

Věc C-252/21

**Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce**

**Datum doručení:**

22. dubna 2021

**Předkládající soud:**

Oberlandesgericht Düsseldorf (Německo)

**Datum předkládacího rozhodnutí:**

24. března 2021

**Stěžovatelky:**

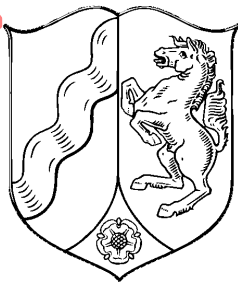
Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

**Odpůrce:**

Bundeskartellamt



**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF**

**(Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo)**

**USNESENÍ**

[*omissis*]

Ve věci hospodářské soutěže

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

2. **Facebook Ireland Ltd.**, [omissis] Irsko,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [omissis] Hamburk,

**stěžovatele,**

[omissis]

**p r o t i**

**Bundeskartellamt** (Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž, Německo), [omissis] Bonn,

**odpůrci,**

Další účastníci řízení:

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

**vedlejší účastník,**

[omissis]

první Kartellsenat (senát pro hospodářskou soutěž) Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu)

na základě ústního jednání konaného dne 24. března 2021

[omissis]

**r o z h o d l t a k t o:**

I.

Řízení se přerušuje.

II.

Soudnímu dvoru Evropské unie se za účelem výkladu nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2016/679 ze dne 27. dubna 2016 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů a o zrušení směrnice 95/46/ES (obecné nařízení o ochraně osobních údajů) (dále jen „GDPR“) a za účelem výkladu čl. 4 odst. 3 SEU předkládají následující předběžné otázky:

1.

a) Je slučitelné s článkem 51 a násl. GDPR, pokud vnitrostátní orgán členského státu pro hospodářskou soutěž, jako je Bundeskartellamt (Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž, Německo), který není dozorovým

úřadem ve smyslu článku 51 a násl. GDPR a v jehož členském státě má podnik usazený mimo Evropskou unii provozovnu, která hlavní provozovně tohoto podniku, která se nachází v jiném členském státě a nese výlučnou odpovědnost za zpracování osobních údajů na celém území Evropské unie, poskytuje podporu v oblasti reklamy, komunikace a styku s veřejností, pro účely výkonu dohledu nad zneužíváním dominantního postavení podle soutěžního práva konstatuje, že smluvní podmínky hlavní provozovny týkající se zpracování údajů a jejich uplatňování porušují GDPR, a vydá rozhodnutí směřující k ukončení tohoto porušování?

b) V případě kladné odpovědi: Je to slučitelné s čl. 4 odst. 3 SEU, pokud vedoucí dozorový úřad v členském státě hlavní provozovny ve smyslu čl. 56 odst. 1 GDPR zároveň provádí šetření ohledně jejích smluvních podmínek týkajících se zpracování údajů?

V případě kladné odpovědi na první otázku:

2.

a) Jedná se tehdy, jestliže uživatel internetu buď pouze zobrazí internetové stránky nebo aplikace, které mají vztah ke kritériím uvedeným v čl. 9 odst. 1 GDPR, jako například *Flirting Apps*, seznamovací služby pro gaye, internetové stránky politických stran, internetové stránky týkající se zdraví, nebo tam rovněž zadá data, například při registraci nebo objednávání, a jiný podnik, jako je společnost *Facebook Ireland*, prostřednictvím rozhraní, která jsou vložena do daných internetových stránek a aplikací, jako jsou „*Facebook Business Tools*“, nebo prostřednictvím *cookies* uložených do počítače nebo mobilního koncového zařízení uživatele internetu nebo podobných technologií ukládání dat shromažďuje údaje o zobrazení internetových stránek a aplikací ze strany uživatele a o tom, co tam uživatel zadal, propojuje je s údaji o účtu uživatele na stránkách *facebook.com* a využívá je, v případě daného shromažďování nebo propojování nebo využívání o zpracování citlivých údajů ve smyslu uvedeného ustanovení?

b) V případě kladné odpovědi: Představuje zobrazení těchto internetových stránek nebo zadání dat nebo stisknutí tlačítek poskytovatele, jako je společnost *Facebook Ireland*, která jsou vložena do těchto internetových stránek nebo aplikací („sociální moduly“ jako „To se mi líbí“, „Sdílet“ nebo „*Facebook Login*“ či „*Account Kit*“) zjevné zveřejnění údajů o zobrazení jako takovém nebo o zadání dat ze strany uživatele ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) GDPR?

3.

Může se podnik, jako je společnost *Facebook Ireland*, který provozuje digitální sociální síť financovanou prostřednictvím reklamy a ve svých podmínkách používání služby nabízí personalizaci obsahů a reklamy,

zabezpečení sítě, zlepšování produktů a konzistentní a plynulé používání veškerých produktů patřících koncernu, jehož je součástí, dovolávat právního důvodu zpracování spočívajícího v nezbytnosti pro splnění smlouvy podle čl. 6 odst. 1 písm. b) GDPR nebo týkajícího se zpracování pro účely oprávněných zájmů podle čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR, pokud pro tyto účely shromažďuje údaje získané v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu, a z internetových stránek a aplikací třetích stran, a to prostřednictvím rozhraní, která jsou v nich vložena, jako jsou „Facebook Business Tools“, nebo prostřednictvím cookies uložených do počítače nebo mobilního koncového zařízení uživatele internetu či podobné technologie ukládání dat, propojuje je s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* a využívá je?

4.

Mohou v takovém případě i

– nezletilost uživatelů v případě personalizace obsahu a reklam, zlepšování produktů, zabezpečení sítě a jiné než marketingové komunikace s uživatelem,

– poskytování měření, analýz a dalších služeb pro firmy inzerentům, vývojářům a dalším partnerům, aby mohli vyhodnocovat a zlepšovat svou efektivitu,

– poskytování marketingové komunikace s uživatelem, aby podnik mohl zlepšovat své produkty a provádět přímý marketing,

– společensky prospěšný výzkum a inovace za účelem zlepšování stavu techniky, resp. vědeckého pochopení důležitých společenských témat a za účelem pozitivního ovlivňování společnosti a světa,

– informování bezpečnostních složek a odpovědi na právní žádosti za účelem prevence, odhalování a stíhání trestných činů, neoprávněného používání produktů, porušování podmínek používání služby a zásad a dalšího škodlivého jednání

být oprávněnými zájmy ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR, pokud podnik pro tyto účely shromažďuje údaje získané v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu, jehož je součástí, a z internetových stránek a aplikací třetích stran prostřednictvím rozhraní, která jsou do nich vložena, jako jsou „Facebook Business Tools“, nebo prostřednictvím cookies uložených do počítače nebo mobilního koncového zařízení uživatele internetu nebo podobných technologií ukládání dat, propojuje je s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* a využívá je?

5.

Může být v takovém případě shromažďování údajů získaných v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu a z internetových stránek a aplikací třetích stran prostřednictvím rozhraní, která jsou do nich vložena, jako jsou například „*Facebook Business Tools*“, nebo prostřednictvím *cookies* uložených do počítače nebo mobilního koncového zařízení uživatele internetu nebo podobných technologií ukládání dat, [jejich] propojování s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* a využívání nebo využívání údajů, které již byly zákonně shromážděny a propojeny jiným způsobem, v konkrétních případech ospravedlněno rovněž na základě čl. 6 odst. 1 písm. c), d) a e) GDPR, například za účelem odpovědi na právoplatnou žádost o poskytnutí určitých údajů [písmeno c)], potírání škodlivého chování a zvyšování bezpečnosti [písmeno d)], výzkumu prováděného pro blaho společnosti a za účelem podpory bezpečnosti, integrity a zabezpečení [písmeno e)]?

6.

Lze ve vztahu k podniku v dominantním postavení, jako je společnost *Facebook Ireland*, vyjádřit souhlas ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. a) a čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR, který je platný a zejména svobodný ve smyslu čl. 4 bodu 11 GDPR?

V případě záporné odpovědi na první otázku:

7.

a) Může vnitrostátní orgán členského státu pro hospodářskou soutěž, jako je Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž, který není dozorovým úřadem ve smyslu článku 51 a násl. GDPR a který prověřuje porušení zákazu zneužití stanoveného soutěžním právem ze strany podniku v dominantním postavení, které nespočívá v tom, že jeho podmínky zpracování údajů a jejich uplatňování porušují GDPR, například v rámci zvážení zájmů určit, zda jsou podmínky zpracování údajů tohoto podniku a jejich uplatňování v souladu s GDPR?

b) V případě kladné odpovědi: Je tomu tak s ohledem na čl. 4 odst. 3 SEU i v případě, že vedoucí dozorový úřad, který je příslušný podle čl. 56 odst. 1 GDPR, zároveň provádí šetření ohledně podmínek tohoto podniku pro zpracování údajů?

V případě kladné odpovědi na sedmou otázku je třeba zodpovědět třetí až pátou otázku ve vztahu k údajům získaným v souvislosti s používáním služby *Instagram*, která patří koncernu.

## O d ů v o d n ě n í

### I.

Druhá stěžovatelka (dále jen „společnost *Facebook Ireland*“) v Evropě provozuje digitální sociální síť *facebook.com*, která je pro soukromé uživatele bezplatná. První stěžovatelka je její americká mateřská společnost. Třetí stěžovatelka je německá sesterská společnost společnosti *Facebook Ireland* a poskytuje jí podporu v oblasti reklamy, komunikace a styku s veřejností (stěžovatelky dále společně jen „*Facebook*“).

Soukromý uživatel si na stránkách *Facebook.com* může zřídit osobní *facebookovou* stránku, jejímž prostřednictvím může komunikovat s třetími osobami. Mimo jiné může do „*news feedu*“ na své *facebookové* stránce vkládat vlastní příspěvky a podle své volby je šířit mezi svými *facebookovými* přáteli nebo veřejně v rámci sítě, navíc může ve svém „*news feedu*“ přijímat zprávy svých *facebookových* přátel nebo jiných poskytovatelů obsahu a podniků, zastoupených na stránce *facebook.com*, k jejichž odběru se přihlásil. Dále může nechat ve svém „*news feedu*“ a „*news feedu*“ svých *facebookových* přátel zobrazit obsahy z internetových stránek a aplikací třetích stran tak, že tam klikne na tlačítka „sociálních modulů“ (zejména „To se mi líbí“ nebo „Sdílet“). Prostřednictvím funkcí „*Facebook Login*“ a „*Account Kit*“ se uživatel může pouze za pomoci svých *facebookových* přihlašovacích údajů přihlásit na stránky a do aplikací třetích stran nebo si tam zřídit profil.

*Facebook* podnikům nabízí vložení tlačítek „sociálních modulů“ (zejména „To se mi líbí“ a „Sdílet“), jakož i funkcí „*Facebook Login*“ a „*Account Kit*“ na jejich internetové stránky a do jejich aplikací, a to prostřednictvím rozhraní pod označením „*Facebook Business Tools*“ („nástroje *Facebooku* pro firmy“), která jsou předdefinována *Facebookem*. Tato rozhraní umožňují tok dat o uživateli na stránkách *facebook.com*, který probíhá nezávisle na tom, zda uživatelé internetových stránek nebo aplikace daná tlačítka skutečně aktivovali.

Doména *facebook.com* je financována prostřednictvím on-line reklamy, která je přizpůsobena individuálnímu uživateli sociální sítě a jejímž cílem je, aby se uživateli zobrazovala pouze taková reklama, která by ho mohla zajímat s ohledem na jeho osobní spotřební návyky, zájmy, kupní sílu a životní situaci. Prostřednictvím „správce reklam“ mohou inzerenti definovat zamýšlenou cílovou skupinu a zajistit, aby se uživatelům zobrazovala reklama, mimoto mohou *Facebooku* v šifrované podobě předat seznamy svých zákazníků a díky porovnání s údaji ze sociální sítě optimalizovat svou reklamu. Za pomoci dalších nástrojů pro analýzu a měření (zprávy o účinnosti reklam a „*Facebook Analytics*“), které *Facebook* rovněž nabízí pod označením „*Facebook Business Tools*“, mohou inzerenti měřit úspěšnost své reklamy a analyzovat své vlastní on-line služby i získávat agregované statistiky týkající se jejich cílové skupiny. Děje se tak rovněž prostřednictvím integrace rozhraní („*Facebook Pixel*“ nebo „*SDK*“), která zaznamenávají chování uživatelů i na internetových stránkách a v aplikacích třetích stran bez ohledu na to, zda uživatel provedl příslušný úkon.

Skupina *Facebook* prostřednictvím sociální sítě nabízí další služby, mj. bezplatný *Instagram* financovaný prostřednictvím reklamy, který je v Evropě rovněž



provozován společností *Facebook Ireland* a slouží ke „sídlení“ fotografií a krátkých videoklipů, bezplatný *WhatsApp* sloužící k zasílání a přijímání celé řady mediálních obsahů jako např. textových zpráv, obrázků, videí, kontaktů, dokumentů, statusů i hlasových zpráv a hovorů, který není financován prostřednictvím reklamy a je v Evropě provozován společností *WhatsApp Ireland Ltd.*, a službu *Oculus*, která je v Evropě provozována další dceřinou společností *Facebook Technologies Ireland Ltd.* a jejímž prostřednictvím jsou prodávány brýle pro virtuální realitu a software. Až do 13. března 2020 *Facebook* mimoto nabízel službu *Masquerade* sloužící k upravování a „sdílení“ fotografií.

Soukromí uživatelé v Evropě stisknutím tlačítka „Zaregistrovat se“ uzavírají smlouvu o používání domény *facebook.com* a zároveň tím vyjadřují souhlas s podmínkami používání služby stanovenými společností *Facebook Ireland*. Podle těchto podmínek společnost *Facebook Ireland* zpracovává osobní údaje, přičemž za účelem bližších informací se v tomto ohledu odkazuje zejména na zásady používání dat a souborů *cookies* stanovené společností *Facebook Ireland*. Společnost *Facebook Ireland* podle nich shromažďuje údaje o uživateli a zařízeních, o aktivitách uživatelů na sociální síti i mimo ni a přiřazuje je k účtům dotčených uživatelů na stránkách *facebook.com*. V případě aktivit uživatelů uskutečňovaných mimo sociální síť se jedná jednak o navštěvování internetových stránek a aplikací třetích stran, které jsou s doménou *facebook.com* propojeny prostřednictvím programovacích rozhraní („*Facebook Business Tools*“), a jednak o využívání dalších služeb, které patří k *Facebooku*, *Instagram*, *WhatsApp* a *Oculus*, v souvislosti s nimiž probíhá zpracování údajů „prostřednictvím dalších společností a produktů *Facebook*“.

Rozhodnutím ze dne 6. února 2019 Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž stěžovatelkám a podnikům, které jsou s nimi propojeny ve smyslu § 36 odst. 2 [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti omezování hospodářské soutěže) (dále jen „*GWB*“)], na základě § 19 odst. 1 a § 32 *GWB* zakázal zpracování údajů stanovené v podmínkách používání služby a jeho provádění a uložil jim opatření směřující k jejich ukončení. Zákaz se vztahuje na používání podmínek používání služby včetně jejich upřesnění v zásadách zpracování dat a souborů *cookies*, podle kterých je používání sítě *facebook.com* ze strany soukromých uživatelů usazených v Německu podmíněno tím, že společnost *Facebook Ireland* může prostřednictvím „*Facebook Business Tools*“ bez souhlasu uživatelů shromažďovat údaje týkající se uživatelů a zařízení získané v souvislosti s používáním služeb *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* a *Masquerade* a návštěvami internetových stránek nebo aplikací třetích stran, propojovat je s jejich údaji získanými na stránkách *facebook.com* a využívat je (bod 1 výroku rozhodnutí). Mimoto Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž stěžovatelkám a podnikům, které jsou s nimi propojeny ve smyslu § 36 odst. 2 *GWB*, zakázal uplatňování těchto podmínek prostřednictvím skutečných operací zpracování osobních údajů, které společnost *Facebook Ireland* uskutečňuje na základě zásad používání dat a souborů *cookies* (bod 2 výroku rozhodnutí), a uložil stěžovatelkám a podnikům, které jsou s nimi propojeny ve smyslu § 36 odst. 2 *GWB*, aby podmínky používání služby a jejich uplatňování upravily a aby přitom výslovně upřesnily, že

údaje týkající se uživatelů a zařízení získané v souvislosti s využíváním služeb *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* a *Masquerade*, jakož i „*Facebook Business Tools*“ nebudou shromažďovány, propojovány s účtem na stránkách *facebook.com* ani využívány, nebo že tomu tak nebude bez souhlasu uživatelů (bod 3 výroku rozhodnutí). Konečně v bodě 4 svého rozhodnutí Úřad upřesnil, že souhlas uživatele není dán, pokud je zpřístupnění domény *facebook.com* podmíněno udělením souhlasu.

Stěžovatelky proti rozhodnutí Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž dne 11. února 2019 řádně a včas podaly stížnost k Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu).

Společnost *Facebook Ireland* – z podnětu Evropské komise a vnitrostátních sdružení spotřebitelů členských států – dne 31. července 2019 zavedla nové – v podstatě shodné – podmínky používání služby, které v bodě 2 výslovně upozorňují na to, že uživatel namísto placení za používání produktů společnosti skupiny *Facebook* vyjadřuje souhlas se zobrazováním reklam. Od 28. ledna 2020 *Facebook* celosvětově nabízí takzvanou *Off-Facebook-Activity* („aktivita mimo *Facebook*“) (dále jen „OFA“). Jejím prostřednictvím si uživatelé *Facebooku* mohou zobrazit přehled informací, které *Facebook* získává o jejich aktivitách na jiných internetových stránkách a v jiných aplikacích, a na přání mohou tato data ohledně minulosti nebo budoucnosti odpojit od svého účtu na stránkách *facebook.com*.

## II.

Ustanovení německého práva, která jsou rozhodná pro posouzení věci projednávané v řízení o stížnosti, mají následující znění:

Ustanovení § 19 odst. 1 GWB ve znění účinném do 18. ledna 2021:

(1) Využívání dominantního postavení, které má zneužívající povahu, jedním nebo více podniky je zakázáno.

Ustanovení § 19 odst. 1 GWB ve znění účinném od 19. ledna 2021:

(1) Zneužití dominantního postavení jedním nebo více podniky je zakázáno.

Ustanovení § 32 odst. 1 GWB:

(1) Orgán pro hospodářskou soutěž může podnikům nebo sdružením podniků uložit povinnost ukončit porušování ustanovení této části [tohoto zákona] nebo článku 101 nebo 102 Smlouvy o fungování Evropské unie.

## III.

Úspěch stížnosti podané společností *Facebook Ireland* – která v důsledku ukončení poskytování služby *Masquerade* a prohlášení Spolkového úřadu pro



hospodářskou soutěž, že z napadeného rozhodnutí v tomto ohledu již nelze odvozovat jakákoli práva, již směřuje pouze proti zbývající části daného rozhodnutí – závisí na odpovědích na předběžné otázky položené ve výrokové části tohoto rozhodnutí. Před vydáním meritorního rozhodnutí o opravném prostředku je proto třeba přerušit řízení a na základě článku 267 SFEU předložit Soudnímu dvoru Evropské unie žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.

1. Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž své rozhodnutí založené na § 19 odst. 1 a § 32 GWB předně odůvodnil pouze tím, že zpracování údajů získaných v souvislosti se službami patřícími koncernu, které jsou nabízeny odděleně od domény *facebook.com*, a s „*Facebook Business Tools*“, jak je stanoveno v podmínkách používání služby a jak je prováděno, představuje zneužití dominantního postavení na trhu sociálních sítí pro soukromé uživatele v Německu ve formě zneužití smluvních podmínek podle generální klauzule uvedené v § 19 odst. 1 GWB, protože toto zpracování údajů jakožto projev tržní síly porušuje GDPR, jelikož nejsou dány dostatečné právní důvody zpracování podle čl. 6 odst. 1 nebo čl. 9 odst. 2 GDPR. Mimoto má dané zneužití za následek vylučující účinky na úkor soutěžitelů na trhu sociálních sítí a na dalších trzích. Dodatečné zvážení zájmů z hlediska soutěžního práva je nadbytečné, ostatně vede k témuž výsledku jako zvážení zájmů z hlediska předpisů o ochraně údajů. Jelikož koncept ochrany, který byl vypracován v německé judikatuře týkající se generální klauzule obsažené v § 19 odst. 1 GWB, v evropské judikatuře a aplikační praxi dosud nemá obdoby, zakládá se dané rozhodnutí pouze na ustanovení § 19 odst. 1 GWB, které je v tomto ohledu přísnější než článek 102 SFEU.

Zatímco rozhodnutí Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž bude muset být zrušeno v rozsahu, v jakém směřuje proti první a třetí stěžovatelce a všem podnikům, které jsou se stěžovatelkami propojeny ve smyslu § 36 odst. 2 GWB, protože posledně uvedené podniky nebyly účastníky správního řízení a nebylo jim poskytnuto právo být slyšen a protože rozhodnutí neobsahuje žádné úvahy týkající se otázky, proč rozhodnutí směřuje proti první a třetí stěžovatelce, a k výkonu diskreční pravomoci, který je podle § 32 odst. 1 GWB nezbytný, nemůže poprvé dojít až v řízení o stížnosti, má předkládající senát, co se týče společnosti *Facebook Ireland*, za to, že:

a) Společnost *Facebook Ireland* má na věcně vymezeném relevantním trhu digitálních sociálních sítí pro soukromé uživatele, jehož hnačí silou je nabídka a který lze pro účely výkonu dohledu nad zneužíváním dominantního postavení podle závěrů Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž, které nebyly napadeny, z důvodu síťových účinků, které působí převážně v rámci Německa, vymezit vnitrostátně, dominantní postavení a je tudíž adresátkou normy uvedené v § 19 odst. 1 GWB.

b) Rozpor podmínek používání služby společnosti *Facebook Ireland* a jejich uplatňování s GDPR může podle generální klauzule obsažené v § 19 odst. 1 GWB představovat zneužití smluvních podmínek v neprospěch soukromých uživatelů, jelikož § 19 GWB – stejně jako článek 102 SFEU – spotřebitelům poskytuje nejen

nepřímou ochranu před narušením podmínek hospodářské soutěže, nýbrž i přímou ochranu před vykořisťováním ze strany podniku v dominantním postavení, aniž jsou relevantní dopady na strukturu hospodářské soutěže (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. března 2007, *British Airways*, C-95/04, bod 106, citováno dle databáze juris; rozsudek [Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr, Německo, dále jen „BGH“)] ze dne 7. prosince 2010, *Entega II*, KZR 5/10, bod 55, citováno dle databáze juris). Újma, která je relevantní z hlediska soutěžního práva, by spočívala v porušení práva uživatelů volně nakládat se svými osobními údaji, které je chráněno GDPR. Analýzy situace na srovnatelných trzích a stanovení závažné odchylky (*Erheblichkeitszuschlag*) oproti zjištěným podmínkám na srovnatelných trzích, jak jsou prováděny za účelem určení, zda je cena nepřiměřeně vysoká ve smyslu § 19 odst. 2 bodu 2 GWB, není třeba, pokud vytýkané zneužití spočívá v (relevantním) porušení zákona (viz rozsudek BGH ze dne 6. listopadu 2013, *VBL-Gegenwert I*, KZR 58/11, bod 66, citováno dle databáze juris). V takovém případě nezbyvá prostor ani pro zvážení zájmů, které je v rámci uplatňování generální klauzule obsažené v § 19 odst. 1 GWB v zásadě nezbytné [viz rozsudek BGH ze dne 7. června 2016, *Pechstein/International Skating Union*, KZR 6/15, (ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0), bod 48, citováno dle databáze juris]. Podmínka příčinné souvislosti mezi zneužitím a tržní silou, která je vyžadována podle § 19 odst. 1 GWB i podle čl. 102 první věty SFEU [viz rozsudky SDEU ze dne 14. listopadu 1996, *Tetrapak*, C-333/94, (ECLI:EU:C:1996:436,) bod 27, citováno dle databáze juris; ze dne 14. února 1978, *United Brands*, C-27/76, (ECLI:EU:C:1978:22,) body 248 až 257, citováno dle databáze juris; usnesení BGH ze dne 23. června 2020, *Facebook*, KVR 69/19, (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0,) bod 73, citováno dle databáze juris], by byla splněna, a to ve smyslu širěji chápané příčinné souvislosti ve vztahu k danému jednání, protože v případě fungující hospodářské soutěže by společnost *Facebook Ireland* logicky nevyžadovala podmínky zpracování údajů, které jsou podle GDPR nepřijatelné, i ve smyslu příčinné souvislosti ve vztahu k výsledku, protože uživatelé – ačkoli GDPR mohou porušovat i podniky, které nejsou v dominantním postavení – v případě, že k porušování dochází ze strany kvazimonopolního podniku, jako je společnost *Facebook Ireland*, nemají prakticky žádnou možnost se mu vyhnout [viz rovněž rozsudky (SDEU) ze dne 5. října 1988, *Alsatel*, C-247/86, (ECLI:EU:C:1988:469,) citováno dle databáze juris, a ze dne 27. března 1974, *BRT et Société belge*, C-127/73, (ECLI:EU:C:1974:25,) citováno dle databáze juris, ve kterých Soudní dvůr Evropské unie nezpochybňuje souvislost mezi zneužitím a tržní silou]. Společnost *Facebook Ireland* se v případě vytýkaného zneužití nemůže dovolávat koncernového privilegia, které vyplývá z § 36 odst. 2 GWB (viz rozsudek SDEU ze dne 24. října 1996, *Viho*, C-73/95 P, bod 17, citováno dle databáze juris; usnesení BGH ze dne 6. listopadu 2012, *Gasversorgung Ahrensburg*, KVR 54/11, body 19 a 22, citováno dle databáze juris; rozsudek BGH ze dne 23. června 2009, *Entega I*, KZR 21/08, bod 16, citováno dle databáze juris).

c) Rozhodnutí [Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž] je formálně protiprávní, protože Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž se v rozporu s čl. 3 odst. 1 druhou větou nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o

provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy (dále jen „prováděcí nařízení“) nezabýval čl. 102 prvním pododstavcem SFEU, ačkoli dominantní postavení společnosti *Facebook Ireland* v Německu odpovídá dominantnímu postavení na podstatné části vnitřního trhu ve smyslu čl. 102 prvního pododstavce SFEU [viz rozsudky SDEU ze dne 23. dubna 1991, *Höfner-Elsner*, C-41/90, bod 28, citováno dle databáze juris; ze dne 9. listopadu 1983, *Michelin*, C-322/81, (ECLI:EU:C:1983:313,) bod 28, citováno dle databáze juris] a na základě zjištění, že dané porušení GDPR vede ke „skutečným a potenciálním vylučujícím účinkům k tíži soutěžitelů“ [bod 885 rozhodnutí Úřadu], bylo třeba mít za to, že byla splněna i podmínka mezistátních následků daného jednání uvedená v čl. 102 prvním pododstavci SFEU [viz rozsudky SDEU ze dne 23. dubna 1991, *Höfner-Elsner*, C-41/90, bod 32, citováno dle databáze juris; ze dne 9. listopadu 1983, *Michelin*, C-322/81, (EU:C:1983:313,) bod 104, citováno dle databáze juris]. [omissis] [rozvedeno] Vzhledem k [omissis] závěru o souběhu § 19 odst. 1 GWB a čl. 102 prvního pododstavce SFEU (viz rozsudky BGH ze dne 8. dubna 2014, *VBL-Versicherungspflicht*, KZR 53/12, bod 46, citováno dle databáze juris; ze dne 6. listopadu 2013, *VBL-Gegenwert I*, KZR 58/11, bod 51, citováno dle databáze juris) je daná procesní vada ovšem irelevantní, pokud je rozhodnutí podle § 19 odst. 1 GWB v souladu s právem, a pokud je podle § 19 odst. 1 GWB protiprávní, nevede tato vada k ještě závažnější relevantní protiprávnosti.

d) Rozhodující proto je, zda Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž může konstatovat, zda podmínky používání služby společnosti *Facebook Ireland* a jejich uplatňování porušují GDPR, a zda může proti takovému porušování uložit nápravná opatření, která nařídil.

aa) V této souvislosti má být prostřednictvím předběžné otázky 1. a) objasněno, zda je s pravidly týkajícími se příslušnosti, spolupráce a jednotnosti uvedenými v článku 51 a násl. GDPR, zejména v čl. 56 odst. 1 GDPR, a ustanoveními o pravomocích uvedenými v člancích 57 a 58 GDPR slučitelné, aby Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž pro účely výkonu dohledu nad zneužíváním dominantního postavení podle soutěžního práva konstatoval, že podmínky používání služby společnosti *Facebook Ireland* a jejich uplatňování porušují GDPR, a nařídil nápravná opatření. Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž totiž není dozorovým úřadem ve smyslu GDPR a vedoucím dozorovým úřadem podle čl. 56 odst. 1 GDPR je irský dozorový úřad, jelikož společnost *Facebook Ireland* je hlavní provozovnou *Facebooku* v Evropě, provozuje danou sociální síť v Evropě, používá jednotné podmínky používání služby ve všech členských státech Unie a je správcem osobních údajů pro celé území Evropské unie ve smyslu čl. 4 bodu 7 GDPR.

V ohledu, v jakém je v této souvislosti třeba vzít v potaz i možnost právní ochrany, která je na základě článku 82 GDPR poskytována podle občanského práva, a zejména možnost jiných sankcí podle čl. 84 odst. 1 GDPR, předkládající senát podotýká, že ustanovení § 19 a § 32 GWB nepatří k předpisům, které Spolková republika Německo oznámila Evropské komisi podle čl. 84 odst. 2 GDPR (bod 201 odůvodnění stížnosti).

bb) Pokud je s pravidly týkajícími se příslušnosti uvedenými v GDPR slučitelné, aby Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž pro účely výkonu dohledu nad zneužíváním dominantního postavení podle soutěžního práva konstatoval a postihoval porušování GDPR prostřednictvím podmínek používání služby a jejich uplatňování, má být pomocí předběžné otázky 1. b) objasněno, zda je to slučitelné se zásadou loajální spolupráce zakotvenou v čl. 4 odst. 3 SEU, pokud podle čl. 56 odst. 1 GDPR vedoucí dozorový úřad takové porušování již zkoumá, jako v tomto případě irský dozorový úřad, který se podle tvrzení *Facebooku* (body 188 a 217 odůvodnění stížnosti), které není rozporováno, ve spolupráci s jinými dotčenými dozorovými úřady v Unii možným rozporem zpracování údajů ze strany společnosti *Facebook Ireland* s GDPR zabýval již v době vydání rozhodnutí Úřadu a zabývá se jím i nadále.

e) V případě, že Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž může pro účely výkonu dohledu nad zneužíváním dominantního postavení podle soutěžního práva konstatovat, že podmínky používání služby společnosti *Facebook Ireland* a jejich uplatňování porušují GDPR, a vydat příkazy směřující k nápravě, je dále rozhodující, zda podmínky používání služby (konkretizované zásadami používání dat a souborů *cookies*) týkající se zpracování údajů získaných v souvislosti s jinými službami patřících koncernu a „*Facebook Business Tools*“ (dále společně jen „údaje *Off-Facebook*“) a jejich uplatňování porušují GDPR a zda Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž může dané podmínky používání služby a jejich uplatňování zakázat a nařídit, že toto zpracování údajů nelze uskutečňovat nebo že je lze uskutečňovat pouze se zvláštním souhlasem uživatelů – kterým nelze podmiňovat používání domény *facebook.com*.

aa) Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž má správně za to, že v případě údajů *Off-Facebook* se jedná o osobní údaje ve smyslu čl. 4 bodu 1 GDPR [viz rozsudky SDEU ze dne 19. října 2016, *Breyer*, C-582/14, bod 49, citováno dle databáze juris; ze dne 24. listopadu 2011, *Scarlet*, C-70/10, bod 51, citováno dle databáze juris; žádost BGH o rozhodnutí o předběžné otázce ze dne 5. října 2017, *Cookie-Einwilligung I*, I ZR 7/16, (ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0.) bod 23 citováno dle databáze juris], že užití daných údajů za účelem personalizace sítě a reklamy představuje „profilování“ ve smyslu čl. 4 bodu 4 GDPR a že společnost *Facebook Ireland* je správcem osobních údajů ve smyslu čl. 4 bodu 7 GDPR [viz rozsudek SDEU ze dne 29. července 2019, *FashionId*, C-40/17, (ECLI:EU:C:2019:629,) bod 84, citováno dle databáze juris].

bb) Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž má právem za to, že kliknutím na tlačítko „Zaregistrovat se“ není – ani s přihlédnutím k bodu 2 nových podmínek používání služby ze dne 31. července 2019 – vyjádřen souhlas se zpracováním údajů *Off-Facebook* podle čl. 6 odst. 1 písm. a) a čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR [viz rozsudek SDEU ze dne 1. října 2019, *Planet49*, C-673/17, (ECLI:EU:C:2019: 801,) bod 58 a násl.] a že se souhlas uživatelů, který si společnost *Facebook Ireland* opatřuje k využívání údajů získaných v souvislosti s „*Facebook Business Tools*“ za účelem zobrazování personalizované reklamy, týká pouze využívání daných údajů k tomuto účelu, nikoli ale obecně shromažďování a propojování s



účtem na stránkách *facebook.com*. Správný je i závěr Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž, že možnost zablokovat v koncovém zařízení uživatele nebo v jeho internetovém prohlížeči ukládání *cookies* nebo je vymazat, možnost zakázat v operačním systému mobilního telefonu používání inzertního ID ani funkce OFA, která byla zavedena na konci ledna 2020, nesplňují požadavky kladené na souhlas podle čl. 6 odst. 1 písm. a) a čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR.

cc) Vzhledem k tomu, že zpracování údajů *Off-Facebook*, stanovené v podmínkách používání služby, a jeho provádění je – i v rámci koncernu – zákonné, pokud je dán alespoň jeden z právních důvodů zpracování uvedených v čl. 6 odst. 1 písm. a) až f) GDPR, a Soudní dvůr Evropské unie již ohledně předchozí právní úpravy obsažené v článku 7 směrnice o ochraně osobních údajů 95/46/ES, která měla stejné znění, rozhodl, že toto ustanovení stanoví taxativní a omezující výčet případů, kdy lze zpracování osobních údajů považovat za zákonné, a že členské státy nemohou doplnit nové zásady pro oprávněné zpracování osobních údajů, obsažené v uvedeném článku, ani upravovat další požadavky, které by pozměnily dosah některé ze zásad zakotvených v tomto článku [viz rozsudky SDEU ze dne 29. července 2019, *FashionId*, C-40/17, (EU:C:2019:629), bod 55, citováno dle databáze juris; ze dne 19. října 2016, *Breyer*, C-582/14, bod 57, citováno dle databáze juris; rozsudek ze dne 24. listopadu 2011, *ASNEF*, C-468/10 a C-469/10, body 30 a 32, citováno dle databáze juris], je rozhodující, zda prováděné zpracování údajů *Off-Facebook*, které je stanoveno v podmínkách používání služby, může být ve všech případech ospravedlněno výlučně souhlasem. Pouze v takovém případě by totiž mohl Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž nařít, aby z důvodů ochrany osobních údajů buď nebylo uskutečňováno, nebo aby bylo uskutečňováno pouze se souhlasem.

(1) Společnost *Facebook Ireland* v rámci své sociální sítě podle bodu 1 svých aktuálních podmínek používání služby (příloha 9 předložená stěžovatelkou) nadepsaného „Námi poskytované služby“ – nakolik je to relevantní v projednávané věci – v podstatě nabízí následující smluvní plnění: 1. personalizaci obsahů, 2. zobrazování personalizované reklamy, 3. bezpečnost uživatelů a zabezpečení sítě, 4. zlepšování produktů a 5. konzistentní a plynulé používání produktů nabízených společnostmi skupiny *Facebook*.

Společnost *Facebook Ireland* shromažďuje údaje týkající se uživatelů a zařízení získané v souvislosti s využíváním služeb patřících koncernu, jehož je součástí, a s „*Facebook Business Tools*“, které jsou konkrétně uvedeny v části jejich Zásad používání dat (příloha 10 předložená stěžovatelkou) nadepsané „Jaké druhy informací shromažďujeme“, propojuje je s údaji shromážděnými a uloženými při používání domény *facebook.com* a podle vysvětlení uvedeného v části nadepsané „Jak tyto informace používáme“ je používá za účelem poskytování, personalizace a zlepšování svých produktů, poskytování měření, analýz a dalších služeb pro firmy, podpory bezpečnosti, integrity a zabezpečení, komunikace s uživateli a společensky prospěšného výzkumu a inovace a podle vysvětlení uvedeného v části

nadepsané „Jak společnosti *Facebooku* spolupracují?“ „také [...] *napříč společnostmi Facebooku*“.

Podle svých Zásad používání souborů *cookies* (příloha 11 předložená stěžovatelkou) společnost *Facebook Ireland* při využívání služeb patřících koncernu, jehož je součástí, a návštěvách internetových stránek třetích a aplikací třetích stran, ve kterých jsou vloženy „*Facebook Business Tools*“, používá *cookies* nebo další technologie ukládání dat a shromažďuje jejich prostřednictvím, aniž je třeba jakéhokoli dalšího úkonu ze strany uživatele, údaje týkající se uživatelů a zařízení, které využívá k poskytování svých služeb a za účelem zabezpečení, reklamy a analýz.

Konkrétní druhy shromažďovaných a používaných údajů vyplývají z části Zásad používání dat nadepsané „Jaké druhy informací shromažďujeme?“ (příloha 10 předložená stěžovatelkou) a z bodu 2 písm. a) až d) výroku rozhodnutí Úřadu.

Společnost *Facebook Ireland* se ve svých zásadách používání dat (příloha 10 předložená stěžovatelkou) v části nadepsané „Jaký je náš právní základ ke zpracování údajů?“ dovolává všech právních důvodů zpracování uvedených v článku 6 odst. 1 GDPR. V dokumentu nadepsaném „Přečtěte si další informace o těchto právních základech“ (příloha 12 předložená stěžovatelkou) se společnost *Facebook Ireland* odvolává na *souhlas* ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. a) GDPR 1. pro zpracovávání údajů se zvláštní ochranou, které uživatel uvedl ve svém profilu na *facebook.com*, za účelem sdílení s vybranými osobami a personalizace obsahu, 2. pro používání technologie rozpoznání obličeje a 3. pro používání údajů, které poskytují inzerenti a další partneři o aktivitě mimo produkty společností skupiny *Facebook* za účelem personalizace reklam, 4. pro sdílení údajů, které identifikují osobu uživatele, s inzerenty, 5. pro shromažďování informací, jejichž shromažďování uživatel povolí prostřednictvím nastavení zařízení (GPS poloha, fotoaparát, fotografie). Společnost *Facebook Ireland* vyžaduje, aby uživatelé pro tyto účely udělili zvláštní *souhlas*, resp. nabízí uživateli možnost vznést námitku (v případě rozpoznávání obličeje).

V uvedeném dokumentu (příloha 12 předložená stěžovatelkou) se společnost *Facebook Ireland* dovolává právního důvodu zpracování, který spočívá v nezbytnosti pro *plnění smlouvy* ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. b) GDPR, za účelem 1. poskytování, personalizace a zlepšování svých produktů, 2. podpory bezpečnosti, integrity a zabezpečení, 3. předávání údajů mimo EHP, 3. komunikace s uživatelem, 5. poskytování konsistentního a plynulého prostředí *napříč* produkty společností skupiny *Facebook*.

Právního důvodu zpracování souvisejícího s oprávněnými zájmy podle čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR se společnost *Facebook Ireland* dovolává 1. ve vztahu k nezletilým, za účelem 2. poskytování měření, analýz a dalších služeb pro firmy, 3. poskytování marketingové komunikace, 4. společensky prospěšného výzkumu a inovací, 5. sdílení informací s ostatními včetně bezpečnostních složek a reagování na právní žádosti.



Dále se společnost *Facebook Ireland* dovolává právních důvodů zpracování spočívajících v plnění právní povinnosti [čl. 6 odst. 1 písm. c) GDPR], ochraně životně důležitých zájmů [čl. 6 odst. 1 písm. d) GDPR] a plnění úkolů ve veřejném zájmu [čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR] (podrobně viz příloha 12 předložená stěžovatelkou).

(2) Souhlasu by bylo třeba, pokud a v rozsahu, v jakém se při shromažďování, propojování s účtem na stránkách *facebook.com* a využívání takzvaných údajů *Off-Facebook* jedná o zpracování zvláštních kategorií osobních údajů ve smyslu čl. 9 odst. 1 GDPR, a v úvahu nepřichází jiná skutečnost opravňující ke zpracování kromě souhlasu podle čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR.

(a) Smyslem předběžné otázky 2. a) je objasnit, zda, jak se domnívá Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž (bod 584 a násl. rozhodnutí Úřadu), jsou při shromažďování údajů o návštěvách internetových stránek a aplikací třetích stran prostřednictvím „*Facebook Business Tools*“, *cookies* a dalších technologií ukládání dat nebo jejich propojování s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* nebo využívání zpracovávají citlivé údaje ve smyslu čl. 9 odst. 1 GDPR, pokud se jedná o internetové stránky nebo aplikace, které mají vztah ke kritériím uvedeným v odstavci 1, jako např. *Flirting Apps*, seznamovací služby pro gaye, internetové stránky politických stran, internetové stránky týkající se zdraví (bod 587 rozhodnutí Úřadu).

Objasnit je přitom třeba i otázku, zda postačují již údaje o návštěvě internetových stránek nebo aplikace jako takové, nebo zda je nutné, aby tam uživatel rovněž něco zadal, například aby se zaregistroval nebo učinil objednávku, a jak musí být vykládány pojmy „údaj[e], které vypovídají o“ ve smyslu první kategorie údajů a „údaje“ ve smyslu druhé kategorie údajů uvedené v čl. 9 odst. 1 GDPR. Formulace týkající se první kategorie údajů uvedených v čl. 9 odst. 1 GDPR [„údaj(e), které vypovídají o“] by mohla nasvědčovat tomu, že v tomto případě je zakázáno již zpracování „zdrojových dat“, tedy například údajů o zobrazení daných stránek nebo o tom, že uživatel zadal data, takže je rozhodující, kdy „vypovídají“ o citlivých údajích. Naproti tomu se zdá, že v případě druhé kategorie údajů uvedených v čl. 9 odst. 1 GDPR je zakázáno pouze zpracování citlivých údajů jako takových, takže je rozhodující, zda údaje o zobrazení příslušných stránek nebo zadání dat ze strany uživatele mohou samy o sobě být citlivými údaji, ačkoli je dané rozlišení samozřejmě znovu relativizováno například legální definicí obsaženou v čl. 4 bodě 15 GDPR, jelikož „údaji o zdravotním stavu“ mohou být i takové údaje, které „vypovídají“ o zdravotním stavu. Je rovněž třeba objasnit, zda je z hlediska posouzení relevantní zamýšlené použití, v tomto případě tedy například personalizace sociální sítě a reklamy, zabezpečení sítě, zlepšení služeb, poskytování služeb v oblasti měření a analýzy reklamním partnerům, společensky prospěšný výzkum, zodpovídání právních žádostí a plnění právních povinností, ochrana životně důležitých zájmů uživatelů a třetích osob a plnění úkolů ve veřejném zájmu.

(b) V rozsahu, v jakém se jedná o citlivé údaje ve smyslu čl. 9 odst. 1 GDPR, je smyslem předběžné otázky 2. b) objasnit, zda je uživatel zjevně zveřejnil tím, že zobrazil internetovou stránku nebo aplikaci nebo tam něco zadal nebo stiskl tlačítka nabízená společností *Facebook Ireland*, která jsou vložena do daných internetových stránek a aplikací, a to „sociální moduly“ („To se mi líbí“, „Sdílet“) nebo „*Facebook Login*“ či „*Account Kit*“ [čl. 9 odst. 2 písm. e) GDPR], protože pak by ztratil zvláštní ochranu, kterou poskytuje čl. 9 odst. 1 GDPR, aniž by k tomu bylo třeba jeho souhlasu podle čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR. Další důvody opravňující ke zpracování podle čl. 9 odst. 2 GDPR kvůli oblasti podnikání *Facebooku* prakticky nepřicházejí v úvahu nebo se jich *Facebook* přinejmenším nedovolává, zejména je neuvádí v podmínkách používání služby.

(3) V rozsahu, v jakém společnost *Facebook Ireland* při používání ostatních služeb patřících koncernu, jehož je součástí, a při zobrazování internetových stránek a aplikací, ve kterých jsou vloženy „*Facebook Business Tools*“, prostřednictvím *cookies* a podobných technologií ukládání dat rovněž shromažďuje údaje v koncových zařízeních uživatelů, se mimoto použije čl. 5 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/58/ES ze dne 12. července 2002 o zpracování osobních údajů a ochraně soukromí v odvětví elektronických komunikací (směrnice o soukromí a elektronických komunikacích). Jak rozhodl Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr), GDPR se nedotýká použitelnosti tohoto ustanovení, takže se nadále použije ustanovení § 15 odst. 3 první věty Telemediengesetz (zákon o službách elektronických informací a komunikací), které provádí směrnici 2002/58/ES, a v souladu se směrnicí musí být vykládáno v tom smyslu, že pro použití *cookies* k vytváření profilů uživatelů za účelem reklamy nebo průzkumu trhu je nezbytný souhlas uživatele [viz rozsudek BGH ze dne 28. května 2020, *Cookie-Einwilligung II*, I ZR 7/16, bod 47 a násl., citováno dle databáze juris; viz rovněž rozsudky SDEU ze dne 1. října 2019, *Planet49*, C-673/17, (ECLI:EU:C:2019:801,) bod 38 a násl., citováno dle databáze juris; a ze dne 29. července 2019, *FashionId*, C-40/17, (EU:C:2019:629,) bod 88 a násl., citováno dle databáze juris]. Otázka, zda k tomu postačuje souhlas, získaný k využívání údajů poskytnutých partnery za účelem zobrazování personalizované reklamy, v projednávané věci však již není relevantní, protože Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž porušování zákazu zneužití stanoveného soutěžním právem na základě § 19 odst. 1 GWB ze strany *Facebooku* odůvodnil pouze tím, že jeho zpracování údajů je v rozporu s GDPR, a nikoli s § 15 odst. 3 první větou zákona o službách elektronických informací a komunikací.

(4) Pokud a v rozsahu, v jakém podle čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR není nutný souhlas – tedy v případě zpracování údajů získaných v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu, u kterého Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž nedospěl k závěru, že jde o zpracování údajů, které mohou být citlivé ve smyslu čl. 9 odst. 1 GDPR, a v případě zpracování údajů získaných prostřednictvím „*Facebook Business Tools*“, pokud se nejedná o citlivé údaje nebo pokud uživatel tyto údaje zjevně zveřejnil – je rozhodující, zda a v jakém rozsahu se společnost *Facebook Ireland* za účelem zpracování údajů *Off-Facebook* může dovolávat jiných právních důvodů zpracování uvedených v čl. 6 odst. 1 GDPR. Předkládající

senát má za to, že v případě zjevného zveřejnění ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. e) GDPR odpadá pouze zákaz zpracování uvedený v odstavci 1 daného ustanovení, nikoli požadavek na existenci některého právního důvodu zpracování uvedeného v čl. 6 odst. 1 GDPR (viz bod 51 pátá věta odůvodnění).

(a) Smyslem třetí předběžné otázky je objasnit, zda se společnost *Facebook Ireland* v případě, že, jak je uvedeno výše, jako smluvní plnění poskytuje 1. personalizaci obsahů, 2. zobrazování personalizované reklamy, 3. bezpečnost uživatelů a zabezpečení sítě, 4. zlepšování produktů a 5. konzistentní a plynulé používání produktů nabízených společnostmi skupiny *Facebook*, může dovolávat právního důvodu zpracování spočívajícího v nezbytnosti pro splnění smlouvy podle čl. 6 odst. 1 písm. b) GDPR nebo právního důvodu zpracování pro účely oprávněných zájmů podle čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR, pokud pro tyto účely shromažďuje údaje *Off-Facebook*, propojuje je s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* a využívá je.

Podle názoru předkládajícího senátu na základě judikatury Soudního dvora Evropské unie týkající se znaku nezbytnosti (viz rozsudek SDEU ze dne 4. května 2017, *Rigas satiksme*, C-13/16, bod 30, citováno dle databáze juris) a úvah Evropského sboru pro ochranu osobních údajů uvedených v jeho pokynech 2/19 (body 2, 26 a násl., 48 a násl. a 57, příloha 42B předložená stěžovatelkou) nasvědčuje mnohé tomu, že zpracování údajů za účelem zobrazování personalizované reklamy, ke kterému nejsou nutné *cookies*, bezpečnosti uživatelů a zabezpečení sítě a zlepšování produktů může případně být v oprávněném zájmu podniku, zatímco u zpracování údajů za účelem personalizace obsahů a popřípadě i za účelem konzistentního a plynulého používání produktů společností skupiny *Facebook* podle nich přichází v úvahu, aby v případě společnosti *Facebook Ireland* bylo považováno za nezbytné ke splnění smlouvy.

V souladu s tím by například zpracování údajů získaných ze služby *WhatsApp* za účelem bezpečnosti uživatelů a zabezpečení sítě mohlo být v oprávněném zájmu společnosti *Facebook Ireland*, jelikož tato společnost podle toho, co uvedla v části svých Zásad používání dat nadepsané „Jak společnosti *Facebooku* spolupracují?“ (příloha 10 předložená stěžovatelkou) využívá informace ze služby *WhatsApp* týkající se účtů, které rozesílají spam, aby mohla proti takovým účtům podniknout odpovídající kroky na stránkách *facebook.com*, zatímco jinak není ani nezbytné ke splnění smlouvy, ani je nelze ospravedlnit jinými oprávněnými zájmy, jelikož společnost *Facebook Ireland* údaje získané ze služby *WhatsApp* na stránkách *facebook.com* nepoužívá v souvislosti s produkty ani za účelem personalizace (bod 746 rozhodnutí Úřadu).

Zpracování údajů získaných v souvislosti se službou *Instagram* by v rozsahu, v jakém k němu dochází za účelem personalizace obsahů a plynulého používání produktů společností skupiny *Facebook* (aby mohly být osoby nebo obsahy uživateli zobrazovány na stránkách *facebook.com*, protože by ho mohly zajímat i tam), mohlo být nezbytné pro splnění smlouvy nebo přinejmenším v oprávněném zájmu společnosti *Facebook Ireland*. Toto zpracování údajů by mohlo být v

oprávněném zájmu daného podniku, i pokud by bylo prováděno za účelem zobrazování personalizované reklamy, zabezpečení sítě a zlepšování produktů. Společnost *Facebook Ireland* podle svého tvrzení například používá zejména údaje získané v souvislosti se službou *Instagram*, jež se týkají se účtů, které se chovají podezřele nebo jsou jednoznačně zapojeny do protiprávních aktivit, aby zajistila bezpečnost uživatelů *Facebooku* (bod 465 odůvodnění stížnosti). Stejně by tomu v zásadě mohlo být u zpracování údajů získaných v souvislosti se službou *Oculus*, ačkoli doposud chybí poznatky o tom, k jakým účelům jsou tyto údaje na stránkách *facebook.com* konkrétně využívány.

Zpracování údajů získaných v souvislosti s „*Facebook Business Tools*“, zejména se sociálními moduly „*To se mi líbí*“ a „*Sdílet*“ a se službami „*Facebook Login*“ a „*Account Kit*“, by mohlo být nezbytné ke splnění smlouvy nebo přinejmenším v oprávněném zájmu společnosti *Facebook Ireland* v rozsahu, v jakém k němu dochází za účelem personalizace obsahů a plynulého používání produktů společností skupiny *Facebook*. To by mohlo být podmíněno stisknutím příslušných tlačítek ze strany uživatelů a vždy se omezovat na nezbytné operace zpracování údajů. Bez ohledu na stisknutí tlačítek by shromažďování údajů a jejich propojování s účtem na stránkách *facebook.com* mohlo být v oprávněném zájmu společnosti *Facebook Ireland* v případě, že uživatel souhlasil se zpracováním údajů za účelem zobrazování personalizované reklamy. Oprávněnými zájmy společnosti *Facebook Ireland* by pro účely zpracování údajů mohly být i zabezpečení sítě a zlepšování produktů. *Facebook* například tvrdí, že využívá údaje ze „sociálních modulů“, aby z velkého množství zobrazení internetových stránek v co nejkratší době poznal, zda se *boti* pokoušejí otevřít a provozovat *facebookové* účty (bod 465 odůvodnění stížnosti).

(b) Smyslem čtvrté předběžné otázky je objasnit, zda i

- nezletilost uživatelů v případě personalizace obsahů a reklam, zlepšování produktů, zabezpečení sítě a jiné než marketingové komunikace s uživatelem,
- poskytování měření, analýz a dalších služeb pro firmy inzerentům, vývojářům a dalším partnerům, aby mohli vyhodnocovat a zlepšovat svoji efektivitu,
- poskytování marketingové komunikace s uživatelem, aby společnost *Facebook Ireland* mohla zlepšovat své produkty a provádět přímý marketing,
- společensky prospěšný výzkum a inovace za účelem zlepšování stavu techniky, resp. vědeckého pochopení důležitých společenských témat a za účelem pozitivního ovlivňování společnosti a světa,
- informování bezpečnostních složek a odpovědi na právní žádosti za účelem prevence, odhalování a stíhání trestných činů, neoprávněného používání produktů, porušování podmínek používání služby a zásad a dalšího škodlivého jednání



mohou představovat oprávněné zájmy ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR pro shromažďování údajů *Off-Facebook*, jejich propojování s účtem uživatele na stránkách *facebook.com* a jejich používání k těmto účelům.

Zejména je třeba objasnit, zda se společnost *Facebook Ireland* ve vztahu k nezletilým, kteří nedosáhli věku 16 let (čl. 8 odst. 1 GDPR) požadovaného pro samostatné udělení souhlasu podle čl. 6 odst. 1 písm. a) GDPR, jenž v Německu nebyl snížen podle čl. 8 odst. 1 třetí věty GDPR, a kteří podle – zřejmě jednomyslné – německé komentářové literatury nemohou se sociální sítí samostatně uzavřít smlouvu o používání ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. b) GDPR, protože tato smlouva – z důvodu zpracování údajů – není pouze právně výhodná [§ 107 [Bürgerliches Gesetzbuch (občanský zákoník) (dále jen „BGB“); viz Klumpp in: Staudinger, *BGB*, přepracované vydání, 2017, § 107, bod 30; Spickhoff in: *MüKoBGB*, 8. vydání, 2018, § 107, bod 82; Mansel in: Jauernig, *BGB*, 18. vydání, 2021, § 107, bod 3], a v jejichž případě nebyl udělen nezbytný souhlas rodičů, může za účelem zpracování údajů získaných v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu a s „*Facebook Business Tools*“ dovolávat právního důvodu zpracování pro účely oprávněných zájmů podle čl. 6 odst. 1 písm. f) GDPR.

Jako sporné se rovněž jeví, zda lze zpracování údajů *Off-Facebook* odůvodnit zájmem na sociálně prospěšném výzkumu a inovaci za účelem zlepšování stavu techniky, resp. vědeckého pochopení důležitých společenských témat a za účelem pozitivního ovlivňování společnosti a světa.

Využívání údajů získaných v souvislosti s „*Facebook Business Tools*“ za účelem poskytování měření, analýz a dalších služeb pro firmy inzerentům, vývojářům a dalším partnerům, aby mohli vyhodnocovat a zlepšovat svou efektivitu, by naproti tomu mohlo být v zájmu společnosti *Facebook Ireland* (a partnerů) přinejmenším v případě, že uživatelé udělili souhlas s využitím údajů poskytnutých partnery za účelem zobrazování personalizované reklamy. Pokud a v rozsahu, v jakém je zpracování údajů získaných v souvislosti s jinými službami patřícími koncernu nebo s „*Facebook Business Tools*“ za účelem zlepšování produktů oprávněné, by tomu tak mohlo být i v případě jejich využívání za účelem poskytování marketingové komunikace s uživatelem, aby společnost *Facebook Ireland* mohla zlepšovat své produkty a provádět přímý marketing.

V oprávněném zájmu společnosti *Facebook Ireland* by mohlo být rovněž shromažďování údajů *Off-Facebook*, které již byly zákonně shromážděny a propojeny jiným způsobem, jejich propojování s účtem na stránkách *facebook.com* a využívání za účelem informování bezpečnostních složek a odpovědi na právní žádosti za účelem prevence, odhalování a stíhání trestných činů, neoprávněného používání produktů, porušování podmínek používání služby a zásad a dalšího škodlivého jednání.

V rámci zvážení, které je třeba provést, by mohlo být nutné – vedle zákonného práva vznést námitku, které vyplývá z článku 21 GDPR – zohlednit skutečnost, že

provozovatelé internetových stránek třetích stran mají ohledně „*Facebook Business Tools*“, které vložili do svých stránek, možnost odložit předávání údajů společnosti *Facebook Ireland* až do doby, než získají souhlas uživatelů (bod 868 rozhodnutí Úřadu), a že *Facebook* od 28. ledna 2020 nabízí funkci OFA, jejímž prostřednictvím si uživatelé stránek *facebook.com* mohou zobrazit přehled informací, které *Facebook* získává o jejich aktivitách na jiných internetových stránkách a v jiných aplikacích a na přání je mohou ohledně minulosti nebo budoucnosti odpojit od svého účtu na stránkách *facebook.com* (body 148 a 149 odůvodnění stížnosti).

(c) Smyslem páté předběžné otázky je objasnit, zda může být shromažďování údajů *Off-Facebook*, které již byly zákonně shromážděny a propojeny jiným způsobem, jejich propojování s účtem na stránkách *facebook.com* a využívání v konkrétních případech oprávněné podle čl. 6 odst. 1 písm. c), d) a e) GDPR například za účelem – jak společnost *Facebook Ireland* uvádí v dokumentu předloženém stěžovatelkou jako příloha 12 – odpovědi na právoplatnou žádost o poskytnutí určitých údajů [písmeno c)], potírání škodlivého chování a zvyšování bezpečnosti [písmeno d)], výzkumu prováděného pro blaho společnosti a podpory bezpečnosti, integrity a zabezpečení [písmeno e)], protože ani pak nelze zpracování těchto údajů bezvýjimečně a ve všech případech podmiňovat souhlasem uživatelů, nebo zda je ospravedlnění zpracování údajů *Off-Facebook* těmito důvody obecně vyloučeno.

f) Otázka, zda podmínky zpracování údajů a jejich uplatňování v případě, že jsou nedovolené nebo neoprávněné, představují i zneužívající chování vylučující ostatní soutěžitele ve smyslu generální klauzule obsažené v § 19 odst. 1 GWB na úkor soutěžitelů na trhu sociálních sítí pro soukromé uživatele nebo na jiných trzích, by pak již nebyla relevantní.

g) Pokud a v rozsahu, v jakém by zpracování údajů *Off-Facebook* mohlo být ospravedlněno pouze souhlasem, je smyslem šesté předběžné otázky objasnit, zda uživatelé vůbec mohou vůči podniku v dominantním postavení, jako je společnost *Facebook Ireland*, vyjádřit platný souhlas ve smyslu čl. 6 odst. 1 písm. a) a čl. 9 odst. 2 písm. a) GDPR, jak Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž nařídil za účelem ukončení domnělého protiprávního jednání, nebo zda je ve vztahu k podniku v dominantním postavení svoboda souhlasu, která je k tomu podle čl. 4 bodu 11 GDPR nezbytná, vždy vyloučena i tehdy, jestliže plnění smlouvy není závislé na souhlasu se zpracováním údajů. To by mohl naznačovat bod 43 první věta odůvodnění [GDPR].

2. Bez objasnění předběžných otázek se nelze obejít proto, že Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž své rozhodnutí v řízení o stížnosti „podpůrně“ (s. 88 vyjádření ke stížnosti) opírá o odůvodnění rozhodnutí Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr) v řízení o předběžném opatření [usnesení ze dne 23. června 2020, *Facebook*, KVR 69/19, (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0.) citováno dle databáze juris], které předcházelo. Podle tohoto odůvodnění je – jak uvádí BGH – uživateli domény



*facebook.com* prostřednictvím využívání údajů získaných v souvislosti s používáním ostatních služeb patřících koncernu a s „*Facebook Business Tools*“ vnučováno rozšíření poskytovaného plnění, které „zřejmě ani nepožaduje“, přičemž za podmínek fungující hospodářské soutěže by sporné podmínky používání služby nebylo možno očekávat, tyto podmínky jsou ale způsobilé vyloučit hospodářskou soutěž, a rozšíření poskytovaného plnění se po podrobném posouzení a zvážení dotčených zájmů, zejména s ohledem na to, že podle GDPR není oprávněné, jeví jako zneužívající. Na základě tohoto odůvodnění totiž rozhodnutí [Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž] do značné míry nelze zachovat již proto, že Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž, přinejmenším co se týče podmínky spočívající ve způsobilosti daného zpracování údajů vyloučit ostatní soutěžitele, neučinil potřebná zjištění. Tato způsobilost doopravdy přichází v úvahu pouze u zpracování údajů získaných v souvislosti se službou *Instagram*, ani v tomto ohledu však nelze učinit rozhodnutí bez objasnění sedmé a popřípadě třetí až páté otázky.

a) Vzhledem k tomu, že se zdá, že Bundesgerichtshof (Spolkový soudní dvůr) má za to, že Spolkový soudní dvůr může své rozhodnutí o toto odůvodnění doplnit ještě i v řízení o stížnosti, ačkoli se v důsledku toho vytýkané zneužití zakládá na jiných skutkových okolnostech, než je porušení GDPR, a souhlas uživatelů požadovaný ve výroku by proto ani nebyl souhlasem ve smyslu GDPR, nýbrž jiným souhlasem, který by popř. bylo třeba udělit vedle souhlasu podle GDPR, zkoumá předkládající senát rozhodnutí [Spolkového úřadu pro hospodářskou soutěž] i s ohledem na toto odůvodnění.

b) Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž do značné míry neučinil přinejmenším potřebná zjištění týkající se podmínky, že zpracování údajů *Off-Facebook* musí být způsobilé k vyloučení soutěžitelů. Zejména by bylo třeba prokázat potenciální protisoutěžní účinek – na trhu sociálních sítí na straně sítě například na základě zvýšení síťových efektů nebo zlepšení produktů nebo na straně reklamy například na základě získání podrobnějších informací nebo na reklamních nebo jiných trzích (ať je konkrétně třeba vymezit je jakkoli) –, přičemž jednání podniku v dominantním postavení nelze kvalifikovat jako zneužití, nenastal-li na trhu alespoň nepatrný protisoutěžní účinek (viz rozsudky SDEU ze dne 6. prosince 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10 P, bod 112, citováno dle databáze juris; ze dne 17. února 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, bod 64, citováno dle databáze juris).

Vzhledem k tomu, že společnost *Facebook Ireland* na stránkách *facebook.com* nepoužívá údaje uživatelů stránek *facebook.com* získané v souvislosti se službou *WhatsApp* pro účely personalizace ani produktů – a v Evropě to podle svého tvrzení ani nemá v úmyslu –, není zřejmé, a Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž to ani nezjistil, že by zpracování údajů získaných v souvislosti se službou *WhatsApp* bylo nějakým způsobem způsobilé vyloučit soutěžitele na trhu sítí nebo na reklamním trhu nebo na trhu pro služby zasilání zpráv. Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž neučinil ani žádná zjištění k otázce, do jaké míry jsou pro účely sítě *facebook.com* využívány údaje uživatelů stránek *facebook.com* získané

v souvislosti se službou *Oculus* a do jaké míry by byly způsobilé k vyloučení soutěžitelů na trhu sítí nebo na relevantním reklamním trhu či trhu, na kterém je nabízena služba *Oculus*. Zpracování údajů získaných v souvislosti s „*Facebook Business Tools*“ v praxi uživateli stránek *facebook.com* „zřejmě [nebude] požadováno“ pouze tehdy, jestliže tito uživatelé nestisknou „sociální moduly“ („To se mi líbí“, „Sdílet“), nepoužijí „*Facebook Login*“ ani „*Account Kit*“ a neudělili souhlas k zobrazování personalizované reklamy. Do jaké míry ale může být zpracování údajů získaných v souvislosti s „*Facebook Business Tools*“, ke kterému nedochází za účelem personalizace používání stránek *facebook.com*, za účelem plynulého používání produktů společností skupiny *Facebook* ani za účelem zobrazování personalizované reklamy, způsobilé k vyloučení soutěžitelů na trhu sítí, na reklamním trhu nebo jiných trzích, zvláště pokud uživatelé navíc mohou tyto údaje pomocí OFA odpojit od svého *facebookového* účtu, Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž rovněž nezjišťoval.

c) Způsobilost k vyloučení hospodářské soutěže doopravdy přichází v úvahu pouze ve vztahu ke zpracování údajů uživatelů stránek *facebook.com* získaných v souvislosti se službou *Instagram*, protože jejich prostřednictvím je personalizováno používání stránek *facebook.com* tak, že jsou na nich uživatelům doporučovány osoby, které sledují na *Instagramu*, a v tomto ohledu může nastat zvýšení síťových efektů, a protože jsou ve spojení s údaji uživatelů získanými na *facebook.com* na stránkách *facebook.com* využívány například k reklamním účelům a za účelem zlepšování produktů. Pro odpověď na otázku, zda by v případě fungující hospodářské soutěže na trhu sociálních sítí takové zpracování údajů, které přesahuje rámec jednotlivých služeb, nebylo možno očekávat bez zvláštního souhlasu uživatelů, a zejména pro podrobné posouzení a zvážení dotčených zájmů, na základě kterého je třeba zjistit, zda je jednání společnosti *Facebook Ireland* zneužívající z hlediska vykořisťování uživatelů i z hlediska vyloučení hospodářské soutěže [viz usnesení BGH ze dne 23. června 2020, *Facebook*, KVR 69/19, (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0.) bod 98 a násl., citováno dle databáze juris], je relevantní otázka, zda Spolkový úřad pro hospodářskou soutěž může alespoň za tímto účelem učinit zjištění týkající se rozporu tohoto zpracování údajů s GDPR, kterou je nutno objasnit pomocí sedmé předběžné otázky, a dále otázky, zda toto zpracování údajů porušuje GDPR, zda tedy společnost *Facebook Ireland* používá prostředky odlišné od těch, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů (viz rozsudky SDEU ze dne 6. října 2015, *Post Danmark*, C-23/14, bod 29 a násl.; a ze dne 6. prosince 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10, body 74 a 75, citováno dle databáze juris), které je nutno objasnit pomocí třetí až páté předběžné otázky.

[omissis]