

Asia C-252/21

Ennakkoratkaisupyyntö

Jättämispäivä:

22.4.2021

Ennakkoratkaisupyyntön esittänyt tuomioistuin:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfissa sijaitseva osavaltion ylioikeus, Saksa)

Ennakkoratkaisupyyntön esittämistä koskevan päätöksen tekemispäivä:

24.3.2021

Valittajat:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Vastapuoli:

Bundeskartellamt (Saksan liittotasavallan kilpailuviranomainen)



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Düsseldorfissa sijaitseva osavaltion ylioikeus, Saksa)

VÄLIPÄÄTÖS

[–]

Kilpailuoikeudellisessa hallintoasiassa

1. **Facebook Inc.**, [– –] Yhdysvallat,
2. **Facebook Ireland Ltd.**, [– –] Irlanti,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [– –] Hamburg, Saksa

valittajina,

[– –]

vastaan

Bundeskartellamt, [– –] Bonn,

vastapuolena,

Muut osapuolet oikeudenkäynnissä:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V:n, [– –] Berliini,

osallistuessa asian käsittelyyn,

[– –] **[alkup. s. 2]**

Oberlandesgericht Düsseldorfin 1. kilpailuasioita käsittelevä jaosto on
24.3.2021 pidetyn suullisen käsittelyn jälkeen

[– –]

päättänyt seuraavaa:

I.

Asian käsittelyä lykätään.

II.

Euroopan unionin tuomioistuimelle esitetään seuraavat luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta 27.4.2016 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2016/679 (yleinen tietosuoja-asetus) ja SEU 4 artiklan 3 kohdan tulkintaa koskevat ennakkoratkaisukysymykset:

1.

a) Sopiiko yleisen tietosuoja-asetuksen 51 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen kanssa yhteen se, että Bundeskartellamtin kaltainen jäsenvaltion kansallinen kilpailuviranomainen, joka ei ole yleisen tietosuoja-asetuksen

51 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa tarkoitettu valvontaviranomainen ja jonka jäsenvaltiossa Euroopan unionin ulkopuolelle sijoittautuneella yrityksellä on toimipaikka, joka tukee mainoksien, viestinnän ja julkisuustyön osalta yrityksen toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevaa päätoimipaikkaa, joka on yksin rekisterinpitäjänä vastuussa henkilötietojen käsittelystä koko Euroopan unionin alueella, toteaa kilpailuoikeudellisen väärinkäyttöjen valvonnan yhteydessä, että päätoimipaikan henkilötietojen käsittelyä koskevilla sopimusehdoilla ja niiden soveltamisella rikotaan yleistä tietosuoja-asetusta, ja antaa päätöksen, jolla se määrää lopettamaan tämän rikkomisen?

b) Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi: Sopiiko tämä yhteen SEU 4 artiklan 3 kohdan kanssa, jos päätoimipaikan sijoittautumisjäsenvaltion yleisen tietosuoja-asetuksen 56 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu **[alkup. s. 3]** johtava valvontaviranomainen samaan aikaan tutkii päätoimipaikan henkilötietojen käsittelyä koskevia sopimusehtoja tutkimusmenettelyssä?

Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi:

2.

a) Onko silloin, kun internetin käyttäjä joko pelkästään avaa verkkosivuja tai sovelluksia, joilla on liittymä yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin kriteereihin, kuten esimerkiksi flirttailusovelluksia, homoseksuaaliseen seuranhakuun tarkoitettuja sovelluksia tai sivustoja, poliittisten puolueiden verkkosivuja tai terveyteen liittyviä sivustoja, tai myös syöttää tietoja näille verkkosivuille tai näihin sovelluksiin, esimerkiksi rekisteröitymällä tai tekemällä tilauksia, ja toinen, *Facebook Irelandin* kaltainen yritys kerää verkkosivuille tai sovelluksiin sisältyvien rajapintojen, kuten *Facebook Business Toolsin*, avulla tai internetin käyttäjän tietokoneelle tai mobiililaitteelle asennettujen evästeiden tai vastaavien tallennusteknologioiden avulla tiedot siitä, että internetkäyttäjä on avannut verkkosivun tai sovelluksen, ja siitä, mitä tietoja käyttäjä on sinne syöttänyt, yhdistää ne käyttäjän *Facebook.com*-tilin tietoihin ja käyttää niitä, tietojen keräämisessä ja/tai niiden yhdistämisessä ja/tai niiden käytössä kyse mainitussa säännöksessä tarkoitettua arkaluonteisten henkilötietojen käsittelystä?

b) Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi: Onko tällaisten verkkosivujen tai sovellusten avaamista ja/tai tietojen syöttämistä ja/tai verkkosivuille tai sovelluksiin sisältyvien *Facebook Irelandin* kaltaisen palveluntarjoajan painikkeiden (sosiaaliset liitännäiset ”tykkää” ja ”jaa” tai *Facebook Login* tai *Account Kit*) käyttämistä pidettävä yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitettuna käyttäjän suorittamana tietojen nimenomaisesti julkiseksi saattamisena siltä osin kuin

on kyse verkkosivujen tai sovellusten avaamista koskevista tiedoista sellaisinaan tai käyttäjän syöttämistä tiedoista?

3.

Voiko *Facebook Irelandin* kaltainen yritys, joka ylläpitää mainosrahoitteista, digitaalista sosiaalista verkostoa ja joka tarjoaa käyttöehdoissaan sisältöjen ja mainonnan personalisointia, verkoston turvallisuutta, tuotteiden parantamista ja kokonaisvaltaista ja saumatonta kaikkien konsernin tuotteiden käyttöä, vedota yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuun oikeutusperusteeseen, joka koskee käsittelyn tarpeellisuutta sopimuksen täytäntöön panemiseksi, tai kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuun oikeutusperusteeseen, joka koskee oikeutettujen etujen toteuttamista, kun yritys kerää mainittuja tarkoituksia varten tietoja muista konsernin palveluista ja **[alkup. s. 4]** kolmansien verkkosivuilta ja sovelluksista kyseisille sivuille tai sovelluksiin sisältyvien rajapintojen, kuten *Facebook Business Toolsin*, avulla tai internetin käyttäjän tietokoneelle tai mobiililaitteelle asennettujen evästeiden tai vastaavien tallennusteknologioiden avulla, yhdistää ne käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja käyttää tietoja?

4.

Jos näin on, voidaanko myös

- sisältöjen ja mainonnan personalisoinnin, tuotteiden parantamisen, verkoston turvallisuuden ja muun kuin markkinointiin liittyvän käyttäjäviestinnän kannalta käyttäjän alaikäisyyttä,
- mittausten tietojen, analytiikan ja muiden yrityspalvelujen tarjoamista mainostaja-asiakkaille, kehittäjille ja muille yhteistyökumppaneille, jotta kyseiset toimijat voivat arvioida omia palvelujaan ja parantaa niitä,
- kuluttajaan kohdistuvan markkinointiviestinnän mahdollistamista, jotta yritys voi parantaa tuotteitaan ja harjoittaa suoramarkkinointia,
- sosiaalisin tarkoituksin toteutettua tutkimusta tai innovaatioita, joiden tarkoituksena on tukea tekniikan kehitystä tai tieteellistä ymmärtämystä tärkeistä sosiaalisista teemoista ja vaikuttaa positiivisesti yhteiskuntaan ja maailmaan,
- tietojen antamista rikostutkinta- ja täytäntöönpanoviranomaisille ja vastaamista oikeudellisiin tiedusteluihin, jotta saadaan estettyä, paljastettua ja tutkittua rikoksia, luvaton käyttöä, käyttöehtojen ja käytäntöjen rikkomisia ja muita haitallisia käyttäytymistapoja,

pitää yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuina oikeutettuina etuina, kun yritys kerää näitä tarkoituksia varten tietoja muista konsernin palveluista ja kolmansien verkkosivuilta ja sovelluksista kyseisille sivuille tai sovelluksiin sisältyvien rajapintojen, kuten *Facebook Business Toolsin*, avulla tai internetin käyttäjän tietokoneelle tai mobiililaitteelle asennettujen evästeiden tai vastaavien tallennusteknologioiden avulla, yhdistää ne käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja käyttää tietoja?

5.

Jos näin on, voidaanko tietojen kerääminen muista konsernin palveluista ja kolmansien verkkosivuilta ja sovelluksista kyseisille sivuille tai sovelluksiin sisältyvien rajapintojen, kuten *Facebook Business Toolsin*, avulla tai internetin käyttäjän tietokoneelle tai mobiililaitteelle asennettujen evästeiden tai vastaavien tallennusteknologioiden avulla, tietojen yhdistäminen käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja tietojen käyttäminen tai jo muuten **[alkup. s. 5]** laillisesti kerättyjen ja yhdistettyjen tietojen käyttäminen oikeuttaa yksittäistapauksittain myös yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c, d tai e alakohdan nojalla, esimerkiksi vastauksen antamisella lailliseen tiettyjen tietojen luovuttamista koskevaan pyyntöön (c alakohta), haitallisen käyttäytymisen estämisellä ja turvallisuuden edistämällä (d alakohta) tai yhteiskunnan etua edistävällä tutkimuksella tai suojelun, eheyden ja turvallisuuden varmistamisella (e alakohta)?

6.

Voidaanko *Facebook Irelandin* kaltaiselle määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle antaa pätevällä tavalla erityisesti yleisen tietoturva-asetuksen 4 artiklan 11 kohdassa tarkoitettulla tavalla vapaaehtoinen, kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdassa ja 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettu suostumus?

Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan kieltävästi:

7.

a) Voiko Bundeskartellamtin kaltainen jäsenvaltion kansallinen kilpailuviranomainen, joka ei ole yleisen tietoturva-asetuksen 51 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa tarkoitettu valvontaviranomainen ja joka tutkii kilpailuoikeudellisen väärinkäyttöä koskevan kiellon rikkomista, johon määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on syylistynyt ja joka ei liity siihen, että yrityksen henkilötietojen käsittelyä koskevilla sopimusehdoilla ja niiden soveltamisella rikottaisiin kyseisessä asetuksessa säädettyä, esimerkiksi intressipunninnan yhteydessä ottaa kantaa siihen, vastaavatko yrityksen henkilötietojen käsittelyä koskevat sopimusehdot ja niiden soveltaminen yleisessä tietosuoja-asetuksessa säädettyä?

b) Jos tähän kysymykseen vastataan myöntävästi: Kun otetaan huomioon SEU 4 artiklan 3 kohdassa määrätty, onko näin myös silloin, kun yleisen tietosuoja-asetuksen 56 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu toimivaltainen johtava valvontaviranomainen samaan aikaan tutkii yrityksen henkilötietojen käsittelyä koskevia sopimusehtoja tutkimusmenettelyssä?

Jos seitsemänteen kysymykseen vastataan myöntävästi, on vastattava kolmanteen, neljänteen ja viidenteen kysymykseen siltä osin kuin on kyse tiedoista, jotka kerätään konsernin *Instagram*-palvelun käyttämisestä. [alkup. s. 6]

Perustelut

I.

Toinen valittaja (jäljempänä myös *Facebook Ireland*) ylläpitää Euroopassa yksityiskäyttäjille vastikkeetonta digitaalista sosiaalista verkostoa *Facebook.com*. Ensimmäinen valittaja on mainitun yhtiön amerikkalainen emoyhtiö. Kolmas valittaja on *Facebook Irelandin* saksalainen sisaryhtiö ja tukee sitä mainoksien, viestinnän ja julkisuustyön osalta (kaikista valittajista yhdessä käytetään jäljempänä myös ilmaisua *Facebook*).

Yksityiskäyttäjä voi perustaa *Facebook.comissa* henkilökohtaisen *Facebook*-sivun, jonka välityksellä hän voi kommunikoida kolmansien kanssa. Yksityiskäyttäjä voi mm. laatia omia viestejä *Facebook*-sivunsa Newsfeediin ja levittää niitä valintansa mukaan joko *Facebook*-kavereilleen tai koko verkoston laajuisesti julkisina, ja lisäksi saada Newsfeediinsä viestejä *Facebook*-kavereiltaan tai muilta *Facebook.comissa* edustetuilta sisällöntuottajilta ja yrityksiltä, joiden viestit hän on tilannut. Lisäksi yksityiskäyttäjä voi näyttää Newsfeedissään tai *Facebook*-kaveriensa Newsfeedissä kolmansien verkkosivujen ja sovellusten sisältöjä klikkaamalla kyseisillä sivuilla tai sovelluksissa sosiaalisten liitännäisten painikkeita (erityisesti ”tykkää” tai ”jaa”). *Facebook* Loginin tai Account Kitin avulla yksityiskäyttäjä voi kirjautua sisään tai perustaa profiilin kolmansilla verkkosivuilla tai sovelluksissa pelkillä *Facebook*-rekisteröintitiedoillaan.

Facebook tarjoaa yrityksille mahdollisuutta liittää verkkosivuilleen tai sovelluksiinsa sosiaalisten liitännäisten painikkeita (erityisesti ”tykkää” ja ”jaa”) sekä *Facebook* Login ja Account Kit -sisäänkirjautumismahdollisuudet *Facebookin* etukäteen määrittelemien rajapintojen välityksellä, joista käytetään nimitystä *Facebook* Business Tools. Kyseisten rajapintojen avulla *Facebook.comille* välitetään käyttäjistä tietoja, joiden välittäminen ei riipu siitä, käyttävätkö verkkosivun tai sovelluksen käyttäjät tosiasiallisesti edellä mainittuja painikkeita.

Facebook.comin rahoitus perustuu onlinemainoksiin, jotka kohdistetaan räätälöidysti yksittäiselle sosiaalisen verkoston käyttäjälle ja joiden tarkoituksena on, että käyttäjälle näytetään juuri ne mainokset, jotka voivat kiinnostaa häntä hänen kulutuskäyttäytymisensä, mielenkiinnon kohteidensa, ostovoimansa ja

elämäntilanteensa perusteella. Mainostajat voivat mainostenhallintavälineen avulla määritellä toivomansa kohderyhmän ja julkaista mainoksensa käyttäjille ja lisäksi [alkup. s. 7] ne voivat välittää asiakaslistansa salatussa muodossa *Facebookille* ja edelleen hienosäätää mainoksiaan vertaamalla tietojään sosiaalisesta verkostosta saamiinsa tietoihin. Toisilla analyysi- ja mittausvälineillä (tools; mainosraportit ja *Facebook Analytics*), joita *Facebook* tarjoaa niin ikään osana *Facebook Business Toolsia*, mainostajat voivat mitata mainostensa tehokkuutta ja analysoida omia onlinepalvelujaan ja saada aggregoituja tilastotietoja kohderyhmästään. Tämä perustuu myös siihen, että sivuille tai sovelluksiin on sisällytetty rajapintoja (*Facebook Pixel* tai *SDK*), joilla kerätään tietoja käyttäjien käyttäytymisestä myös kolmansilla sivustoilla tai sovelluksissa, riippumatta siitä, onko käyttäjä toiminut jotenkin aktivoitakseen tietojen keräämisen.

Facebook-konserni tarjoaa sosiaalisen verkostonsa lisäksi muita palveluja, mm. niin ikään Euroopassa *Facebook Irelandin* ylläpitämää – mainosrahoitteista ja ilmaista – *Instagram*-palvelua, jolla voidaan ”jakaa” kuvia ja lyhyitä videoita, Euroopassa *WhatsApp Ireland Ltd:n* ylläpitämää – muuten kuin mainoksilla rahoitettua, ilmaista – *WhatsAppiä*, jolla voidaan lähettää ja vastaanottaa monenlaisia mediaviestejä, kuten esimerkiksi tekstiviestejä, kuvia, videoita, yhteystietoja, asiakirjoja, sijaintitietoja ja ääniviestejä ja puheluja sekä Euroopassa *Facebookin* tytäryhtiö *Facebook Technologies Ireland Ltd:n* ylläpitämää *Oculusia*, jonka välityksellä myydään virtuaaliodellisuuslaseja ja -ohjelmistoja. *Facebook* tarjosi 13.3.2020 asti lisäksi *Masquerade* -palvelua, jolla voitiin käsitellä ja ”jakaa” valokuvia.

Yksityiskäyttäjät Euroopassa tekevät rekisteröitymispainiketta *Facebook.comissa* käyttämällä käyttösopimuksen ja samalla he antavat suostumuksensa *Facebook Irelandin* laatimien käyttöehtojen soveltamiseen. Käyttöehtojen mukaan *Facebook Ireland* käsittelee henkilötietoja, ja käsiteltävien tarkempien henkilötietojen osalta viitataan erityisesti *Facebook Irelandin* tietosuojaja- ja evästekäytäntöihin. Tämän jälkeen *Facebook Ireland* kerää käyttäjä- ja laitekohtaisia tietoja käyttäjän toiminnasta sosiaalisessa verkostossa ja sen ulkopuolella ja liittää ne käyttäjän *Facebook.com*-tiliin. Sosiaalisen verkoston ulkopuolella tapahtuvalla käyttäjän toiminnalla viitataan yhtäältä sellaisilla kolmansilla verkkosivuilla ja sovelluksissa käymiseen, joilla on ohjelmointirajapintojen (*Facebook Business Tools*) välityksellä yhteys *Facebook.comiin*, ja toisaalta muiden *Facebookille* kuuluvien palvelujen kuten *Instagram*, *WhatsApp* ja *Oculus* käyttämiseen, joiden osalta tietoja käsitellään ”muissa *Facebook*-yrityksissä ja –tuotteissa”. [alkup. s. 8]

Bundeskartellamt teki 6.2.2019 päätöksen, jolla se kielsi valittajia ja niihin kielletyistä kilpailunrajoituksista annetun lain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, jäljempänä *GWB*) 36 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla etuyhteydessä olevia yrityksiä käsittelemästä tietoja käyttöehtojen mukaisesti ja soveltamasta kyseisiä käyttöehtoja *GWP:n* 19 §:n 1 momentin ja 32 §:n nojalla sekä velvoitti mainitut yritykset tekemään tiettyjä toimenpiteitä rikkomisen lopettamiseksi. Kielto kattaa sellaisten käyttöehtojen

soveltamisen, mukaan lukien niiden tarkennukset tietosuoja- ja evästekäytännöissä, joiden mukaan Saksassa asuvien yksityiskäyttäjien *Facebook.com* -verkoston käyttömahdollisuus riippuu siitä, että *Facebook Ireland* voi kerätä käyttäjä- ja laitekohtaisia tietoja *Instagramin*, *WhatsAppin*, *Oculuksen* ja *Masqueraden* käytöstä ja kolmansilla verkkosivuilla tai sovelluksissa käymisestä *Facebook Business Toolsin* avulla ilman käyttäjän suostumusta, yhdistää kyseiset tiedot käyttäjien *Facebook.com*-tietoihin ja käyttää kyseisiä tietoja (pääotososan 1 kohta). Lisäksi Bundeskartellamt kielsi valittajia ja niihin *GWB:n* 36 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla etuyhteydessä olevia yrityksiä soveltamasta näitä ehtoja niillä tietojenkäsittelymenetelmillä, joita *Facebook Ireland* käyttää tietosuoja- ja evästekäytäntöjensä perusteella (pääotososan 2 kohta), ja velvoitti valittajat ja niihin *GWB:n* 36 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla etuyhteydessä olevat yritykset muuttamaan käyttöehtojaan ja niiden soveltamistapaa ja ilmoittamaan niissä nimenomaisesti, että ne eivät lähtökohtaisesti tai ilman käyttäjän suostumusta kerää käyttäjä- ja laitekohtaisia tietoja *Instagramin*, *WhatsAppin*, *Oculuksen* ja *Masqueraden* käytön perusteella sekä *Facebook Business Toolsin* avulla, yhdistä niitä käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja käytä niitä (pääotososan 3 kohta). Päätöksensä 4 kohdassa Bundeskartellamt totesi lopuksi, että käyttäjä ei ole antanut suostumustaan, jos *Facebook.comin* käyttömahdollisuus riippuu suostumuksen antamisesta.

Valittajat valittivat Bundeskartellamtiin päätöksestä 11.2.2019 Oberlandesgericht Düsseldorfin määräajassa ja muodollisesti pätevällä tavalla.

Facebook Ireland otti – Euroopan komission ja jäsenvaltioiden kansallisten kuluttajansuojajärjestöjen aloitteesta – 31.7.2019 käyttöön uudet – käytännössä samansisältöiset – käyttöehdot, joiden 2 kohdassa nimenomaisesti todetaan, että sen sijaan, että käyttäjä maksaisi maksun *Facebook*-tuotteiden käyttämisestä, käyttäjä ilmoittaa hyväksyvänsä sen, että hänelle näytetään mainoksia. *Facebook* on tarjonnut 28.1.2020 alkaen maailmanlaajuisesti ns. [alkup. s. 9] Off-*Facebook*-Activity-toimintoa (jäljempänä OFA-toiminto). Sen avulla *Facebook*-käyttäjät voivat saada nähdäkseen tiivistelmän tiedoista, jotka *Facebookilla* on heidän toiminnastaan muilla verkkosivuilla ja sovelluksissa, ja halutessaan he voivat erottaa kyseiset tiedot taannehtivasti ja tulevan varalta *Facebook.com*-tilistään.

II.

Valitusasian ratkaisemisen kannalta merkityksellisissä Saksan lainsäädännön säännöksissä säädetään seuraavaa:

GWB:n 19 §:n 1 momentissa, sellaisena kuin se oli 18.1.2021 asti, säädettiin seuraavaa:

(1) Määräävän markkina-aseman käyttäminen väärin yksin tai yhdessä muiden yritysten kanssa on kiellettyä.

GWB:n 19 §:n 1 momentissa, sellaisena kuin se on 19.1.2021 lukien, säädetään seuraavaa:

(1) Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö yksin tai yhdessä muiden yritysten kanssa on kiellettyä.

GWB:n 32 §:n 1 momentissa säädetään seuraavaa:

(1) Kilpailuviranomainen voi määrätä yritykset tai yritysten yhteenliittymät lopettamaan jonkin tähän osaan sisältyvän säännöksen tai Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisen.

III.

Facebook Irelandin – joka sen jälkeen, kun *Masquerade* -palvelu suljettiin ja Bundeskartellamt on ilmoittanut, että se ei tältä osin enää katso valituksenalaisella päätöksellä olevan oikeusvaikutuksia, valittaa enää muista päätöksen osista – valituksen menestyminen riippuu siitä, miten päätösosassa esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin vastataan. Asian käsittelyä on siten lykättävä ennen asiaratkaisun antamista valitukseen ja Euroopan unionin tuomioistuimelle on esitettävä ennakkoratkaisupyyntö SEUT 267 artiklan nojalla.

1. Bundeskartellamt on perustellut GWB:n 19 §:n 1 momentin ja 32 §:n nojalla annettua päätöstään ensinnäkin pelkästään sillä, että *Facebook.comista* erikseen tarjotuista konsernin palveluista ja *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käsittelyä, sellaisena kuin sitä kuvataan käyttöehdoissa ja siten kuin käsittely toteutetaan, on pidettävä GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädetystä yleislausekkeesta tarkoitettuna määräävän markkina-aseman käyttämisenä väärin Saksassa asuville yksityiskäyttäjille tarjottavien sosiaalisten verkostojen markkinoilla ja tarkemmin ottaen ehtojen väärinkäyttönä (Konditionsmissbrauch), [alkup. s. 10] koska tällä markkinavoiman mahdollistamalla tietojen käsittelyllä rikotaan yleisessä tietosuojasetuksessa säädettyä, koska sille ei ole kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan ja 9 artiklan 2 kohdan kannalta riittäviä oikeutusperusteita. Lisäksi väärinkäyttö rajoittaa kilpailijoiden toimintaa sosiaalisten verkostojen markkinoilla ja kolmansilla markkinoilla. Kilpailuoikeudellista intressipunnintaa ei ole lisäksi suoritettava mutta se johtaisi muutenkin samaan lopputulokseen kuin tietosuojaoikeudellinen intressipunnintakin. Koska Saksan oikeuskäytännössä kehitettyä GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädetyn yleislausekkeen mukaista suojan käsittelyä ei vielä ole vahvistettu unionin oikeuskäytännössä tai hallintokäytännössä, päätöstä perustellaan pelkästään tältä osin SEUT 102 artiklassa säädettyyn nähden ankarammalla GWB:n 19 §:n 1 momentilla.

Vaikka Bundeskartellamtin päätös tullaan kumoamaan siltä osin kuin se on osoitettu ensimmäiselle ja kolmannelle valittajalle ja kaikille valittajiin GWB:n 36 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla etuyhteydessä oleville yrityksille, koska viimeksi mainitut eivät olleet hallinnollisen menettelyn osapuolia eikä niillä ole ollut mahdollisuutta käyttää oikeuttaan tulla kuulluksi ja koska päätöksessä ei ole perusteluja harkintavallan käytöstä siltä osin kuin on kyse siitä, miksi päätös on osoitettu ensimmäiselle ja kolmannelle valittajalle, eikä GWB:n 32 §:n

1 momentissa edellytettyä harkintavallan käyttämistä voida suorittaa vasta valitusmenettelyn yhteydessä, *Facebook Irelandin* osalta asiaa käsittelevä jaosto katsoo seuraavaa:

a) *Facebook Ireland* on aineellisesti merkityksellisillä markkinoilla, joilla tarjotaan digitaalisia sosiaalisia verkostoja yksityiskäyttäjille ja jotka voidaan rajata väärinkäyttöjen valvonnan yhteydessä Bundeskartellamtin toteamien tosiseikkojen perusteella, joita ei ole riitautettu, ennen kaikkea Saksan alueella tapahtuvan verkostoitumisen perusteella kansallisesti, määräävässä markkina-asetussa ja siten GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädetyn kohde.

b) Jos *Facebook Irelandin* käyttöehdoilla ja niiden soveltamisella rikotaan yleisen tietosuoja-asetuksen, tätä voidaan pitää GWB:n 19 §:n 1 momentin yleislausekkeen vastaisena ehtojen väärinkäyttönä yksityiskäyttäjien haitaksi, koska GWB:n 19 §:ssä – kuten SEUT 102 artiklassa – kuluttajia suojataan paitsi välillisesti markkinavoiman mahdollistamalta kilpailuolosuhteiden vääristämiseltä myös välittömästi määräävässä markkina-asetussa olevan yrityksen väärinkäytöltä, joka ei vaikuta kilpailun rakenteeseen (ks. yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 15.3.2007 – C-95/04, 106 kohta, juris-sivustolla – *British Airways*; [alkup. s. 11] BGH:n [Bundesgerichtshofin eli Saksan ylimmän tuomioistuimen] tuomio 7.12.2010 – KZR 5/10, 55 kohta, juris-sivustolla – *Entega II*). Kilpailuoikeudellisesti merkityksellinen vahinko aiheutuisi siitä, että loukataan yleisellä tietosuoja-asetuksella suojattua käyttäjien mahdollisuutta päättää henkilötietojensa käytöstä. Kun väite väärinkäytöstä perustuu (merkityksellisen) lain rikkomiseen, asiaa ei arvioida vertailumarkkinoiden näkökulmasta eikä siinä määritellä merkityksellistä hinnansisää suhteessa selvitettyihin vertailuolosuhteisiin, kuten toimitaan, kun tarkoituksena on todeta GWB:n 19 §:n 2 momentin 2 kohdassa tarkoitettu väärinkäytön perusteella ylisuuri hinta (ks. BGH:n tuomio 6.11.2013 – KZR 58/11, 66 kohta, juris-sivustolla – *VBL-Gegenwert I*). Tällöin ei myöskään voida suorittaa intressipunnintaa, joka lähtökohtaisesti on suoritettava myös sovellettaessa GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädettyä yleislauseketta (ks. BGH:n tuomio 7.6.2016 – KZR 6/15, 48 kohta, juris-sivustolla – *Pechstein/International Skating Union* [ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0]). GWB:n 19 §:n 1 momentin ja SEUT 102 artiklan ensimmäisen virkkeen nojalla edellytetty syy-yhteys väärinkäytön ja markkinavoiman välillä (ks. yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 14.11.1996 – C-333/94, 27 kohta, juris-sivustolla – *Tetrapak* [ECLI:EU:C:1996:436]; tuomio 14.2.1978 – C-27/76, 248/257 kohta, juris-sivustolla – *United Brands* [ECLI:EU:C:1978:22]; BGH:n päätös 23.6.2020 – KVR 69/19, 73 kohta, juris-sivustolla – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]) täytyisi paitsi laajemmin ymmärretyn menettelytapaan liitetyn syy-yhteyden osalta, koska jos kilpailu markkinoilla toimisi, *Facebook Ireland* ei voisi järkevästi asettaa yleisen tietosuoja-asetuksen vastaista tietojen käsittelyä koskevia ehtoja, että lopputulokseen liittyvän syy-yhteyden osalta, koska käyttäjillä – vaikka myös yrityksillä, jotka eivät ole määräävässä markkina-asetussa, voivat rikkoa kyseistä asetusta – ei ole tilanteessa, jossa *Facebook Irelandin* kaltainen melkein

monopoliasemassa oleva yritys rikkoo kilpailusääntöjä, käytännön mahdollisuutta välttää rikkomisen vaikutuksilta (ks. myös tuomio 5.10.1988 – C-247/86, jurisivustolla – *Alsatel* [ECLI:EU:C:1988:469] ja tuomio 27.3.1974 – C-127/73, jurisivustolla – *BRT et Société belge* [ECLI:EU:C:1974:25], joissa yhteisöjen tuomioistuin ei kyseenalaistanut väärinkäytön ja markkinavoiman välistä yhteyttä). *Facebook Ireland* ei voi rikkomista merkitsevän menettelytapansa osalta vedota GWB:n 36 §:n 2 momentissa konserneille annettuun suojaan (ks. yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 24.10.1996 – C-73/95 P, 17 kohta, jurisivustolla – *Viho*; BGH:n päätös 6.11.2012 – *KVR 54/11*, 19 ja 22 kohta, jurisivustolla – *Gasversorgung Ahrensburg*; tuomio 23.6.2009 – *KZR 21/08*, 16 kohta, jurisivustolla – *Entega I*).

c) Päätös on muodollisesti lainvastainen, koska Bundeskartellamt ei ole vastoin perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (jäljempänä asetus N:o 1/2003) 3 artiklan 1 kohdan toisessa virkkeessä säädettyä **[alkup. s. 12]** tutkinut asiaa SEUT 102 artiklan 1 kohdan kannalta, vaikka *Facebook Irelandin* määräävä markkina-asema Saksassa merkitsee määräävää markkina-asemaa sisämarkkinoiden merkittävällä osalla SEUT 102 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla (ks. yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 23.4.1991 – C-41/90, 28 kohta, jurisivustolla – *Höfner-Elsner*; tuomio 9.11.1983 – C-322/81, 28 kohta, jurisivustolla – *Michelin* [ECLI:EU:C:1983:313]) ja vaikka kun on todettu, että yleisen tietosuoja-asetuksen rikkominen ”*rajoittaa tosiasiallisesti ja potentiaalisesti kilpailijoiden toimintaa*” (Bundeskartellamtin päätöksen 885 kohta), asiassa olisi tullut katsoa, että myös SEUT 102 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu edellytys vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan täyttyy (ks. yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 23.4.1991 – C-41/90, 32 kohta, jurisivustolla – *Höfner-Elsner*; tuomio 9.11.1983 – C-322/81, 104 kohta, jurisivustolla – *Michelin* [E-CLI:EU:C:1983:313]). [– –] [perusteluja] Koska [– –] on katsottava, että GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädetty vastaa SEUT 102 artiklan 1 kohdassa määrättyä (ks. BGH:n tuomio 8.4.2014 – *KZR 53/12*, 46 kohta, jurisivustolla – *VBL-Versicherungspflicht*; tuomio 6.11.2013 – *KZR 58/11*, 51 kohta, jurisivustolla – *VBL-Gegenwert I*), menettelyvirhe ei kuitenkaan ole merkityksellinen, jos päätös on GWB:n 19 §:n 1 momentin kannalta lainmukainen, eikä johda merkitykselliseen merkittävämpään lainvastaisuuteen, jos päätös on GWB:n 19 §:n 1 momentin kannalta lainvastainen.

d) Näin ollen asiassa on ratkaistava, voiko Bundeskartellamt ottaa kantaa siihen, rikotaanko *Facebook Irelandin* käyttöehdoilla ja niiden soveltamisella yleisessä tietosuoja-asetuksessa säädettyä, ja määrätä asiassa määrättyistä korjaamistoimenpiteistä tällaisen rikkomisen perusteella. **[alkup. s. 13]**

aa) Tältä osin ennakkoratkaisukysymyksellä 1.a) pyritään selvittämään, soveltuuko yleisen tietosuoja-asetuksen 51 artiklassa ja sitä seuraavissa artikloissa säädettyjen toimivalta-, yhteistyö- ja koherenssisääntöjen – ja erityisesti kyseisen asetuksen 56 artiklan 1 kohdan sekä 57 ja 58 artiklassa säädettyjen toimivaltasäännösten – kanssa yhteen se, että Bundeskartellamt toteaa

kilpailuoikeudellisen väärinkäyttöjen valvonnan yhteydessä, että *Facebook Irelandin* käyttöehdoilla ja niiden soveltamisella rikotaan kyseistä asetusta, ja määrää toimenpiteistä tilanteen korjaamiseksi. Bundeskartellamt ei nimittäin ole yleisessä tietosuoja-asetuksessa tarkoitettu valvontaviranomainen, ja kyseisen asetuksen 56 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu johtava valvontaviranomainen on Irlannin valvontaviranomainen, koska *Facebook Ireland* on *Facebookin* sellainen päätoimipaikka Euroopassa, joka ylläpitää sosiaalista verkostoa Euroopassa, soveltaa samoja käyttöehtoja kaikissa unionin jäsenvaltioissa ja on henkilötietojen käsittelyn osalta yleisen tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 7 alakohdassa tarkoitettu rekisterinpitäjä koko Euroopan unionin alueella.

Siltä osin kuin tässä yhteydessä on otettava huomioon myös siviilioikeudellisen oikeussuojan mahdollisuus yleisen tietosuoja-asetuksen 82 artiklan nojalla ja erityisesti mahdollisuus määrätä kyseisen asetuksen 84 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja muita seuraamuksia, asiaa käsittelevä jaosto toteaa, että GWB:n 19 ja 32 § eivät kuulu niiden säännösten joukkoon, jotka Saksa on toimittanut tiedoksi Euroopan komissiolle yleisen tietosuoja-asetuksen 84 artiklan 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla (valituksen 201 kohta).

bb) Jos se, että Bundeskartellamt toteaa kilpailuoikeudellisen väärinkäyttöjen valvonnan yhteydessä, että käyttöehdoilla ja niiden soveltamisella rikotaan yleistä tietosuoja-asetusta, ja määrää tästä seuraamuksia, soveltuu yhteen kyseisessä asetuksessa säädettyjen toimivaltasäännösten kanssa, ennakkoratkaisukysymyksessä 1.b) tiedustellaan, soveltuuko tämä yhteen SEU 4 artiklan 3 kohdassa vahvistetun vilpittömän yhteistyön periaatteen kanssa, kun kyseisen asetuksen 56 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu johtava valvontaviranomainen tutkii jo tällaista rikkomista, kuten tässä tapauksessa Irlannin valvontaviranomainen on toiminut, sillä *Facebookin* riidattoman esityksen (valituksen 188 ja 217 kohta) mukaan Irlannin valvontaviranomainen käsitteli yhteistyössä muiden asianomaisten unionin alueen valvontaviranomaisten kanssa jo Bundeskartellamtin päätöksen tekohetkellä – ja käsittelee edelleenkin – sitä, että *Facebook Irelandin* tietojenkäsittelyllä mahdollisesti rikottiin yleisessä tietosuoja-asetuksessa säädettyä.

e) Jos Bundeskartellamt voi todeta kilpailuoikeudellisen väärinkäyttöjen valvonnan yhteydessä, että *Facebook Irelandin* käyttöehdoilla ja niiden soveltamisella rikotaan yleistä tietosuoja-asetusta, ja määrätä rikkomisen korjaamisesta, on lisäksi **[alkup. s. 14]** ratkaistava, rikotaanko käyttöehdoilla (jotka ilmenevät tarkemmin tietosuoja- ja evästekäytännöistä), jotka koskevat muista konsernin palveluista ja *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen (jäljempänä yhdessä myös *Off-Facebook-tiedot*) käsittelyä, ja käyttöehtojen soveltamisella kyseistä asetusta ja voiko Bundeskartellamt kieltää käyttöehdot ja niiden soveltamisen ja määrätä, että kyseinen tietojenkäsittely on kiellettyä tai on sallittua ainoastaan käyttäjien erikseen antamalla suostumuksella, jonka antamisesta mahdollisuus käyttää *Facebook.comia* ei voi riippua.

aa) Bundeskartellamt katsoo perustellusti, että *Off-Facebook*-tiedot ovat yleisen tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 1 alakohdassa tarkoitettuja henkilötietoja (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 19.10.2016 – C-582/14, 49 kohta, juris-sivustolla – Breyer; tuomio 24.11.2011 – C-70/10, 51 kohta, juris-sivustolla – Scarlet; BGH:n tuomio asiassa, jossa oli esitetty ennakkoratkaisupyyntö unionin tuomioistuimelle, 5.10.2017 – I ZR 7/16, 23 kohta, juris-sivustolla – *Cookie-Einwilligung I* [ECLI:DE:BGH:2017:051017BIZR7.16.0]), että tietojen käyttö verkoston ja mainosten personalisointitarkoituksissa on yleisen tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 4 alakohdassa tarkoitettua profilointia ja että *Facebook Ireland* on kyseisen asetuksen 4 artiklan 7 alakohdassa tarkoitettu rekisterinpitäjä (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 29.7.2019 – C-40/17, 84 kohta, juris-sivustolla – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]).

bb) Bundeskartellamt katsoo perustellusti, että klikkaamalla rekisteröitymispainiketta – vaikka huomioon otetaan 31.7.2019 käyttöön otettujen uusien käyttöehtojen 2 kohta – käyttäjä ei suostu *Off-Facebook*-tietojen käsittelyyn yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdassa ja 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettulla tavalla (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 1.10.2019 – C-673/17, 58 kohta ja sitä seuraavat kohdat – *Planet49* [ECLI:EU:C:2019: 801]) ja että käyttäjien suostumus, jota *Facebook Ireland* pyytää *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käyttämiseen tarkoituksessa näyttää personalisoituja mainoksia, koskee pelkästään suostumusta tällaisten tietojen käyttämiseen tähän tarkoitukseen eikä yleisesti niiden keräämistä ja niiden yhdistämistä *Facebook.com*-tiliin. Bundeskartellamt katsoo perustellusti myös, että mahdollisuus estää evästeiden asentaminen käyttäjän päätelaitteelle tai hänen verkkoselaimensa tai poistaa evästeet, mahdollisuus palauttaa mainostilin -tunnukset mobiililaitteen käyttöjärjestelmässä, ja tammikuun 2020 lopussa käyttöön otettu OFA-toiminto eivät täytä yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdan ja 9 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaisen suostumuksen edellytyksiä. **[alkup. s. 15]**

cc) Koska käyttöehtojen mukainen *Off-Facebook*-tietojen käsittely ja käyttöehtojen soveltaminen on – myös konsernissa – laillista, jos tältä osin voidaan soveltaa ainakin yhtä yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a-f alakohdassa säädetyistä oikeutusperusteista, ja koska unionin tuomioistuin on jo todennut kyseistä säännöstä edeltäneen tietosuojadirektiivin 95/46/EY 7 artiklan osalta, jonka sanamuoto oli sama, että kyseisessä säännöksessä säädettiin tyhjentävä ja rajoittava luettelo tilanteista, joissa henkilötietojen käsittelyn voidaan katsoa olevan laillista, ja että jäsenvaltiot eivät voi lisätä kyseiseen artiklaan verrattuna uusia henkilötietojen käsittelyn laillistamista koskevia periaatteita eivätkä säätää lisävaatimuksista, joilla muutettaisiin jonkin kyseisessä artiklassa säädetyin periaatteen ulottuvuutta (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 29.7.2019 – C-40/17, 55 kohta, juris-sivustolla – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]; tuomio 19.10.2016 – C-582/14, 57 kohta, juris-sivustolla – Breyer; tuomio 24.11.2011 – C-468/10 ja C-469/10, 30 ja 32 kohta, juris-sivustolla – *ASNEF ja FECEMD*), asiassa on ratkaistava, voidaanko käyttöehdoissa kuvailtu ja *Facebookin* toteuttama *Off-Facebook*-tietojen käsittely

oikeuttaa kaikissa tilanteissa ainoastaan suostumuksella. On nimittäin niin, että vain tällöin Bundeskartellamt voisi määrätä, että tietosuojaoikeudellisista syistä tietoja ei saa käsitellä tai niitä voidaan käsitellä ainoastaan käyttäjän suostumuksella.

(1) *Facebook Ireland* tarjoaa sosiaalisessa verkostossaan verkoston tämänhetkisten käyttöehtojen 1 kohdan mukaan (liite Bf 9), joka on otsikon ”Tarjoamamme palvelut” alla, – siltä osin kuin sillä on asiassa merkitystä – lähinnä seuraavia sopimussuorituksia: 1. sisältöjen yksilöinti, 2. personalisoitujen mainosten näyttäminen, 3. käyttäjä- ja verkoston turvallisuus, 4. tuotteiden parantaminen ja 5. kokonaisvaltainen ja saumaton *Facebook*-yritysten tuotteiden käyttö.

Facebook Ireland kerää tietosuojakäytäntönsä (liite Bf 10) otsikon ”Millaisia tietoja keräämme?” alla yksilöityjä käyttäjä- ja laitekohtaisia tietoja konsernin palvelujen käytön perusteella ja *Facebook Business Toolsin* avulla, yhdistää ne tietoihin, joita syntyy ja jotka tallennetaan *Facebook.comin* käytöstä, ja käyttää niitä otsikon ”Miten käytämme näitä tietoja” alla esitetyn mukaan tuotteidensa tarjoamiseen, personalisointiin ja parantamiseen, mittauksen, analytiikan ja muiden yrityspalvelujen tarjoamiseen, suojelun, eheyden ja turvallisuuden varmistamiseen, käyttäjien kanssa kommunikointiin sekä sosiaalisin tarkoituksin toteutettujen tutkimuksen tai innovaatioiden tukemiseen ja otsikon [alkup. s. 16] ”Miten *Facebook*-yritykset tekevät yhteistyötä?” alla todetun mukaan [tietoja käytetään] ”myös muissa *Facebook*-yrityksissä”.

Facebook Irelandin evästekäytännön (liite Bf 11) mukaan on niin, että kun käyttäjä käyttää konsernin palveluja tai käy kolmansilla verkkosivuilla tai sovelluksissa, joihin on sisällytetty *Facebook Business Tools*, *Facebook Ireland* asentaa evästeitä tai käyttää muita tallennusteknologioita, ja kerää tämän perusteella ilman, että käyttäjä tekisi mitään, käyttäjä- ja laitekohtaisia tietoja, joita se käyttää palvelujensa tarjoamiseen, turvallisuus-, mainos- ja analyysitarkoituksiin.

Se, millaisia tietoja kerätään ja käytetään, ilmenee yksityiskohtaisesti tietosuojakäytännön otsikon ”Millaisia tietoja keräämme?” (liite Bf 10) alaisuudesta sekä Bundeskartellamtin päätöksen päätösoosan 2 kohdan a–d alakohdasta.

Facebook Ireland vetoaa tietosuojakäytäntönsä (liite Bf 10) otsikon ”Mikä on laillinen perustemme tietojen käsittelylle?” alla kaikkiin yleisen tietosuojasetuksen 6 artiklan 1 kohdassa säädettyihin oikeutusperusteisiin. Otsikon ”Lue lisää näistä laillisista perusteista” (liite Bf 12) alla *Facebook Ireland* vetoaa kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettuun suostumukseen 1. perusteena käsitellä erityisesti suojattuja tietoja, jotka käyttäjä on kirjannut *Facebook.com*-profiiliinsa, tietojen jakamiseksi tiettyjen henkilöiden kanssa ja sisältöjen personalisoimiseksi, 2. kasvojen tunnistusteknologian käyttöperusteena ja 3. perusteena käyttää tietoja, joita elinkeinonharjoittajat ja yhteistyökumppanit

tarjoavat käyttäjien toiminnasta *Facebook*-tuotteiden ulkopuolella, personalisoitujen mainosten näyttämiseksi, 4. perusteena jakaa henkilötietoja, joiden perusteella käyttäjä voidaan tunnistaa, elinkeinonharjoittajille, ja 5. perusteena kerätä tietoja, joiden keräämisen käyttäjä sallii itse aktiivimillaan laitekohtaisilla asetuksilla (GPS-sijainti, kamera, valokuvat). Näitä tarkoituksia varten *Facebook Ireland* pyytää erikseen käyttäjän suostumuksen tai tarjoaa käyttäjälle mahdollisuuden vastustaa niiden käyttämistä (kasvojentunnistuksen osalta).

Mainitussa asiakirjassa (liite Bf 12) *Facebook Ireland* vetoaa yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuun oikeutusperusteeseen, jonka mukaan käyttö on tarpeen *sopimuksen täytäntöön panemiseksi*, 1. tuotteidensa tarjoamisen, personalisoinnin ja parantamisen osalta, 2. suojelun, eheyden ja turvallisuuden varmistamisen osalta, 3. [alkup. s. 17] perusteena siirtää tietoja ETA:n ulkopuolelle, 4. käyttäjän kanssa kommunikoinnin osalta, ja 5. kokonaisvaltaisen ja saumattoman kokemuksen tarjoamiseksi kaikissa *Facebook*-tuotteissa.

Facebook Ireland vetoaa yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuun oikeutettuun etua koskevaan oikeutusperusteeseen 1. alaikäisten osalta, 2. mittauksen, analytiikan ja muiden yrityspalvelujen tarjoamisen osalta, 3. markkinointiviestinnän mahdollistamisen osalta, 4. sosiaalisin tarkoituksin toteutettujen tutkimuksen ja innovaatioiden osalta, ja 5. perusteena jakaa tietoja muille, mukaan lukien rikostutkinta- ja täytäntöönpanoviranomaisille, ja oikeudellisiin tiedusteluihin reagoinnin osalta.

Facebook Ireland vetoaa lisäksi lakisääteisen velvoitteen noudattamista koskevaan oikeutusperusteeseen (yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohta), elintärkeiden etujen suojaamista koskevaan oikeutusperusteeseen (yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan d alakohta) ja yleistä etua koskevan *tehtävän suorittamiseksi* tarpeellista tietojen käsittelyä koskevaan oikeutusperusteeseen (yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan e alakohta) (ks. tarkemmin liite Bf 12).

(2) Käyttäjän suostumus olisi saatava, jos ja siltä osin kuin ns. Off-Facebook-tietojen kerääminen, yhdistäminen *Facebook.com*-tiliin ja käyttö liittyy yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen erityisten henkilötietoryhmien käsittelyyn eikä kyseisiin tietoihin voida soveltaa muuta suostumusperustetta kuin kyseisen asetuksen 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua suostumusta.

(a) Ennakkoratkaisukysymyksessä 2.a) tiedustellaan, onko silloin, kun kerätään tietoja kolmansilla verkkosivuilla vierailemisesta ja kolmansien sovellusten käytöstä *Facebook Business Toolsin*, evästeiden ja muiden tallennusteknologioiden avulla ja/tai yhdistetään tällaisia tietoja käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja/tai käytetään niitä, kyse – kuten Bundeskartellamt väittää (Bundeskartellamtin päätöksen 584 kohta ja sitä seuraavat kohdat) – yleisen

tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua arkaluonteisten henkilötietojen käsittelystä, jos kyse on verkkosivuista tai sovelluksista, joilla on liityntä kyseisen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin kriteereihin, kuten esimerkiksi flirttailusovelluksista, homoseksuaaliseen seuranhakuun tarkoitetuista sovelluksista tai sivustoista, poliittisten puolueiden verkkosivuista tai terveyteen liittyvistä sivustoista (Bundeskartellamin päätöksen 587 kohta).

Tässä yhteydessä on myös selvennettävä, onko arkaluonteisina pidettävä jo tietoa siitä, että sivuilla tai sovelluksessa on käyty, vai onko käyttäjän myös tehtävä sivustolla tai sovelluksessa jotakin, esimerkiksi rekisteröidyttävä tai tehtävä tilaus, ja miten yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdan ensimmäisen tietokategorian osalta käytettyä ilmaisua ”henkilötietojen – –, joista ilmenee” ja kyseisen asetuksen 9 artiklan 1 kohdan toisen tietokategorian osalta käytettyä ilmaisua ”tiedot” on [alkup. s. 18] tulkittava. Yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdan ensimmäisen tietokategorian osalta käytetyn ilmaisun (”henkilötietojen – –, joista ilmenee”) muotoilu voisi viitata siihen, että tältä osin jo pelkästään ”lähdetietojen” käsittely eli esimerkiksi sen tiedon, että sivu avataan, tai käyttäjän sinne syöttämien tietojen käsittely on kielletty, joten on ratkaistava, milloin tällaisesta ”ilmenee” arkaluonteisia tietoja. Sen sijaan yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdan toisen tietokategorian nojalla kiellettyä vaikuttaa ainoastaan juuri varsinaisten arkaluonteisten tietojen käsittely, joten on ratkaistava, voidaanko tällaisten verkkosivujen avaamista tai tällaisia käyttäjän syöttämiä tietoja itsessään pitää arkaluonteisina tietoina, vaikkakin tätä erottelua mutkistaa edelleen kyseisen asetuksen 4 artiklan 15 alakohdan lakisääteinen määritelmä, sillä sen mukaan terveystietoja voivat olla myös tiedot, jotka ”ilmaisevat” terveydentilan. On myös selvennettävä, onko tätä asiaa arvioitaessa merkitystä tietojen käyttötarkoituksella, joita tässä tapauksessa ovat siis sosiaalisen verkoston ja mainosten personalisointi, verkoston turvallisuus, palvelujen parantaminen, mittaus- ja analytiikkapalvelujen tarjoaminen mainostajakumppaneille, sosiaalisin tarkoituksin toteutettava tutkimus, vastaaminen oikeudellisiin tiedusteluihin ja oikeudellisten velvoitteiden täyttäminen, käyttäjien ja kolmansien elintärkeiden etujen suojaaminen sekä yleistä etua koskevan tehtävän suorittaminen.

(b) Jos kyse on yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuista arkaluonteisista tiedoista, ennakkoratkaisukysymyksessä 2. b) tiedustellaan, onko käyttäjä nimenomaisesti saattanut ne julkisiksi, kun hän on avannut verkkosivun tai sovelluksen ja/tai syöttänyt sinne tietoja ja/tai käyttänyt verkkosivuille tai sovelluksiin sisältyviä *Facebook Irelandin* tarjoamia painikkeita eli sosiaalisia liitännäisiä (tykkää, jaa) tai *Facebook Login* tai *Account Kit* -toimintoja (yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 2 kohdan e alakohta), koska tällöin hän olisi menettänyt kyseisen asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa säädetyn erityisen suojan eikä häneltä edellytettäisi kyseisen asetuksen 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua suostumusta. Yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 2 kohdassa säädettyt muut perusteet, joiden perusteella tietojen käsittely olisi sallittua, eivät käytännössä ole mahdollisia, kun otetaan huomioon *Facebookin* toimiala, eikä

Facebook muutenkaan vetoa niihin eikä erityisesti mainitse niitä käyttöehdoissaan.

(3) Siltä osin kuin *Facebook Ireland* kerää tietoja, kun käyttäjä käyttää konsernin muita palveluja tai avaa verkkosivuja tai sovelluksia, joihin on sisällytetty *Facebook Business Tools*, myös evästeiden ja vastaavien käyttäjän päätelaitteessa olevien tallennusteknologioiden avulla, sovelletaan lisäksi henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla) [alkup. s. 19] 12.7.2002 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2002/58/EY (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi) 5 artiklan 3 kohtaa. Kuten Bundesgerichtshof on katsonut, yleinen tietosuoja-asetus ei vaikuta kyseisen säännöksen soveltamiseen, joten sähköisistä tieto- ja viestintäpalveluista annetun lain (Telemediengesetz), jolla direktiivi 2002/58/EY on pantu täytäntöön Saksassa, 15 §:n 3 momentin ensimmäistä virkettä sovelletaan edelleenkin ja sitä on tulkittava direktiivin mukaisesti siten, että evästeiden asentaminen käyttäjäprofiilien luomiseksi mainostamiseen tai markkinatutkimukseen liittyvässä tarkoituksessa edellyttää käyttäjän suostumusta (ks. BGH:n tuomio 28.5.2020 – I ZR 7/16, 47 kohta ja sitä seuraavat kohdat, juris-sivustolla – *Cookie-Einwilligung II*; ks. myös unionin tuomioistuimen tuomio 1.10.2019 – C-673/17, 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat, juris-sivustolla – *Planet49* [ECLI:EU:C:2019:801]; tuomio 29.7.2019 – C-40/17, 88 kohta ja sitä seuraavat kohdat, jurisissa – *FashionId* [ECLI:EU:C:2019:629]). Sillä, riittääkö tätä varten suostumus, jota on pyydetty yhteistyökumppaneilta saatujen tietojen käyttöön personalisoitujen mainosten näyttämiseksi, ei käsiteltävässä asiassa ole kuitenkaan lisäksi merkitystä, koska Bundeskartellamt on perustellut toteamustaan siitä, että *Facebook* on rikkonut GWB:n 19 §:n 1 momentissa säädettyä kilpailuoikeudellista väärinkäyttöä koskevaa kieltoa, pelkästään sillä, että *Facebookin* harjoittamalla tietojen käsittelyllä rikotaan yleistä tietosuoja-asetusta eikä tieto- ja viestintäpalveluista annetun lain 15 §:n 3 momentin ensimmäisessä virkkeessä säädettyä.

(4) Jos ja siltä osin kuin yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 2 kohdan a alakohdan nojalla suostumusta ei edellytetä – eli kun on kyse muista konsernin palveluista kerättyjen tietojen käsittelystä, sillä näiden osalta Bundeskartellamt ei ole todennut, että kyse olisi mahdollisesti kyseisen asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen arkaluonteisten tietojen käsittelystä, tai sellaisten *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käsittelystä, jotka eivät ole arkaluonteisia tai jotka käyttäjä on nimenomaan saattanut julkisiksi – on ratkaistava, voiko ja missä määrin *Facebook Ireland* voi vedota Off-*Facebook*-tietojen käsittelyn osalta muihin yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin oikeutusperusteisiin. Asiaa käsittelevä jaosto katsoo, että kun käyttäjä on saattanut tietoja nimenomaisesti julkisiksi yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artiklan 2 kohdan e alakohdassa tarkoitettussa merkityksessä, tietoihin lakataan soveltamasta ainoastaan kyseisen asetuksen 9 artiklan 1 kohdassa säädettyä käsittelykieltoa mutta ei 6 artiklan 1 kohdassa säädettyä edellytystä oikeutusperusteen olemassaolosta (ks. yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 51 perustelukappaleen viides virke).

(a) Kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellä tiedustellaan, voiko *Facebook Ireland* silloin, kun se – kuten edellä mainittiin – tarjoaa sopimussuorituksena 1. sisältöjen personalisointia, 2. personalisoitujen mainosten näyttämistä, 3. käyttäjien ja verkoston turvallisuutta, 4. tuotteiden parantamista ja 5. kokonaisvaltaista ja saumatonta *Facebook*-yritysten tuotteiden käyttöä, vedota yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuun oikeutusperusteeseen, joka koskee käsittelyn tarpeellisuutta sopimuksen täytäntöön panemiseksi, tai toisaalta kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa [alkup. s. 20] tarkoitettuun oikeutusperusteeseen, joka koskee oikeutettujen etujen toteuttamista, kun se kerää *Off-Facebook*-tietoja näitä tarkoituksia varten, yhdistää ne käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja käyttää niitä.

Asiaa käsittelevän jaoston käsitys on, että kun otetaan huomioon unionin tuomioistuimen tarpeellisuuskriteeriä koskeva oikeuskäytäntö (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 4.5.2017 – C-13/16, 30 kohta, juris-sivustolla – *Rigas satikme*) ja Euroopan tietosuojaneuvoston ohjeissa 2/19 todettu (2 kohta, 26 kohta ja sitä seuraavat kohdat, 48 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä 57 kohta, liite Bf 42B), monet seikat puoltavat sitä, että tietojen käsittely voi olla yrityksen oikeutetun edun piirissä korkeintaan personalisoitujen mainosten, joiden näyttämisen ei edellytä evästeiden käyttöä, näyttämistarkoituksen sekä käyttäjien ja verkoston turvallisuuden sekä tuotteiden parantamisen vuoksi, kun taas edellä mainittujen lähteiden perusteella vaikuttaa mahdolliselta, että *Facebook Irelandin* tapauksessa sisältöjen personalisoinnin ja mahdollisesti myös kokonaisvaltaisen ja saumattoman *Facebook*-yritysten tuotteiden käytön mahdollistamiseksi tapahtuvaa tietojen käsittelyä voidaan pitää tarpeellisena sopimusvelvoitteen täyttämiseksi.

Siten esimerkiksi *WhatsApp*-tietojen käyttäminen käyttäjien ja verkoston turvallisuuden takaamiseksi voisi olla *Facebook Irelandin* oikeutetun edun perusteella oikeutettua, koska kyseisen yrityksen tietosuojakäytännön (liite Bf 10) otsikon ”Miten *Facebook*-yritykset tekevät yhteistyötä?” alla esittämien tietojen mukaan yritys käyttää tietoja *WhatsApp*-tileistä, joilta lähetetään roskaviestejä, estääkseen tällaisten tilien käyttämisen *Facebook.comissa*, kun taas muuten tietojen käsittelyn ei pitäisi olla tarpeen sopimuksen täytäntöön panemiseksi eikä oikeutettua muilla oikeutetuilla eduilla, koska *Facebook Ireland* ei käytä *WhatsApp*-tietoja tuotteisiin liittyvissä tarkoituksissa tai personalisointitarkoituksissa *Facebook.comissa* (Bundeskartellamtin päätöksen 746 kohta).

Instagram-tietojen käsittely, sikäli kuin se toteutetaan sisältöjen personalisoimiseksi ja saumattoman *Facebook*-tuotteiden käytön mahdollistamiseksi (jotta käyttäjälle voidaan näyttää henkilöitä tai sisältöjä *Facebook.comissa*, koska ne voivat kiinnostaa häntä myös siellä), voi olla tarpeen sopimuksen täytäntöön panemiseksi tai ainakin olla oikeutettua *Facebookin* oikeutetun edun perusteella. Tämä tietojen käsittely voi olla oikeutettua yrityksen oikeutetun edun perusteella myös personalisoitujen mainosten näyttämiseksi, verkoston turvallisuuden takaamiseksi ja tuotteiden parantamiseksi. *Facebook*

Ireland käyttää oman ilmoituksensa mukaan erityisesti esimerkiksi *Instagram*-tietoja tileistä, joiden toiminta on epäilyttävää tai jotka selvästi liittyvät lainvastaiseen toimintaan, turvatakseen *Facebook*-käyttäjien turvallisuuden [alkup. s. 21] (valituksen perustelujen 465 kohta). Lähtökohtaisesti samoin voisi olla *Oculus*-tietojen käytön osalta, vaikkakaan niiden osalta ei ole toistaiseksi todettu, mihin tarkoitukseen kyseisiä tietoja konkreettisesti käytetään *Facebook.com*issa.

Facebook Business Toolsin ja erityisesti sosiaalisten liitännäisten ”tykkää” ja ”jaa” sekä *Facebook* Loginin ja Account Kitin avulla kerättyjen tietojen käsittely voi olla tarpeen sopimuksen täytäntöön panemiseksi tai ainakin oikeutettua *Facebook Irelandin* oikeutetun edun perusteella siltä osin kuin tietoja käsitellään sisältöjen personalisoimiseksi ja *Facebook*-tuotteiden saumattoman käyttämisen mahdollistamiseksi. Tämän käsittelyn edellytyksenä tulisi olla se, että käyttäjä käyttää kyseisiä painikkeita, ja sen tulisi rajoittua kulloinkin tarpeellisiin tiedonkäsittelyprosesseihin. Riippumatta painikkeiden käytöstä tietojen käsittely ja yhdistäminen *Facebook.com*-tiliin voi olla oikeutettua *Facebook Irelandin* oikeutetun edun perusteella, jos käyttäjä on antanut suostumuksensa siihen, että tietoja käsitellään personalisoitujen mainosten näyttämiseksi. Myös verkoston turvallisuus ja tuotteiden parantaminen voivat olla *Facebook Irelandin* oikeutettuja etuja, joiden perusteella tietojen käsittely on oikeutettua. Siten *Facebook* käyttää oman ilmoituksensa mukaan sosiaalisten liitännäisten avulla kerättyjä tietoja tunnistaakseen lukuisien verkkosivujen nopean avaamisen perusteella, pyrkivätkö botit perustamaan ja käyttämään *Facebook*-tilejä (valituksen perustelujen 465 kohta).

(b) Neljännellä ennakkoratkaisukysymyksellä tiedustellaan, voidaanko myös

- sisältöjen ja mainonnan personalisoinnin, tuotteiden parantamisen, verkoston turvallisuuden ja muun kuin markkinointiin liittyvän käyttäjäviestinnän kannalta käyttäjän alaikäisyyttä,
- mittauten, analytiikan ja muiden yrityspalvelujen tarjoamista mainostaja-asiakkaille, kehittäjille ja muille yhteistyökumppaneille, jotta kyseiset toimijat voivat arvioida omia palvelujaan ja parantaa niitä,
- kuluttajaan kohdistuvan markkinointiviestinnän mahdollistamista, jotta *Facebook Ireland* voi parantaa tuotteitaan ja harjoittaa suoramarkkinointia,
- sosiaalisin tarkoituksin toteutettua tutkimusta tai innovaatioita, joiden tarkoituksena on tukea tekniikan kehitystä tai tieteellistä ymmärtämystä tärkeistä sosiaalisista teemoista ja vaikuttaa positiivisesti yhteiskuntaan ja maailmaan,
- tietojen antamista rikostutkinta- ja täytäntöönpanoviranomaisille ja vastaamista oikeudellisiin tiedusteluihin, jotta saadaan estettyä, paljastettua ja tutkittua rikoksia, luvaton käyttöä, käyttöehtojen ja käytäntöjen rikkomisia ja muita haitallisia käyttäytymistapoja, [alkup. s. 22]

pitää yleisen tietoturva-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuina oikeutettuina etuina, kun on kyse Off-Facebook-tietojen keräämisestä, yhdistämisestä käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja tietojen käyttämisestä näihin tarkoituksiin.

Erityisesti tiedustellaan, voiko *Facebook Ireland* vedota tunnuyleisen tietoturva-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdassa tarkoitettuun oikeutettua etua koskevaan oikeutusperusteeseen sellaisten alaikäisten osalta, jotka eivät vielä ole saavuttaneet 16 vuoden ikärajaa – jota Saksassa ei ole alennettu kyseisen asetuksen 8 artiklan 1 kohdan kolmannen virkkeen nojalla – joka on ikäraja lapsen oman kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettua suostumuksen antamiselle (yleisen tietoturva-asetuksen 8 artiklan 1 kohta), ja jotka eivät – tältä osin nähtävästi yksimielisen – Saksan oikeuskirjallisuuden mukaan voi itsenäisesti tehdä pätevää kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua käyttösopimusta sosiaalisen verkoston kanssa, koska tällainen sopimus ei – tietojen käsittelyn takia – ole oikeudellisesti pelkästään heidän edukseen (BGB:n 107 §; ks. Klumpp teoksessa Staudinger, BGB, uusi versio (Neubearbeitung) 2017, 107 §, 30 kohta; Spickhoff teoksessa MüKoBGB, 8. painos, 2018, 107 §, 82 kohta; Mansel teoksessa Jauernig, BGB, 18. painos, 2021, 107 §, 3 kohta), ja joiden osalta ei ole saatu vaadittua vanhempien suostumusta, kun on kyse muista konsernin palveluista ja *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käsittelystä.

On myöskin kyseenalaista, voidaanko Off-Facebook-tietojen käsittelyä oikeuttaa edulla, joka koskee sosiaalisin tarkoituksin toteutettua tutkimusta tai innovaatioita, joiden tarkoituksena on tukea tekniikan kehitystä tai tieteellistä ymmärtämystä tärkeistä sosiaalisista teemoista ja vaikuttaa positiivisesti yhteiskuntaan ja maailmaan.

Sen sijaan *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käyttäminen mittausten, analytiikan ja muiden yrityspalvelujen tarjoamiseen mainostaja-asiakkaille, kehittäjille ja muille yhteistyökumppaneille, jotta kyseiset toimijat voivat arvioida ja parantaa omia palvelujaan ja parantaa niitä, voi olla oikeutettua *Facebook Irelandin* (ja yhteistyökumppanien) oikeutetun edun perusteella ainakin silloin, kun käyttäjät ovat antaneet suostumuksensa siihen, että yhteistyökumppanien toimittamia tietoja käytetään personalisoitujen mainosten näyttämiseen. Jos ja siltä osin kuin muista konsernin palveluista ja/tai *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käsittely on oikeutettua tuotteen parantamiseksi, näin voi olla myös siltä osin kuin tietoja käytetään kuluttajaan kohdistuvan markkinointiviestinnän mahdollistamiseksi, jotta *Facebook* voi parantaa tuotteitaan ja harjoittaa suoramarkkinointia. [alkup. s. 23]

Vastaavasti *Facebook Irelandin* oikeutetun edun perusteella voi olla oikeutettua Off-Facebook-tietojen kerääminen, yhdistäminen käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja tietojen käyttö tai muuten jo laillisesti kerättyjen ja yhdistettyjen Off-Facebook-tietojen käyttö tietojen antamiseen rikostutkinta- ja täytäntöönpanoviranomaisille ja oikeudellisiin tiedusteluihin vastaamiseen, jotta saadaan estettyä, paljastettua ja

tutkittua rikoksia, luvaton käyttöä, käyttöehtojen ja käytäntöjen rikkomisia ja muita haitallisia käyttäytymistapoja.

Voi olla, että edellytetyssä intressipunninnassa tulisi ottaa huomioon – yleisen tietosuoja-asetuksen 21 artiklassa säädetyn laillisen vastustamisoikeuden lisäksi –, että *Facebook Business Toolsin* osalta kolmansien verkkosivujen ylläpitäjät, jotka ovat sisällyttäneet kyseiset toiminnot sivuihinsa, voivat hidastaa tietojen siirtämistä *Facebook Irelandille*, kunnes ne ovat saaneet käyttäjien suostumuksen (Bundeskartellamtin päätöksen 868 kohta) ja että *Facebook* on tarjonnut 28.1.2020 alkaen OFA-toimintoa, jonka avulla *Facebook.com*-käyttäjät voivat saada nähdäkseen tiivistelmän tiedoista, jotka *Facebookilla* on heidän toiminnastaan muilla verkkosivuilla ja sovelluksissa, ja halutessaan he voivat erottaa kyseiset tiedot taannehtivasti ja tulevan varalta *Facebook.com*-tilistään (valituksen perustelujen 148 ja 149 kohta).

(c) Viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellä tiedustellaan, voidaanko Off-*Facebook*-tietojen keräämistä, yhdistämistä käyttäjän *Facebook.com*-tiliin ja tietojen käyttämistä tai muuten laillisesti kerättyjen ja yhdistettyjen Off-*Facebook*-tietojen käyttämistä oikeuttaa yksittäistapauksittain yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan c, d tai e alakohdan nojalla, esimerkiksi – mihin *Facebook Ireland* vetoaa liitteenä Bf 12 esitetystä asiakirjasta – vastauksen antamisella lailliseen tiettyjen tietojen luovuttamista koskevaan pyyntöön (c alakohta), haitallisen käyttäytymisen estämisellä ja turvallisuuden edistämällä (d alakohta) tai yhteiskunnan etua edistävällä tutkimuksella ja suojelun, eheyden ja turvallisuuden varmistamisella (e alakohta), koska myöskään tällöin kyseisten tietojen käsittelyn osalta ei aina kaikissa tilanteissa voida edellyttää käyttäjien suostumusta, vai onko Off-*Facebook*-tietojen käsittelyn oikeuttaminen näillä syillä yleisesti poissuljettua.

f) Kysymyksellä siitä, onko tietojenkäsittelyehtoja ja niiden soveltamista, jos ehdot ja niiden soveltaminen ovat kiellettyjä tai jos ne eivät ole oikeutettuja, pidettävä myös *GWB:n* 19 §:n 1 momentin yleislausekkeessa tarkoitettuna väärinkäyttönä, jolla rajoitetaan kilpailua yksityiskäyttäjille tarjottujen **[alkup. s. 24]** sosiaalisten verkostojen markkinoilla tai muilla markkinoilla, ei tällöin enää olisi ratkaisevaa merkitystä.

g) Jos ja siltä osin kuin Off-*Facebook*-tietojen käsittely voidaan oikeuttaa vain suostumuksella, tiedustellaan kuudennella ennakkoratkaisukysymyksellä, voivatko käyttäjät ylipäänsä antaa *Facebook Irelandin* kaltaiselle määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle pätevällä tavalla yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdassa ja 9 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua suostumusta, kuten Bundeskartellamt on edellyttänyt sen toteaman rikkomisen korjaamiseksi, vai onko niin, että suostumusta kyseisten tietojen käsittelyyn ei voida antaa kyseisen asetuksen 4 artiklan 11 kohdassa edellytetyllä tavalla vapaaehtoisesti, kun on kyse määräävässä markkina-asemassa olevasta yrityksestä, vaikka sopimuksen täytäntöönpano ei riippuisikaan suostumuksesta

tietojen käsittelyyn. Tällaiseen mahdottomuuteen voisi viitata yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan 43 perustelukappaleen ensimmäinen virke.

2. Ennakkoratkaisukysymykset eivät ole menettäneet kohdettaan sillä perusteella, että Bundeskartellamt vetoaa valitusmenettelyssä päätöksensä tueksi ”täydentävästi” (vastaselityksen s. 88) Bundesgerichtshofin perusteluihin aiemmassa kiireellisessä menettelyssä (päätös 23.6.2020 – KVR 69/19, juris-sivustolla – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). BGH:n mukaan *Facebook.comin* käyttäjät pakotetaan konsernin muista palveluista ja *Facebook Business Toolsin* avulla kerättyjen tietojen käytöllä laajempaan suoritukseen, jota he ”mahdollisesti eivät halua tehdä”, ja tältä osin riidanalaiset käyttöehdot eivät olisi odotettavissa toimivassa kilpailutilanteessa vaan ne ovat omiaan rajoittamaan kilpailua, ja kun arvioidaan kattavasti ja punnitaan asiaan liittyviä intressejä – ja otetaan erityisesti huomioon se, ettei ehdoille ole yleisen tietosuojasetuksen mukaista oikeutusperustetta – suorituksen laajentaminen on väärinkäytön luonteista. Näillä perusteluilla Bundeskartellamtin päätöstä ei nimittäin voida pitää voimassa pitkälti jo siksi, että Bundeskartellamt ei ole todennut vaadittavia seikkoja ainakaan siitä edellytyksestä, että tietojen käsittely on omiaan rajoittamaan kilpailua. Tällainen on uskottavasti mahdollista ainoastaan *Instagram*-tietojen käsittelyn osalta, mutta siitäkään ei voida päättää ilman, että saadaan vastaus seitsemänteen ja mahdollisesti kolmanteen, neljänteen ja viidenteen ennakkoratkaisukysymykseen.

a) Koska Bundesgerichtshof näyttää katsovan, että Bundeskartellamt voi täydentää päätöstään vielä valitusmenettelyssä tällä perustelulla [alkup. s. 25], vaikka sillä perustellaan väärinkäyttövaiettua, joka koskee aineellisesti muuta kuin yleisen tietosuojasetuksen rikkomista eikä päätöksen päätösosassa vaadittu käyttäjien suostumus siten ole kyseisessä asetuksessa tarkoitettu suostumus vaan toinen, mahdollisesti kyseisessä asetuksessa tarkoitettujen suostumuksen lisäksi annettava suostumus, asiaa käsittelevä jaosto arvioi päätöstä myös tämän perustelun perusteella.

b) Bundeskartellamt on pitkälti kuitenkin jättänyt toteamatta ne seikat, joiden toteamista edellytetään, siitä edellytyksestä, että *Off-Facebook*-tietojen käsittelyn on oltava omiaan estämään kilpailijoiden osallistumista markkinoille. Tältä osin olisi osoitettava mahdollinen kilpailunvastainen vaikutus – verkostomarkkinoilla verkostopuolella esimerkiksi verkostoitumisefektien lisääntymisellä tai tuotteen parantumisella tai mainospuolella esimerkiksi sillä, että *Facebookilla* on yksityiskohtaisia tietoja, tai (miten ikinä ne yksittäin eroteltaisiinkaan toisistaan) mainos- tai kolmansilla markkinoilla –, koska määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettelytapaa ei voida luonnehtia väärinkäytöksi siinä tapauksessa, ettei markkinoihin ole kohdistunut mitään vaikutusta (ks. unionin tuomioistuimen tuomio 6.12.2012 – C-457/10 P, 112 kohta, juris-sivustolla – *Astra Zeneca*; tuomio 17.2.2011 – C-52/09, 64 kohta, juris-sivustolla – *TeliaSonera*).

Koska *Facebook Ireland* ei käytä *Facebook.com*-käyttäjien *WhatsApp*-tietoja personalisointiin tai tuotteisiin liittyviin tarkoituksiin *Facebook.com*issa – eikä omien sanojensa mukaan myöskään aio toimia näin Euroopassa –, ei ole ilmeistä eikä Bundeskartellamt myöskään ole todennut, että *WhatsApp*-tietojen käsittely olisi jotenkin omiaan rajoittamaan kilpailua verkostomarkkinoilla tai mainosmarkkinoilla tai viestinvälityspalvelujen markkinoilla. Bundeskartellamt ei myöskään ole todennut tosiseikkoja, jotka koskisivat sitä, miltä osin *Facebook.com*-käyttäjien *Oculus*-tietoja käytetään *Facebook.com* -verkoston tarkoituksiin ja miten tämä olisi omiaan rajoittamaan kilpailua verkostomarkkinoilla tai merkityksellisillä mainosmarkkinoilla tai markkinoilla, joilla *Oculus* toimii. Käytännössä *Facebook.com*-käyttäjät ”mahdollisesti eivät halua”, että *Facebook Business Tools*in avulla kerättyjä tietoja käsitellään, vain siinä tilanteessa, että he eivät käytä sosiaalisia liitännäisiä (tykkää, jaa) tai *Facebook Login*ia tai *Account Kit*ä eivätkä ole suostuneet siihen, että heille näytetään personalisoituja mainoksia. Bundeskartellamt ei kuitenkaan myöskään ole esittänyt toteamuksia siitä, miltä osin *Facebook Business Tools*illa kerättyjen tietojen käsittely, jolla ei personalisoida *Facebook.com*-käyttöä, pyritä tarjoamaan *Facebook*-tuotteiden saumatonta käyttöä tai [alkup. s. 26] jonka perusteella ei näytetä personalisoituja mainoksia, voi olla omiaan rajoittamaan kilpailua verkostomarkkinoilla, mainosmarkkinoilla tai kolmansilla markkinoilla, varsinkin, kun OFA-toiminnolla käyttäjät voivat lisäksi erottaa kyseiset tiedot *Facebook*-tileistään.

c) Asiassa on uskottavasti katsottavissa, että tietojen käsittely voi rajoittaa kilpailua, ainoastaan siltä osin kuin on kyse *Facebook.com*-käyttäjien *Instagram*-tietojen käsittelystä, koska kyseisillä tiedoilla personalisoidaan *Facebook.com*-käyttöä, koska siellä käyttäjille ehdotetaan henkilöitä, joita he seuraavat *Instagram*issa, ja siten tietojen käsittely voi lisätä verkostoitumiseffektejä, ja koska kyseisiä tietoja käytetään käyttäjien *Facebook.com*-tietoihin yhdistettynä esimerkiksi mainos- ja tuotteiden parantamistarkoituksissa *Facebook.com*issa. Sen kysymyksen osalta, olisiko tällainen palvelujenvälinen tietojen käsittely ilman käyttäjiltä erikseen saatua suostumusta odotettavissa sosiaalisten verkostojen markkinoilla toimivassa kilpailutilanteessa, ja erityisesti siltä osin kuin on kattavasti arvioitava ja punnittava asiaan liittyviä intressejä ja tämän perusteella päätettävä, onko *Facebook Ireland*in menettelytapaa pidettävä väärinkäytön luonteisena sekä käyttäjien hyväksikäytön että kilpailun rajoittamisen näkökulmasta (ks. BGH:n päätös 23.6.2020 – KVR 69/19, 98 kohta ja sitä seuraavat kohdat, juris-sivustolla – *Facebook* [E-CLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]), on ratkaisevaa merkitystä seitsemännellä ennakkoratkaisukysymyksellä siitä, voiko Bundeskartellamt ainakin tässä tarkoituksessa tehdä tosiseikkapäätelmiä siitä, että tietojen käsittelyllä rikotaan yleistä tietosuoja-asetusta, sekä kolmannella, neljännellä ja viidennellä ennakkoratkaisukysymyksellä siitä, rikotaanko tällä tietojen käsittelyllä kyseistä asetusta ja käyttääkö *Facebook Ireland* siten muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden suoritteisiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään (ks. unionin tuomioistuimen

tuomio 6.10.2015 – C-23/14, 29 kohta ja sitä seuraavat kohdat – Post Danmark;
tuomio 6.12.2012 – C-457/10, 74 ja 75 kohta, juris-sivustolla – *Astra Zeneca*).

[–]

TYÖASIAKIRJA