanda,
- 3) **Facebook Deutschland GmbH**, [*omissis*] Hamburgo,

partes recurrentes,

[*omissis*]

y

Bundeskartellamt (Oficina Federal de Defensa de la Competencia),
[*omissis*] Bonn,

parte recurrida,

Otros intervinientes:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [*omissis*] Berlin,

coadyuvante,

[*omissis*]

la Sala Primera de Defensa de la Competencia del Oberlandesgericht Düsseldorf
tras la vista celebrada el 24 de marzo de 2021,

[*omissis*]

ha resuelto:

I.

Suspender el procedimiento.

II.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales referentes a la interpretación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos; en lo sucesivo, también «RGPD»), y a la interpretación del artículo 4 TUE, apartado 3:

1)

- a) ¿Es compatible con los artículos 51 y siguientes del RGPD que la autoridad nacional de defensa de la competencia de un Estado miembro, como el Bundeskartellamt, que no es autoridad de control a efectos de los artículos 51 y siguientes del RGPD y en cuyo Estado miembro una empresa residente fuera de la Unión Europea mantiene un establecimiento que asiste en materia de publicidad, comunicación y relaciones públicas al establecimiento principal de dicha empresa, situado en otro Estado miembro y al cual le incumbe en exclusiva la responsabilidad por el tratamiento de los datos personales en todo el territorio de la Unión Europea, en su función de control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia declare una infracción del RGPD por las condiciones contractuales del establecimiento principal sobre tratamiento de datos y su ejecución, y dicte una orden de cesación de dicha infracción?
- b) En caso de respuesta afirmativa: ¿Es compatible con el artículo 4 TUE, apartado 3, que al mismo tiempo la autoridad de control principal del Estado miembro del establecimiento principal a efectos del artículo 56, apartado 1, del RGPD someta a una investigación las condiciones contractuales sobre tratamiento de datos de dicho establecimiento?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2)

- a) Cuando un usuario de Internet simplemente visita páginas web o aplicaciones que cumplen los criterios del artículo 9, apartado 1, del RGPD, como aplicaciones de citas, redes sociales de contactos homosexuales, páginas web de partidos políticos o páginas web relacionadas con la salud, o introduce datos en ellas, por ejemplo al registrarse o al efectuar pedidos, y otra empresa, como *Facebook Ireland*, por medio de interfaces insertadas en las páginas web y aplicaciones, como «herramientas de *Facebook* para empresas», o mediante «cookies» o tecnologías de almacenamiento similares instaladas en el ordenador o dispositivo móvil del usuario de Internet, recoge los datos de las visitas que el usuario hace a las páginas web y aplicaciones y los datos introducidos en ellas, los combina con los datos de la cuenta de *Facebook.com* y los utiliza, ¿constituye la recogida y/o combinación y/o utilización un tratamiento de datos sensibles a los efectos de dicha disposición?
- b) En caso de respuesta afirmativa: Cuando un usuario visita estas páginas web y aplicaciones y/o introduce datos y/o utiliza botones de función insertados en ellas («plug-ins sociales», como «me gusta», «compartir» o «*Facebook Login*» o «*Account Kit*»), pertenecientes a un operador como *Facebook Ireland*, ¿hace manifiestamente públicos los datos de la visita en sí y/o los datos por él introducidos, a efectos del artículo 9, apartado 2, letra e), del RGPD?

3)

¿Puede una empresa como *Facebook Ireland*, que explota una red social digital financiada con publicidad y en cuyas condiciones de servicio ofrece la personalización de los contenidos y la publicidad, la seguridad de red, la mejora de los productos y el disfrute coherente y fluido de todos los productos del grupo, invocar la justificación de la necesidad para la ejecución de un contrato en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD o para la satisfacción de intereses legítimos en virtud de la letra f) de la misma disposición, cuando a tal fin recoge datos procedentes de otros servicios del grupo y de páginas web y aplicaciones de terceros, por medio de interfaces insertadas en ellas, como «herramientas de *Facebook* para empresas», o mediante «cookies» o tecnologías de almacenamiento similares instaladas en el ordenador o dispositivo móvil del usuario de Internet, y los combina con la cuenta de *Facebook.com* del usuario y los utiliza?

4)

En un caso así,

- la minoría de edad del usuario, en cuanto a la personalización de contenidos y publicidad, mejora de los productos, seguridad de red y comunicación no comercial con el usuario;
- la facilitación de mediciones, análisis y demás servicios de empresa a clientes publicitarios, desarrolladores y otros colaboradores, para que puedan medir y mejorar su rendimiento;
- la facilitación de comunicación comercial con el usuario, para que la empresa pueda mejorar sus productos y realizar marketing directo;
- la investigación e innovación en aras del bienestar social, a fin de desarrollar el estado de la técnica y el conocimiento científico sobre importantes temas sociales, e influir así positivamente en la sociedad y en el mundo;
- la información a las autoridades policiales y judiciales y la respuesta a requerimientos legales, con fines de prevención, esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos, usos ilícitos, infracciones de las condiciones de servicio y de las directrices y demás comportamientos nocivos,

pueden constituir intereses legítimos a efectos del artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD, cuando a tal fin la empresa recoge datos procedentes de otros servicios del grupo y de páginas web y aplicaciones de terceros, por medio de interfaces insertadas en ellas, como «herramientas de *Facebook* para empresas», o mediante «cookies» o tecnologías de almacenamiento similares instaladas en el ordenador o dispositivo móvil del usuario de

Internet, y los combina con la cuenta de *Facebook.com* del usuario y los utiliza?

5)

En tal caso, ¿puede estar justificado, también con arreglo al artículo 6, apartado 1, letras c), d) y e), del RGPD, en el caso concreto, recoger datos procedentes de otros servicios del grupo y de páginas web y aplicaciones de terceros, por medio de interfaces insertadas en ellas, como «herramientas de *Facebook* para empresas», o mediante «cookies» o tecnologías de almacenamiento similares instaladas en el ordenador o dispositivo móvil del usuario de Internet, y combinarlos con la cuenta de *Facebook.com* del usuario y utilizarlos, o utilizar datos ya recogidos y combinados de otra forma lícita, por ejemplo, para responder a una petición lícita de determinados datos [letra c)], para combatir un comportamiento nocivo y mejorar la seguridad [letra d)] o para investigar por el bien de la sociedad y en aras de la protección, la integridad y la seguridad [letra e)]?

6)

¿Es posible una prestación válida y, en particular libre del consentimiento en el sentido del artículo 4, punto 11, del RGPD, frente a una empresa con posición dominante, como *Facebook Ireland*, especialmente a efectos de los artículos 6, apartado 1, letra a), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

7)

a) ¿Está facultada la autoridad nacional de defensa de la competencia de un Estado miembro, como el Bundeskartellamt, que no es autoridad de control a efectos de los artículos 51 y siguientes del RGPD y que investiga una infracción de la prohibición de abusos en el marco del Derecho de la competencia cometida por una empresa con posición dominante, infracción que no consiste en una infracción del RGPD por sus condiciones de tratamiento de datos ni por la ejecución de estas condiciones, para hacer apreciaciones, por ejemplo, al ponderar los intereses en juego, sobre la conformidad de las condiciones de tratamiento de datos de dicha empresa y su ejecución con el RGPD?

b) En caso de respuesta afirmativa: ¿Esto también resulta de aplicación, en atención al artículo 4 TUE, apartado 3, cuando al mismo tiempo la autoridad de control principal a efectos del artículo 56, apartado 1, del RGPD somete las condiciones de tratamiento de datos de dicha empresa a una investigación?

En caso de respuesta afirmativa a la séptima cuestión, será preciso responder a las cuestiones tercera a quinta en relación con los datos procedentes del uso del servicio del grupo *Instagram*.

Fundamentos

I.

La segunda recurrente (en lo sucesivo, también «*Facebook Ireland*») explota en Europa la red social digital *Facebook.com*, gratuita para los usuarios particulares. La primera recurrente es su sociedad matriz estadounidense. La tercera recurrente es una sociedad alemana perteneciente al mismo grupo que *Facebook Ireland*, a la que asiste en materia de publicidad, comunicación y relaciones públicas (en lo sucesivo, para todas las recurrentes en conjunto, también «*Facebook*»).

El usuario particular puede crear una página personal de *Facebook* en *Facebook.com*, mediante la cual comunicarse con terceros. En particular, puede hacer sus propias aportaciones en la «Sección de noticias» de su página de *Facebook* y, a su elección, difundirlas entre sus amigos de *Facebook* o con carácter público en la red; además, en su «Sección de noticias» puede recibir comunicaciones de sus amigos de *Facebook* o de otros oferentes de contenidos y empresas con presencia en *Facebook* a los que se haya abonado. Asimismo, puede permitir que se muestren en su «Sección de noticias» y en la de sus amigos de *Facebook* contenidos de páginas web y aplicaciones de terceros, presionando los botones de función de los «plug-ins sociales» (en particular, «me gusta» y «compartir»). Con «*Facebook Login*» y «*Account Kit*», el usuario puede identificarse y crear perfiles en páginas web y aplicaciones de terceros, simplemente con sus datos de registro de *Facebook*.

Facebook ofrece a las empresas la inserción de los botones de los «plug-ins sociales» (en particular, «me gusta» y «compartir») y de «*Facebook Login*» y «*Account Kit*» en sus páginas web y aplicaciones por medio de interfaces predefinidas de *Facebook*, denominadas «herramientas de *Facebook* para empresas». Estas interfaces permiten la transferencia a *Facebook.com* de datos relativos al usuario, una transferencia que no se condiciona a la activación de los botones de función por el usuario de la página web o aplicación.

Facebook.com se financia con publicidad *on line*, adaptada a cada usuario individual de la red social y concebida para que se muestren al usuario los anuncios que puedan interesarle en función de sus hábitos de consumo, sus intereses, su poder adquisitivo y su situación personal. Por medio del «Administrador de anuncios», los anunciantes pueden especificar el grupo objetivo al que desean dirigirse y hacer que se muestre la publicidad a los usuarios; además, pueden transmitir a *Facebook* sus listas de clientes de forma codificada y pueden afinar aún más su publicidad cotejando sus propios datos con los de la red social. Con otras herramientas de análisis y medición (informes de anuncios y «*Facebook Analytics*»), que *Facebook* también ofrece bajo la

denominación «herramientas de *Facebook* para empresas», los anunciantes pueden medir el éxito de su publicidad y analizar sus propios servicios *on line*, así como obtener estadísticas agregadas de su grupo objetivo. Esto se consigue también mediante la integración de interfaces («*Píxel de Facebook*» o «*SDK*») que registran el comportamiento de los usuarios, incluso en páginas web y aplicaciones de terceros sin necesidad de una actuación específica del usuario.

Por otro lado, el grupo *Facebook* ofrece otros servicios a través de su red social, entre ellos *Instagram*, gestionado en Europa también por *Facebook Ireland*, gratuito y financiado con publicidad, concebido para «compartir» fotografías y vídeos cortos; *WhatsApp*, gestionado en Europa por *WhatsApp Ireland Ltd.*, gratuito y no financiado con publicidad, concebido para el envío y recepción de múltiples medios, como por ejemplo mensajes de texto, imágenes, vídeos, contactos, documentos, ubicaciones, mensajes de voz y llamadas de voz, y *Oculus*, gestionado en Europa por otra empresa del grupo, *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, que comercializa gafas y software de realidad virtual. Hasta el 13 de marzo de 2020, *Facebook* ofrecía, además, el servicio *Masquerade*, que permitía procesar fotografías y «compartirlas».

Al accionar el botón de función «Registrarse», los usuarios particulares de Europa celebran un contrato de servicio por medio de *Facebook.com* y, al mismo tiempo, dan su consentimiento a las condiciones de servicio establecidas por *Facebook Ireland*. Con arreglo a dichos contratos, *Facebook Ireland* lleva a cabo un tratamiento de datos personales para cuya explicación se remite, en particular, a las políticas de datos y de cookies establecidas por *Facebook Ireland*. De conformidad con estas directrices, *Facebook Ireland* recoge datos de usuario y de dispositivo relativos a la actividad del usuario dentro y fuera de la red social y los asigna a las cuentas de *Facebook.com* de los correspondientes usuarios. Las actividades de los usuarios que se desarrollan fuera de la red social son, por un lado, la visita a páginas web y aplicaciones de terceros, vinculadas a *Facebook.com* a través de interfaces de programación («herramientas de *Facebook* para empresas»), y, por otro, el uso de los demás servicios pertenecientes a *Facebook: Instagram, WhatsApp* y *Oculus*, en relación con los cuales se produce un tratamiento de datos «en todas las demás *empresas y productos de Facebook*».

Mediante resolución de 6 de febrero de 2019, el Bundeskartellamt prohibió a las recurrentes y a las empresas asociadas a ellas con arreglo al artículo 36, apartado 2, de la GWB, el tratamiento de datos previsto en sus condiciones de usuario y la ejecución de estas, de conformidad con los artículos 19, apartado 1, y 32, de la GWB, y les impuso determinadas medidas para el cese de estas actividades. La prohibición se refería al uso de las condiciones de servicio y de su concreción en las políticas de datos y de cookies, en virtud de las cuales el uso de la red social *Facebook.com* por usuarios particulares residentes en Alemania se condicionaba a que *Facebook Ireland*, sin consentimiento del usuario, pudiese recoger los datos de usuario y de dispositivo con el uso de *Instagram, WhatsApp, Oculus* y *Masquerade* y con la visita a páginas web y aplicaciones de terceros a través de

las «herramientas de *Facebook* para empresas», combinarlos con sus datos de *Facebook.com*, y utilizarlos (punto 1 de la parte dispositiva de la resolución). Asimismo, el Bundeskartellamt prohibió a las recurrentes y a las empresas asociadas a ellas con arreglo al artículo 36, apartado 2, de la GWB la ejecución de dichas condiciones con las operaciones efectivas de tratamiento de datos que efectúa *Facebook Ireland* en virtud de las políticas de datos y de cookies (punto 2 de la parte dispositiva), y ordenó a esas mismas empresas que adaptasen sus condiciones de usuario y su ejecución, aclarando expresamente que, al menos sin el consentimiento del usuario, no se recogían los datos de usuario y de dispositivo relativos al uso de *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* y *Masquerade* y las «herramientas de *Facebook* para empresas» ni se combinaban con los datos de la cuenta de *Facebook.com* ni se utilizaban (punto 3 de la parte dispositiva). En el punto 4 de la resolución, dicha autoridad aclaró que no existía consentimiento del usuario cuando este se imponía como condición para proporcionar *Facebook.com*.

Contra la resolución del Bundeskartellamt, el 11 de febrero de 2019 las recurrentes interpusieron recurso en tiempo y forma ante el Oberlandesgericht Düsseldorf.

El 31 de julio de 2019, *Facebook Ireland* (a iniciativa de la Comisión Europea y de las federaciones nacionales de consumidores de los Estados miembros) introdujo unas nuevas condiciones de servicio (esencialmente idénticas) en cuyo punto 2 se declaraba expresamente que, en lugar del pago por el uso de los productos de *Facebook*, el usuario daba su consentimiento a la muestra de publicidad. Desde el 28 de enero de 2020, *Facebook* ofrece en todo el mundo la llamada «Off-Facebook-Activity» (actividad fuera de *Facebook*; en lo sucesivo, «OFA»). Con ella, los usuarios de *Facebook* pueden obtener un resumen de la información que obtiene *Facebook* de sus actividades en otras páginas web y aplicaciones, y pueden solicitar que se desvinculen dichos datos de los de su cuenta en *Facebook.com*, con efectos retroactivos y hacia el futuro.

II.

Las disposiciones del Derecho alemán relevantes para la resolución del recurso presentan el siguiente tenor:

Artículo 19, apartado 1, de la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley de defensa de la competencia; en lo sucesivo, «GWB»), en su versión vigente hasta el 18 de enero de 2021:

«1. Queda prohibida la utilización abusiva de la posición dominante por una o más empresas.»

Artículo 19, apartado 1, de la GWB, en la versión vigente desde el 19 de enero de 2021:

«1. Quedan prohibidos los abusos de posición dominante cometidos por una o más empresas.»

Artículo 32, apartado 1, de la GWB:

«1. La autoridad de defensa de la competencia podrá obligar a las empresas o asociaciones de empresas a abstenerse de cometer infracciones de las disposiciones del presente título o de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.»

III.

La conclusión del recurso de *Facebook Ireland* (que, tras cesar el servicio *Masquerade* y tras la declaración del Bundeskartellamt en el sentido de que ya no se deducen derechos a este respecto de la resolución recurrida, solo se dirige contra el resto de la resolución) depende de la respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas en la parte dispositiva. En consecuencia, antes de resolver el recurso procede suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE.

1. El Bundeskartellamt inicialmente solo motivó su resolución, basada en los artículos 19, apartado 1, y 32 de la GWB, con el argumento de que el tratamiento de los datos obtenidos con los servicios del grupo que *Facebook.com* ofrece por separado, así como de las «herramientas de *Facebook* para empresas», según está plasmado en las condiciones de servicio y según se ejecuta, constituye un abuso de posición dominante en el mercado de las redes sociales para usuarios particulares en Alemania, consistente condiciones abusivas con arreglo a la disposición general del artículo 19, apartado 1, de la GWB, ya que dicho acuerdo sobre los datos, como emanación de la posición dominante, es contrario al RGPD, al no existir ninguna justificación en virtud de los artículos 6, apartado 1, y 9, apartado 2, del RGPD. Además, este abuso tiene efectos excluyentes para los competidores en el mercado de las redes sociales y en otros mercados. En opinión de dicha autoridad, no es precisa una ponderación adicional de los intereses en materia de competencia, pues en definitiva conduciría al mismo resultado que la ponderación en materia de protección de datos. Dado que el sistema de protección desarrollado por la jurisprudencia alemana sobre la disposición general del artículo 19, apartado 1, de la GWB no ha hallado hasta la fecha un correlato en la jurisprudencia y la práctica europeas, la decisión se fundamenta únicamente en la citada disposición, más estricta a este respecto que el artículo 102 TFUE.

Mientras que la resolución del Bundeskartellamt deberá ser anulada por lo que respecta a la primera y tercera recurrente y a todas las empresas asociadas a las recurrentes con arreglo al artículo 36, apartado 2, de la GWB, por no haber intervenido estas últimas en el procedimiento administrativo y no haber sido oídas en él, porque la resolución omite todo elemento de apreciación respecto al motivo por el que se actúa contra la primera y tercera recurrente, y porque el ejercicio facultad de apreciación necesario en virtud del artículo 32, apartado 1, de la GWB no puede realizarse por primera vez en el procedimiento de recurso, esta Sala considera lo siguiente en relación con *Facebook Ireland*:

a) *Facebook Ireland* goza de una posición dominante en el mercado de referencia, a saber, el mercado de oferta de redes sociales digitales para usuarios particulares, que a los efectos del control de abusos de posición dominante puede circunscribirse al territorio nacional, habida cuenta de los efectos de red, que, según las apreciaciones no rebatidas del Bundeskartellamt, se producen principalmente en el ámbito alemán, y tal posición dominante la convierte en destinataria del artículo 19, apartado 1, de la GWB.

b) La infracción del RGPD por las condiciones de servicio de *Facebook Ireland* y su ejecución puede consistir en condiciones abusivas en detrimento de los usuarios particulares con arreglo a la disposición general del artículo 19, apartado 1, de la GWB, ya que dicho artículo (al igual que el artículo 102 TFUE) protege a los consumidores no solo de forma indirecta frente al falseamiento de las condiciones de competencia por el abuso de posición dominante, sino también directamente frente a los abusos cometidos por las empresas que gozan de tal posición, sin necesidad de que estos tengan efectos en la estructura competitiva (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2007, *British Airways*, C-95/04, EU:C:2007:166, apartado 106, y del BGH de 7 de diciembre de 2010, *Entega II*, KZR 5/10, apartado 55). El perjuicio relevante a efectos de la competencia consistiría en una vulneración de la libre disposición de los datos personales por el usuario, protegida por el RGPD. Cuando el supuesto abuso cometido consiste en una infracción legal (relevante), no ha lugar a la comparación con otros mercados ni a la comprobación del carácter significativo de la desviación en relación con las condiciones comparables que se hayan establecido, como se hace para determinar la existencia de precios abusivamente elevados a efectos del artículo 19, apartado 2, número 2, de la GWB (véase la sentencia del BGH de 6 de noviembre de 2013, *VBL-Gegenwert I*, KZR 58/11, apartado 66). Por lo tanto, tampoco procede realizar la ponderación de intereses que en principio exige la disposición general del artículo 19, apartado 1, de la GWB [sentencia del BGH de 7 de junio de 2016, *Pechstein/International Skating Union*, KZR 6/15, apartado 48 — (DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)]. Existe la relación causal necesaria con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la GWB y con arreglo al artículo 102 TFUE, párrafo primero, entre el abuso y la posición dominante (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, *Tetrapak*, C-333/94, EU:C:1996:436, apartado 27, y de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, 27/76, EU:C:1978:22, apartados 248 a 257, y el auto del BGH de 23 de junio de 2020, *Facebook*, KVR 69/19, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0, apartado 73), tanto desde el punto de vista de la causalidad del comportamiento en sentido amplio (ya que, en unas condiciones de competencia adecuadas, *Facebook Ireland* no podría imponer unas condiciones de tratamiento de datos que infringiesen el RGPD) como desde el punto de vista de la causalidad del resultado (pues, aunque también las empresas sin posición dominante pudieran infringir el RGPD, cuando la infracción la comete una empresa en cuasi-monopolio, como *Facebook Ireland*, los usuarios prácticamente no tienen ninguna alternativa) (véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, *Alsatel*, C-247/86, EU:C:1988:469, y de 27 de marzo de 1974, *BRT y Société Belge*, 127/73, EU:C:1974:25, donde el

Tribunal de Justicia no cuestionó la existencia de una relación entre el abuso y la posición dominante). *Facebook Ireland* no puede invocar en el supuesto de abuso el privilegio de grupo de empresas que establece el artículo 36, apartado 2, de la GWB (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, Viho, C-73/95 P, EU:C:1996:405, apartado 17; el auto del BGH de 6 de noviembre de 2012, Gasversorgung Ahrensburg, KVR 54/11, apartados 19 y 22, y la sentencia del BGH de 23 de junio de 2009, Entega I, KZR 21/08, apartado 16).

c) La resolución es formalmente contraria a Derecho, ya que el Bundeskartellamt, en infracción del artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en lo sucesivo, «Reglamento de aplicación»), no examinó el artículo 102 TFUE, párrafo primero, a pesar de que la posición dominante de *Facebook Ireland* en Alemania se correspondía con una posición dominante en una parte sustancial del mercado interior a los efectos del artículo 102 TFUE, párrafo primero (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, apartado 28, y de 9 de noviembre de 1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, apartado 28), y, habida cuenta de la apreciación según la cual la infracción del RGPD tiene «efectos excluyentes actuales y potenciales en perjuicio de los competidores» (apartado 885 de la resolución), debió haberse tenido en cuenta también el requisito de la trascendencia interestatal del artículo 102 TFUE, párrafo primero (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, apartado 32, y de 9 de noviembre de 1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, apartado 104). [omissis] [Se desarrolla a continuación] No obstante, a tenor del [omissis] teórico paralelismo entre el artículo 19, apartado 1, de la GWB y el artículo 102 TFUE, párrafo primero (véanse las sentencias del BGH de 8 de abril de 2014, VBL-Versicherungspflicht, KZR 53/12, apartado 46, y de 6 de noviembre de 2013, VBL-Gegenwert I, KZR 58/11, apartado 51), el vicio de procedimiento no reviste mayor importancia cuando la resolución es conforme con el artículo 19, apartado 1, de la GWB y cuando, pese a contravenir esta disposición, no da lugar a otra ilegalidad más relevante.

d) Por lo tanto, depende de si el Bundeskartellamt está legitimado para determinar si las condiciones de servicio de *Facebook Ireland* y su ejecución infringen el RGPD y, en caso de infracción, para imponer las correspondientes medidas para ajustarse a la legalidad.

aa) A este respecto, con la primera cuestión, letra a), se pretende aclarar si es compatible con las normas de competencia, colaboración y coherencia de los artículos 51 y siguientes del RGPD, en particular del artículo 56, apartado 1, y con las disposiciones sobre poderes de los artículos 57 y 58 del RGPD que el Bundeskartellamt, encargado del control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia, determine que las condiciones de servicio de *Facebook Ireland* y su ejecución infringen el RGPD y ordene medidas para ajustarse a la legalidad. En efecto, el Bundeskartellamt no es una autoridad

de control a efectos del RGPD, y la autoridad de control principal prevista en el artículo 56, apartado 1, del RGPD es la competente en Irlanda, pues *Facebook Ireland* es el establecimiento principal de *Facebook* en Europa, gestiona la red social en Europa, aplica unas condiciones de servicio uniformes en todos los Estados miembros de la Unión y es el responsable del tratamiento de datos personales para todo el territorio de la Unión Europea a efectos del artículo 4, punto 7, del RGPD.

En la medida en que a este respecto se ha de tener en cuenta también la posibilidad de tutela civil de los derechos con arreglo al artículo 82 del RGPD y, en particular, la posibilidad de otras sanciones en virtud del artículo 84, apartado 1, del RGPD, esta Sala quiere señalar que los artículos 19 y 32 del GWB no figuran entre las disposiciones que Alemania ha notificado a la Comisión Europea con arreglo al artículo 84, apartado 2, del RGPD (apartado 201 de la motivación del recurso).

bb) En caso de que sea conforme con las normas sobre la atribución de competencia en el RGPD que el Bundeskartellamt, encargado del control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia, determine y sancione una infracción del RGPD por las condiciones de servicio y su ejecución, con la primera cuestión, letra b), se pretende aclarar si esto es compatible con el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando la autoridad de control principal con arreglo al artículo 56, apartado 1, del RGPD ya está investigando tal infracción, como en el presente caso la autoridad de control irlandesa, que, de acuerdo con las alegaciones no controvertidas de *Facebook* (apartados 188 y 217 de la motivación del recurso), en colaboración con otras autoridades de control afectadas de la Unión, en la fecha de la resolución y también posteriormente estaba examinando de una posible infracción del RGPD por *Facebook Ireland* en el tratamiento de los datos.

e) Si el Bundeskartellamt, encargado del control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia, puede determinar que las condiciones de servicio de *Facebook Ireland* y su ejecución infringen el RGPD y ordenar medidas para ajustarse a la legalidad, es importante aclarar también si las condiciones de servicio (concretadas en las políticas de datos y de cookies) relativas al tratamiento de datos de los demás servicios del grupo y de las «herramientas de *Facebook* para empresas» (en lo sucesivo, conjuntamente también «datos externos a *Facebook*») y su ejecución infringen el RGPD, y si el Bundeskartellamt puede prohibir las condiciones de servicio y su ejecución, así como prohibir el tratamiento de datos o permitirlo únicamente cuando medie el consentimiento específico del usuario (del cual no ha de depender el acceso a *Facebook.com*).

aa) El Bundeskartellamt considera acertadamente que los datos externos a *Facebook* son datos personales en el sentido del artículo 4, punto 1, del RGPD [véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779, apartado 49, y de 24 de noviembre de 2011, Scarlet,

C-70/10, EU:C:2011:771, apartado 51; BGH, petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2017, *Cookie-Einwilligung I*, I ZR 7/16, apartado 23 (DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0)], que la utilización de los datos para personalizar la red y la publicidad constituyen un acto de elaboración de perfiles en el sentido del artículo 4, punto 4, del RGPD y que *Facebook Ireland* es responsable del tratamiento en el sentido del artículo 4, punto 7, del RGPD (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2019, *FashionId*, C-40/17, EU:C:2019:629, apartado 84).

bb) El Bundeskartellamt considera con acierto que, al accionar el botón de función «registrarse» (aun teniendo en cuenta el punto 2 de las nuevas condiciones de servicio, de 31 de julio de 2019), no se presta ningún consentimiento al tratamiento de los datos externos a Facebook a efectos de los artículos 6, apartado 1, letra a), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2019, *Planet49*, C-673/17, EU:C:2019:801, apartados 58 y siguientes), y que los consentimientos de los usuarios que recaba *Facebook Ireland* para la utilización de los datos obtenidos con las «herramientas de Facebook para empresas» para la personalización de la publicidad mostrada solo se refiere a la utilización de los datos para tal fin, y no con carácter general a su recogida y combinación con los datos de la cuenta de *Facebook.com*. El Bundeskartellamt también considera acertadamente que la posibilidad de bloquear el almacenamiento de cookies en el terminal del usuario o en su navegador, o de eliminarlas, así como la posibilidad de desactivar las identificaciones publicitarias en el sistema operativo del dispositivo móvil, o la función OFA, introducida a finales de enero de 2020, no cumplen los requisitos del consentimiento establecidos en los artículos 6, apartado 1, letra a), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD.

cc) Dado que el tratamiento de los datos externos a *Facebook* previsto en las condiciones de servicio y su ejecución (incluso dentro del grupo) es lícito cuando concurre al menos una justificación del artículo 6, apartado 1, letras a) a f), del RGPD, y respecto a la idéntica disposición precedente del artículo 7 de la Directiva 95/46/CE el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había declarado que allí se establece una lista exhaustiva y taxativa de los casos en que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito, y que los Estados miembros no pueden añadir a dicho artículo nuevos principios relativos a la legitimación de los tratamientos de datos personales ni imponer exigencias adicionales que vendrían a modificar el alcance de alguno de los principios establecidos en dicho artículo (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2019, *FashionId*, C-40/17, EU:C:2019:629, apartado 55; de 19 de octubre de 2016, *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, apartado 57, y de 24 de noviembre de 2011, *ASNEF* y *FECEMD*, C-468/10 y C-469/10, EU:C:2011:777, apartados 30 y 32), procede aclarar si el tratamiento de los datos externos a *Facebook* previsto en las condiciones de servicio y ejecutado puede justificarse, en todos los casos, exclusivamente mediante consentimiento. Solo en ese caso podrá el Bundeskartellamt prohibir dicho tratamiento por motivos de protección de datos, o bien exigir que se haga previo consentimiento.

1) *Facebook Ireland* ofrece, en el marco de su red social y con arreglo al punto 1 de sus actuales condiciones de servicio (anexo Bf 9), bajo el epígrafe «Los servicios que ofrecemos», en lo que aquí atañe, en esencia, las siguientes prestaciones contractuales: 1) personalización de contenidos; 2) publicidad personalizada; 3) seguridad de los usuarios y de la red; 4) mejora de los productos, y 5) disfrute coherente y fluido de los productos de la empresa *Facebook*.

Facebook Ireland recoge los datos de usuario y de dispositivo que detalla en su Política de datos (anexo Bf 10), bajo el epígrafe «¿Qué tipo de información recopilamos?», procedentes del uso de los servicios del grupo y de las «herramientas de *Facebook* para empresas», los combina con los datos recogidos y almacenados durante el uso de *Facebook.com* y los utiliza conforme a lo expuesto en el epígrafe «¿Cómo utilizamos esta información?», con el fin de proporcionar, personalizar y mejorar sus productos; proporcionar mediciones, análisis y otros servicios de empresa; fomentar la protección, la integridad y la seguridad; comunicarse con los usuarios e impulsar la investigación e innovación en aras del bienestar social y, de conformidad con lo expuesto en el epígrafe «¿Cuál es la dinámica de trabajo conjunto de las empresas de *Facebook*?», «en todas las empresas de *Facebook*».

De acuerdo con su Política de cookies (anexo Bf 11), al utilizarse los servicios del grupo y al visitarse páginas web y aplicaciones de terceros que hayan insertado las «herramientas de *Facebook* para empresas», *Facebook Ireland* coloca cookies o utiliza otras tecnologías de almacenamiento y, por medio de ellas, sin que el usuario haga nada más, recoge datos de usuario y de dispositivo que utiliza para proporcionar sus servicios y con fines de seguridad, publicidad y análisis.

Los tipos concretos de datos recogidos y utilizados se detallan en la Política de datos, bajo el epígrafe «¿Qué tipo de información recopilamos?» (anexo Bf 10) y punto 2, letras a) a d) de la parte dispositiva de la resolución.

En su Política de datos (anexo Bf 10), bajo el epígrafe «¿Cuáles son las bases jurídicas en las que nos basamos para tratar los datos?», *Facebook Ireland* invoca todas las justificaciones del artículo 6, apartado 1, del RGPD. En la sección «Obtén más información sobre estas bases jurídicas» (anexo Bf 12), *Facebook Ireland* se acoge al consentimiento en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra a), del RGPD: 1) para tratar datos de categorías especiales, facilitados por el usuario en su perfil de *Facebook.com*, para compartirlos con las personas elegidas y para personalizar el contenido; 2) para usar la tecnología de reconocimiento facial, y 3) para usar los datos que los anunciantes y otros socios proporcionen sobre la actividad del usuario fuera de los productos de las empresas de *Facebook*, a fin de personalizar los anuncios que se muestran; 4) para compartir con los anunciantes datos que identifiquen personalmente al usuario, y 5) para recopilar la información que el usuario autorice a recibir a través de la configuración que aplique en sus dispositivos (ubicación GPS, cámara, fotos). Para estos fines, *Facebook Ireland* recaba un consentimiento específico del usuario o le ofrece la posibilidad de oponerse (en el caso del reconocimiento facial).

En el documento mencionado (anexo Bf 12), *Facebook Ireland* se remite a la justificación de la necesidad para la *ejecución de un contrato* a efectos del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD: 1) para proporcionar, personalizar y mejorar sus productos; 2) para fomentar la seguridad, la integridad y la protección; 3) para transmitir datos fuera del EEE; 4) para comunicarse con el usuario, y 5) para proporcionar experiencias coherentes y fluidas en todos los productos de *Facebook*.

A la justificación del interés legítimo con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD se remite *Facebook Ireland*: 1) en relación con los menores de edad; 2) para el aprovisionamiento de servicios de medición, análisis y de cualquier otro tipo para empresas; 3) para el envío de comunicaciones de marketing; 4) para la investigación e innovación en aras del bienestar social, y 5) para compartir información con terceros, incluidas las autoridades policiales y judiciales, y responder a requerimientos legales.

Asimismo, *Facebook Ireland* se remite a las justificaciones de cumplimiento de una obligación legal [artículo 6, apartado 1, letra c), del RGPD], de la protección de intereses vitales [artículo 6, apartado 1, letra d), del RGPD] y del *desempeño de tareas* en aras del interés público [artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD] (véase, en particular, el anexo Bf 12).

2) Sería necesario el consentimiento si la recogida de los llamados «datos externos a *Facebook*», su combinación con la cuenta de *Facebook.com* y su utilización constituyesen un tratamiento de categorías especiales de datos personales a efectos del artículo 9, apartado 1, del RGPD, siempre que no concurriese otra circunstancia habilitadora aparte del consentimiento con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra a), del RGPD.

a) Con la segunda cuestión, letra a), se ha de aclarar si, como entiende el Bundeskartellamt (apartados 584 y siguientes de la resolución), con la recogida de datos sobre la visita a páginas web y aplicaciones de terceros por medio de «herramientas de *Facebook* para empresas», cookies y otras tecnologías de almacenamiento, y/o su combinación con la cuenta de *Facebook.com* del usuario, y/o su utilización se produce un tratamiento de datos sensibles a efectos del artículo 9, apartado 1, del RGPD, cuando se trata de páginas web o aplicaciones que cumplen los criterios del apartado 1, como aplicaciones de citas, redes sociales de contactos homosexuales, páginas web de partidos políticos o páginas web relacionadas con la salud (apartado 587 de la resolución).

Por otro lado, precisa aclaración si a tal efecto bastan datos sobre la visita de las páginas web o aplicaciones o si es preciso que el usuario introduzca allí algún dato, como registrarse o efectuar pedidos, y cómo deben interpretarse los términos «datos que revelen» respecto a la primera categoría de datos, así como el término «datos» respecto a la segunda categoría del artículo 9, apartado 1, del RGPD. La expresión referida a la primera categoría del artículo 9, apartado 1, del RGPD («datos que revelen») podría indicar que está prohibido a este respecto el

tratamiento mismo de «datos de origen», es decir, de la visita a la página o de los datos introducidos por el usuario, de manera que sea determinante cuándo esta información «revela» datos sensibles. En cambio, con la segunda categoría de datos del artículo 9, apartado 1, del RGPD solo parece estar prohibido el tratamiento de datos sensibles en sí mismo, de manera que es determinante si la visita a las páginas correspondientes o los correspondientes datos introducidos por el usuario pueden constituir datos sensibles, si bien la distinción queda de nuevo relativizada, por ejemplo, con la definición legal que contiene el artículo 4, punto 15, del RGPD, donde se establece que pueden ser datos relativos a la salud también aquellos que «revelen» información sobre el estado de salud. También es necesario aclarar la relevancia que para la valoración tiene la intención del tratamiento; en el presente caso, por ejemplo, la personalización de la red social y de la publicidad, la seguridad de la red, la mejora de los servicios, la facilitación de servicios de medición y análisis a socios publicitarios, la investigación en aras del bienestar social, la respuesta a requerimientos legales y el cumplimiento de obligaciones legales, la protección de intereses vitales de usuarios y de terceros y el desempeño de tareas en aras del interés público.

b) Si se trata de datos sensibles en el sentido del artículo 9, apartado 1, del RGPD, con la segunda cuestión, letra b), se pretende esclarecer si los usuarios han hecho manifiestamente públicos dichos datos al entrar en la página web o aplicación y/o al introducir allí datos y/o al accionar los botones de función insertados en dichas páginas web y aplicaciones ofrecidos por *Facebook Ireland*, concretamente los «plug-ins sociales» («me gusta», «compartir»), el «*Facebook Login*» o «*Account Kit*» [artículo 9, apartado 2, letra e), del RGPD], ya que al hacerlo pierden la protección específica del artículo 9, apartado 1, del RGPD, sin necesidad de un consentimiento con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra a), del RGPD. Debido al área de negocio de *Facebook*, prácticamente no se plantean otras justificaciones con arreglo al artículo 9, apartado 2, del RGPD, o al menos *Facebook* no las ha alegado y, en particular, no se mencionan en las condiciones de servicio.

3) Si al utilizar los demás servicios del grupo y al visitar páginas web y aplicaciones que llevan insertadas las «herramientas de *Facebook* para empresas», *Facebook Ireland* recoge datos también mediante cookies y otras tecnologías de almacenamiento similares situadas en los terminales de los usuarios, es de aplicación también el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). Según ha resuelto el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), el RGPD no obsta a la aplicación de dicha Directiva, de manera que sigue siendo aplicable el artículo 15, apartado 3, primera frase, de la *Telemediengesetz* (Ley relativa a determinados servicios de comunicación e información electrónicos), que transpone la Directiva 2002/58 y que se ha de interpretar conforme a ella en el sentido de que es necesario el consentimiento del usuario para utilizar cookies para la elaboración de perfiles de usuario con fines

publicitarios o de estudio de mercado (véase la sentencia del BGH de 28 de mayo de 2020, Cookie Einwilligung II, I ZR 7/16, apartados 47 y siguientes; véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, apartados 38 y siguientes, de 29 de julio de 2019, FashionID, C-40/17, EU:C:2019:629, apartados 88 y siguientes). No obstante, en el presente asunto ya no es relevante si basta a este respecto el consentimiento para la utilización de datos de los socios al objeto de personalizar la publicidad mostrada, ya que el Bundeskartellamt solo ha fundamentado el incumplimiento por parte de *Facebook* de la prohibición de abusos con arreglo al artículo 19, apartado 1, de la GWB, con una infracción del RGPD cometida en el tratamiento de los datos, y no con una infracción del artículo 15, apartado 3, primera frase, de la Ley relativa a determinados servicios de comunicación e información electrónicos.

4) En la medida en que no sea necesario un consentimiento con arreglo al artículo 9, apartado 2, letra a), del RGPD (es decir, en el tratamiento de datos procedentes de los demás servicios del grupo respecto a los cuales el Bundeskartellamt no ha apreciado un tratamiento de eventuales datos sensibles a efectos del artículo 9, apartado 1, del RGPD, y en el tratamiento de datos procedentes de las «herramientas de *Facebook* para empresas» cuando no se trata de datos sensibles o cuando estos han sido hechos manifiestamente públicos por el usuario), es necesario aclarar en qué medida, en su caso, *Facebook Ireland* puede invocar otras justificaciones del artículo 6, apartado 1, del RGPD para el tratamiento de los datos externos a *Facebook*. Esta Sala considera que, en caso de que el usuario haga manifiestamente públicos los datos a efectos del artículo 9, apartado 2, letra e), del RGPD, solo decae la prohibición de tratamiento establecida en el apartado 1 del mismo artículo, no la exigencia de una justificación del artículo 6, apartado 1, del RGPD (véase el considerando 51, quinta frase).

a) Con la tercera cuestión prejudicial se pretende dilucidar si, cuando *Facebook Ireland*, como antes se ha mencionado, ofrece, como prestación contractual: 1) la personalización de contenidos, 2) la personalización de la publicidad mostrada, 3) la seguridad de usuarios y de red, 4) la mejora de productos y 5) el disfrute coherente y fluido de los productos de la empresa *Facebook*, puede invocar la justificación de la necesidad para la ejecución de un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD o la justificación de la satisfacción de intereses legítimos de conformidad con la letra f) de la misma disposición, cuando recoge los datos externos a *Facebook*, los combina con la cuenta de *Facebook.com* de los usuarios y los utiliza con dichos fines.

A juicio de esta Sala y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al elemento de la necesidad (véase la sentencia de 4 de mayo de 2017, Rīgas satiksme, C-13/16, apartado 30), y en atención también a las consideraciones del Comité Europeo de Protección de Datos en su dictamen 2/19 (puntos 2, 26 y siguientes, 48 y siguientes y 57, anexo Bf 42B), hay sobrados motivos para entender que un tratamiento de datos con el fin de mostrar

publicidad personalizada, para lo cual no son necesarias cookies, así como con fines de seguridad de usuario y de red y con fines de mejora de los productos puede responder a un interés legítimo de la empresa, y cabe considerar que el tratamiento de datos para la personalización de contenidos y, en su caso, también para permitir un disfrute coherente y fluido de los productos de la empresa *Facebook*, en el caso de *Facebook Ireland*, puede ser necesario para la ejecución de un contrato.

En consecuencia, por ejemplo, el tratamiento de los datos de *WhatsApp* en aras de la seguridad de usuario y de red podría responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland*, ya que esta empresa, según sus propias alegaciones, en su Política de datos (anexo Bf 10), bajo el epígrafe «¿Cuál es la dinámica de trabajo conjunto de las empresas de Facebook?», utiliza la información sobre cuentas de *WhatsApp* desde las cuales se envía «spam» para proceder contra ellas en *Facebook.com*, y esta información, por lo demás, podría no ser necesaria para la ejecución de un contrato ni estar amparada por ningún otro interés legítimo, pues *Facebook Ireland* no utiliza los datos de *WhatsApp* con fines de personalización y de producto en *Facebook.com* (apartado 746 de la resolución).

El tratamiento de los datos de *Instagram*, en la medida en que se destine a la personalización de contenidos y al disfrute coherente y fluido de los productos de *Facebook* (para que se le muestren al usuario personas o contenidos en *Facebook.com* por poder interesarle también en dicha red social), podría ser necesario para la ejecución de un contrato o, al menos, responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland*. También para personalizar la publicidad mostrada, para proporcionar seguridad de red y para la mejora de los productos, este tratamiento de datos podría responder a un interés legítimo de la empresa. En particular, según sus propias alegaciones, *Facebook Ireland* utiliza los datos de *Instagram* de cuentas con comportamiento dudoso o claramente implicadas en actividades ilícitas para garantizar la seguridad de los usuarios de *Facebook* (apartado 465 de la motivación del recurso). Lo mismo podría suceder, en principio, con el tratamiento de los datos de *Oculus*, si bien a este respecto no constan los fines para los cuales se utilizan concretamente estos datos en *Facebook.com*.

El tratamiento de los datos procedentes de las «herramientas de *Facebook* para empresas», en particular los plug-ins sociales «me gusta» y «compartir», y de «*Facebook Login*» y «*Account Kit*», podría ser necesario para la ejecución de un contrato o, al menos, responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland*, si se llevase a cabo para la personalización de contenidos y para el disfrute coherente y fluido de los productos de *Facebook*. Esto podría requerir que el usuario accionase el correspondiente botón de función, y podría circunscribirse a los procesos de tratamiento necesarios en cada caso. Con independencia del accionamiento de los botones de función, la recogida de datos y su combinación con la cuenta de *Facebook.com* podría responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland* si el usuario diese su consentimiento al tratamiento de datos para la personalización de la publicidad mostrada. También podrían constituir un interés legítimo de

Facebook Ireland en el tratamiento de los datos la seguridad de red o la mejora de los productos. Por ejemplo, según informa el propio *Facebook*, este utiliza los datos de los «plug-ins sociales» para detectar en el menor tiempo posible, de entre las muchas visitas de las páginas, si un «bot» está tratando de crear y manejar cuentas en *Facebook* (apartado 465 de la motivación del recurso).

b) Con la cuarta cuestión prejudicial se pretende aclarar si

- la minoría de edad de los usuarios, en cuanto a la personalización de contenidos y publicidad, mejora de los productos, seguridad de red y comunicación no comercial con el usuario;

- la facilitación de mediciones, análisis y demás servicios de empresa a clientes publicitarios, desarrolladores y otros colaboradores, para que puedan medir y mejorar su rendimiento;

- la facilitación de comunicación comercial con el usuario, para que *Facebook Ireland* pueda mejorar sus productos y realizar marketing directo;

- la investigación e innovación en aras del bienestar social, a fin de desarrollar el estado de la técnica y el conocimiento científico sobre importantes temas sociales, e influir así positivamente en la sociedad y en el mundo;

- la información a las autoridades policiales y judiciales y la respuesta a requerimientos legales, con fines de prevención, esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos, usos ilícitos, infracciones de las condiciones de servicio y de las directrices y demás comportamientos nocivos,

también pueden constituir intereses legítimos a efectos del artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD que justifiquen la recogida de datos externos a *Facebook*, su combinación con la cuenta de *Facebook.com* del usuario y su utilización con dichos fines.

Es preciso aclarar, en particular, si *Facebook Ireland*, respecto al tratamiento de datos procedentes de los demás servicios del grupo y de las «herramientas de *Facebook* para empresas», puede invocar la justificación de la satisfacción de intereses legítimos con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra f), del RGPD en relación con menores de edad que no hayan alcanzado la edad de 16 años (no reducida en Alemania en virtud del artículo 8, apartado 1, tercera frase, del RGPD) y que, de acuerdo con la doctrina alemana (aparentemente unívoca), no pueden prestar por sí mismos su consentimiento para la celebración de un contrato de servicio válido con una red social a efectos del artículo 6, apartado 1, letra b), del RGPD, ya que, debido al tratamiento de datos que se lleva a cabo, no es estrictamente ventajoso desde el punto de vista jurídico (artículo 107 del Código Civil alemán; véase Klumpp en Staudinger, BGB, reedición de 2017, artículo 107, marginal 30; Spickhoff en MüKoBGB, 8.^a ed. 2018, artículo 107, marginal 82, y Mansel en Jauernig, BGB, 18.^a ed. 2021, artículo 107, marginal 3), cuando no cuenten con la necesaria aprobación paterna.

Tampoco resulta evidente si el tratamiento de los datos externos a *Facebook* puede justificarse apelando al interés en la investigación e innovación en aras del bienestar social, a fin de desarrollar el estado de la técnica y el conocimiento científico sobre importantes temas sociales, e influir así positivamente en la sociedad y en el mundo.

En cambio, la utilización de los datos procedentes de las «herramientas de *Facebook* para empresas» para proporcionar mediciones, análisis y otros servicios de empresas a clientes publicitarios, desarrolladores y demás socios, para que estos puedan evaluar y mejorar sus servicios, podría responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland* (y de sus socios), en cualquier caso, cuando los usuarios hubiesen prestado su consentimiento en la utilización de los datos de los socios para personalizar la publicidad mostrada. En la medida en que el tratamiento de los datos procedentes de los demás servicios del grupo y/o de las «herramientas de *Facebook* para empresas» esté justificado, si lo está, para la mejora de los productos, lo mismo podría ser válido también para la utilización a fin de proporcionar comunicación comercial con el usuario, para que *Facebook Ireland* pueda mejorar sus productos y realizar marketing directo.

Asimismo, podría responder a un interés legítimo de *Facebook Ireland* la recogida de datos externos a *Facebook*, su combinación con la cuenta de *Facebook.com* y su utilización, o la utilización de dichos datos recogidos y combinados por otra vía lícita, con fines de información a las autoridades policiales y judiciales y la respuesta a requerimientos legales, con fines de prevención, esclarecimiento y enjuiciamiento de delitos, usos ilícitos, infracciones de las condiciones de servicio y de las directrices y demás comportamientos nocivos.

En la necesaria ponderación (aparte del derecho legal de oposición reconocido en el artículo 21 del RGPD) podría ser necesario tener en cuenta que, en relación con las «herramientas de *Facebook* para empresas», los oferentes de páginas web de terceros que hayan insertado dichas herramientas tienen la posibilidad de demorar la transmisión de datos a *Facebook Ireland* hasta haber recibido el consentimiento del usuario (apartado 868 de la resolución), y que desde el 28 de enero de 2020 *Facebook* ofrece la función OFA, con la cual los usuarios de *Facebook.com* pueden obtener un resumen de la información que obtiene *Facebook* de sus actividades en otras páginas web y aplicaciones, y, si lo desean, pueden desvincular dichos datos de los de su cuenta en *Facebook.com*, con efectos retroactivos y hacia el futuro (apartados 148 y 149 de la motivación del recurso).

c) Con la quinta cuestión prejudicial se trata de dilucidar si la recogida de datos externos a *Facebook*, su combinación con la cuenta de *Facebook.com* y su utilización, o la utilización de dichos datos recogidos y combinados por otra vía lícita, pueden estar justificadas en el caso concreto en virtud del artículo 6, apartado 1, letras c), d) y e), del RGPD, por ejemplo (como alega *Facebook Ireland* en el documento presentado como anexo Bf 12), para responder a una petición lícita de determinados datos [letra c)], combatir un comportamiento nocivo y mejorar la seguridad [letra d)] o investigar por el bien de la sociedad y en

aras de la protección, la integridad y la seguridad [letra e)], porque en tales casos no puede supeditarse incondicional y absolutamente al consentimiento del usuario el tratamiento de dichos datos, o si en general está excluida la justificación del tratamiento de los datos externos a *Facebook* por tales razones.

f) En tal caso, ya no sería decisiva la cuestión de si las condiciones de tratamiento de datos y su ejecución, cuando no medie consentimiento o no estén justificadas, pueden constituir también una conducta excluyente abusiva a efectos de la disposición general del artículo 19, apartado 1, de la GWB en perjuicio de los competidores en el mercado de las redes sociales para usuarios particulares o en otros mercados.

g) Si el tratamiento de los datos externos a *Facebook* solo pudiese justificarse mediante consentimiento, con la sexta cuestión prejudicial pretende aclararse si, frente a una empresa con posición dominante como *Facebook Ireland*, los usuarios pueden realmente prestar un consentimiento válido a efectos de los artículos 6, apartado 1, letra a), y 9, apartado 2, letra a), del RGPD, como ha ordenado el Bundeskartellamt para que cese la presunta infracción, o si ante una empresa con posición dominante no se ha de reconocer en ningún caso la libertad que exige el artículo 4, punto 11, del RGPD, aunque la ejecución del contrato no dependa del consentimiento en el tratamiento de los datos. En este sentido podría apuntar el considerando 43, primera frase.

2. La aclaración de las cuestiones prejudiciales no resulta innecesaria por el hecho de que, en el procedimiento de recurso, el Bundeskartellamt haya fundamentado su resolución «con carácter complementario» (p. 88 de la oposición al recurso) en la motivación del Bundesgerichtshof en el procedimiento acelerado previo (auto de 23 de junio de 2020, Facebook, KVR 69/19, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0). A juicio del Bundesgerichtshof, con la utilización de los datos procedentes del uso de otros servicios del grupo y de las «herramientas de *Facebook* para empresas», se impone al usuario de *Facebook.com* una ampliación del servicio que «quizá no desee»; por otro lado, las condiciones de servicio impugnadas probablemente no se establecerían en condiciones de competencia efectiva, pues tienden a excluir la competencia, y, en una valoración y ponderación exhaustiva de los intereses en juego, en particular por la ausencia de una justificación con arreglo al RGPD, la ampliación del servicio se ha de considerar abusiva. Con esta motivación resulta difícil defender la resolución, por la simple razón de que el Bundeskartellamt, en cualquier caso, no ha realizado las necesarias apreciaciones sobre el requisito del carácter excluyente de la competencia respecto al tratamiento de datos. Tal carácter solo podría considerarse en buena lógica en relación con el tratamiento de los datos de *Instagram*, si bien no es posible responder a esta cuestión sin aclarar la séptima cuestión prejudicial y, en su caso, también las cuestiones tercera a quinta.

a) Dado que el Bundesgerichtshof parece considerar que el Bundeskartellamt puede completar en el procedimiento de recurso la motivación de su resolución añadiendo dicha motivación, aunque con ella el reproche de abuso se basa en

hechos diferentes de una infracción del RGPD, y aunque el consentimiento de los usuarios que se exige en su parte dispositiva no sería tampoco un consentimiento en el sentido del RGPD, sino un consentimiento diferente, que hubiese de prestarse en su caso adicionalmente a aquel, esta Sala procede a valorar la resolución también a la luz de dicha motivación.

b) El Bundeskartellamt no ha emitido, al menos en gran parte, las necesarias apreciaciones sobre el requisito de que el tratamiento de los datos externos a *Facebook* tienda a excluir a los competidores. Sería preciso demostrar un potencial efecto contrario a la competencia (en el mercado de las redes, desde el punto de vista de la red, por ejemplo, incrementando los efectos de red o mejorando los productos o, desde el punto de vista de la publicidad, con la posesión de datos más detallados; o bien en el mercado de la publicidad u otros mercados, cualquiera que sea la forma en que se delimiten), mientras que la práctica de una empresa en posición dominante no se puede calificar de abusiva si no se produce el menor efecto contrario a la competencia sobre el mercado (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, apartado 112, y de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 64).

Dado que *Facebook Ireland* no utiliza en *Facebook.com* los datos de *WhatsApp* de los usuarios de *Facebook.com* con fines de personalización y de producto (y, según afirma, no pretende hacerlo en Europa), no parece, y el Bundeskartellamt tampoco lo ha apreciado, que el tratamiento de los datos de *WhatsApp* pueda excluir de alguna manera a los competidores en el mercado de redes o en un mercado publicitario o de servicios de mensajería. Asimismo, el Bundeskartellamt no ha efectuado ninguna apreciación acerca de un posible uso de los datos de *Oculus* de los usuarios de *Facebook.com* con fines de la red de *Facebook.com* y que puedan tener algún efecto excluyente de los competidores en el mercado de redes, en el mercado de referencia o en el mercado al que se dirige *Oculus*. Prácticamente, la única circunstancia en que los usuarios de *Facebook.com* «probablemente no deseen» el tratamiento de los datos procedentes de las «herramientas de *Facebook* para empresas» es cuando ni accionan los «plug-ins sociales» («me gusta», «compartir») ni utilizan el «*Facebook Login*» o el «*Account Kit*» ni han dado su consentimiento a la personalización de la publicidad mostrada. No obstante, el Bundeskartellamt tampoco ha aclarado en qué medida el tratamiento de los datos procedentes de las «herramientas de *Facebook* para empresas» que no se lleva a cabo para personalizar el uso de *Facebook.com*, para proporcionar el disfrute coherente y fluido de los productos de *Facebook* ni para mostrar publicidad personalizada puede llegar a excluir a los competidores en el mercado de redes, en un mercado publicitario o en otros mercados, máxime cuando los usuarios pueden desvincular dichos datos de su cuenta de *Facebook* gracias a OFA.

c) Únicamente en relación con el tratamiento de los datos de *Instagram* de los usuarios de *Facebook.com* cabe considerar seriamente la posibilidad de excluir la competencia, ya que con ellos se personaliza el uso de *Facebook.com*, al sugerirse

allí a los usuarios determinadas personas a las que siguen en *Instagram*, con lo que pueden incrementarse los efectos de red, y también porque esta combinación con los datos de *Facebook.com* de los usuarios se puede utilizar, por ejemplo, con fines publicitarios y para mejorar los productos en *Facebook.com*. Respecto a la cuestión de si con una competencia efectiva en el mercado de las redes sociales sería previsible tal tratamiento de datos transversal para diversos servicios sin un consentimiento específico de los usuarios y, en particular, respecto a la valoración y ponderación exhaustiva de los intereses en juego, en atención a los cuales se ha de determinar si es abusivo el comportamiento de *Facebook Ireland*, tanto desde el punto de vista de la explotación de los usuarios como desde el punto de vista de la exclusión de la competencia (véase el auto del BGH de 23 de junio de 2020, Facebook, KVR 69/19, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0, apartados 98 y siguientes), resulta necesario resolver la séptima cuestión prejudicial, es decir, si el Bundeskartellamt, al menos a tal fin, puede hacer apreciaciones sobre una infracción del RGPD por dicho tratamiento de datos, así como las cuestiones prejudiciales tercera a quinta, es decir, si este tratamiento de datos infringe el RGPD y, por tanto, *Facebook Ireland* utiliza medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, apartados 29 y siguientes, y de 6 de diciembre de 2012, Astra Zeneca, C-457/10, EU:C:2012:770, apartados 74 y 75).

[*omissis*]