

Causa C-252/21

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

22 aprile 2021

Giudice del rinvio:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania)

Data della decisione di rinvio:

24 marzo 2021

Ricorrenti:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Resistente:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF (Tribunale superiore del Land di
Düsseldorf, Germania)

ORDINANZA

(OMISSIS)

nel procedimento amministrativo in materia di concorrenza

1. **Facebook Inc.**, (OMISSIS) Stati Uniti d'America,

2. **Facebook Ireland Ltd.**, (OMISSIS) Irlanda,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, (OMISSIS) Hamburg (Germania),

ricorrenti,

(OMISSIS)

c o n t r o

Bundeskartellamt (autorità federale garante della concorrenza), (OMISSIS) Bonn (Germania),

resistente,

con l'intervento di:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (Unione federale delle organizzazioni e delle associazioni dei consumatori, Germania), (OMISSIS) Berlino (Germania),

interveniente,

(OMISSIS) [Or. 2]

La Prima Sezione competente in materia di concorrenza dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land di Düsseldorf),

in seguito all'udienza del 24 marzo 2021,

(OMISSIS)

ha così deciso:

I.

Il procedimento è sospeso.

II.

Alla Corte di giustizia dell'Unione europea sono sottoposte le seguenti questioni pregiudiziali ai fini dell'interpretazione del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati; in prosieguo: il «RGPD»), e dell'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (in prosieguo: il «TUE»):

1.

a) Se sia compatibile con gli articolo 51 e seguenti del RGPD il fatto che un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro – come il Bundeskartellamt (autorità federale tedesca garante della concorrenza; in prosieguo: il «Bundeskartellamt») –, che non sia un'autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e nel cui Stato membro un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione europea disponga di una filiale di supporto alla filiale principale nel settore della pubblicità, della comunicazione e delle relazioni pubbliche – e la filiale principale di tale impresa è situata in un altro Stato membro e ha la responsabilità esclusiva per il trattamento dei dati personali per l'intero territorio dell'Unione europea –, constati, nell'ambito dell'esercizio di un controllo degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza, che le condizioni contrattuali operate dalla filiale principale relativamente al trattamento dei dati e la relativa attuazione violano il RGPD, e disponga di porre fine a tale violazione.

b) In caso affermativo, se ciò sia compatibile con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE se, nel contempo, l'autorità di controllo capofila nello Stato membro in cui si trova la filiale principale ai [Or. 3] sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottopone a un procedimento di indagine le condizioni contrattuali per il trattamento dei dati operate da quest'ultima.

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2.

a) Se, nel caso di un utente di Internet che si limiti a visitare siti Internet o applicazioni («app») che fanno riferimento ai criteri di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD – come app di incontri, siti per incontri omosessuali, siti di partiti politici, siti relativi alla salute – o vi immetta dati al fine di registrarvisi o di effettuare degli ordini, e di un'altra società, come Facebook Ireland, che raccolga i dati relativi all'accesso ai siti e alle app e alle informazioni ivi immesse da parte dell'utente – tramite interfacce integrate nei siti e nelle app, come «Strumenti di Facebook Business», o tramite marcatori temporanei («cookies») o simili tecnologie di memorizzazione utilizzate sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente –, li colleghi ai dati dell'account Facebook.com dell'utente e li utilizzi, la raccolta e/o il collegamento e/o l'utilizzo configurino un trattamento di dati sensibili ai sensi di detto articolo.

b) In caso affermativo: se l'accesso a tali siti e app e/o l'inserimento di dati e/o l'azionamento di pulsanti («plug-in social» come «Mi piace», «Condividi» o «Facebook Login» o «Account Kit») integrati in tali siti o app da un fornitore come Facebook Ireland costituiscano una manifesta modalità di rendere pubblici i dati relativi all'accesso di per sé e/o i dati immessi da parte dell'utente, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD.

3.

Se un'impresa come Facebook Ireland, che gestisce un social network digitale finanziato dalla pubblicità e che offre, nelle sue condizioni d'uso, la personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, la sicurezza della rete, il miglioramento dei prodotti e l'utilizzo coerente e senza interruzioni di tutti i prodotti del gruppo, possa invocare la giustificazione della necessità per l'esecuzione di un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD, o la giustificazione della tutela dei legittimi interessi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, quando a tali fini essa raccoglie dati generati da altri servizi del gruppo e [Or. 4] da siti e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come «Strumenti di Facebook Business», oppure tramite cookies o simili tecnologie di memorizzazione applicati al computer o al dispositivo terminale mobile dell'utente, li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.

4.

Se, in tal caso, possano essere considerati legittimi interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD anche:

- la minore età dell'utente, ai fini della personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, del miglioramento dei prodotti, della sicurezza della rete e delle comunicazioni non commerciali con l'utente,
- la fornitura di misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende a inserzionisti, sviluppatori e altri partner, affinché questi possano valutare e migliorare le proprie prestazioni,
- l'offerta di comunicazioni di marketing con l'utente affinché l'impresa possa migliorare i suoi prodotti e condurre marketing diretto,
- ricerca e innovazione per il bene della società per far progredire lo stato dell'arte o la comprensione scientifica relativamente a importanti temi sociali e per avere un impatto positivo sulla società e sul mondo,
- informazioni alle autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge e la risposta a richieste legali, al fine di prevenire, individuare e perseguire reati penali, usi non autorizzati, violazioni delle condizioni d'uso e delle normative [aziendali] ed altri comportamenti dannosi,

quando a tali fini l'impresa raccoglie dati generati da altri servizi del gruppo e da siti e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come «Strumenti di Facebook Business», o tramite cookies o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente, li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.

5.

Se, in tal caso, possano essere giustificati la raccolta di dati provenienti da altri servizi del gruppo e da siti internet e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come «Strumenti di Facebook Business», oppure tramite cookies o simili tecnologie di memorizzazione applicati al computer o al dispositivo terminale mobile dell'utente, il collegamento con l'account Facebook.com dell'utente e l'utilizzo, oppure l'utilizzo di dati già [Or. 5] altrimenti e legittimamente raccolti e collegati, caso per caso, anche ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e) del RGPD, ad esempio per rispondere ad una legittima richiesta di dati specifici [lettera c)], per contrastare comportamenti dannosi e promuovere la sicurezza [lettera d)], per ricerche a beneficio della società e per promuovere protezione, integrità e sicurezza [lettera e)].

6.

Se nei confronti di un'impresa in posizione dominante sul mercato come Facebook Ireland sia possibile esprimere un consenso valido, e in particolare libero ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11, del RGPD, in conformità con gli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD.

In caso di risposta negativa alla prima questione:

7.

a) Se un'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro – come il Bundeskartellamt –, che non sia un'autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e che esamini una violazione del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza da parte di un'impresa in posizione dominante, che non consista in una violazione del RGPD da parte delle sue condizioni per il trattamento dei dati e della loro attuazione, possa effettuare accertamenti, ad esempio nell'ambito della ponderazione degli interessi, in merito alla conformità con il RGPD delle condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa e della loro attuazione.

b) In caso affermativo: se, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, ciò valga anche qualora, nel contempo, l'autorità di controllo capofila competente ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottoponga le condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa ad un procedimento di indagine.

Per poter rispondere affermativamente alla settima questione, occorre prima rispondere alle questioni da 3 a 5 per quanto riguarda i dati generati dall'utilizzo del servizio Instagram, appartenente al gruppo. [Or. 6]

Motivazione

I.

La seconda ricorrente (in prosieguo anche: «Facebook Ireland») gestisce in Europa il social network digitale Facebook.com, che è gratuito per gli utenti privati. La prima ricorrente è la sua società controllante americana. La terza ricorrente è una società tedesca consociata di Facebook Ireland, che la supporta nel settore della pubblicità, della comunicazione e delle relazioni pubbliche (in prosieguo, per le ricorrenti collettivamente, anche: «Facebook»).

L'utente privato può creare su Facebook.com una pagina personale di Facebook attraverso la quale può comunicare con terzi. Egli può, tra l'altro, pubblicare proprie notizie nella «sezione Notizie» (Newsfeed) della sua pagina Facebook e, a sua scelta, diffonderle pubblicamente tra i suoi amici di Facebook oppure nella sua rete, così come può ricevere messaggi nella sua «sezione Notizie» dai suoi amici di Facebook o da altri fornitori di contenuti e da altre aziende presenti su Facebook.com a cui si è abbonato. Inoltre, può visualizzare contenuti di siti e app di terzi nella sua «sezione Notizie» e nella «sezione Notizie» dei suoi amici di Facebook, premendovi i pulsanti dei «plug-in social» (in particolare «Mi piace» o «Condividi»). Tramite il pulsante «Facebook Login» e l'«Account Kit», l'utente può accedere a siti e app di terzi o crearvi un profilo usando semplicemente i suoi dati di registrazione di Facebook.

Facebook offre alle imprese l'integrazione dei pulsanti dei «plug-in social» (in particolare «Mi piace» e «Condividi»), così come del pulsante «Facebook Login» e dell'«Account Kit» nei loro siti e app, tramite interfacce predefinite da Facebook sotto la denominazione «Strumenti di Facebook Business». Tali interfacce supportano un flusso di dati sugli utenti diretto a Facebook.com che non dipende dall'effettiva attivazione dei pulsanti da parte degli utenti del sito o dell'app.

Facebook.com è finanziato dalla pubblicità online, che è personalizzata per il singolo utente del social network e che mira a mostrare all'utente le pubblicità che potrebbero interessargli in base al suo personale comportamento di consumo, ai suoi interessi, al suo potere d'acquisto e alle sue condizioni di vita. Gli inserzionisti possono utilizzare il servizio «Gestione Inserzionisti» per specificare il gruppo di riferimento desiderato e mostrare gli annunci agli utenti, così come trasmettere i loro elenchi di clienti [Or. 7] a Facebook in forma criptata ed affinare ulteriormente i loro annunci abbinandoli ai dati del social network. Con ulteriori strumenti di analisi e misurazione (rapporti pubblicitari e «Facebook Analytics»), che Facebook offre sempre nell'ambito degli «Strumenti di Facebook Business», gli inserzionisti possono misurare il successo della loro pubblicità e analizzare i propri servizi online, nonché ottenere statistiche aggregate sul loro gruppo di riferimento. Ciò avviene anche tramite l'integrazione di interfacce [«Pixel di Facebook» o «SDK» («software development kit»)], che registrano anche il comportamento dell'utente su siti e app di terzi, indipendentemente da una corrispondente azione dell'utente.

Il gruppo Facebook offre altri servizi oltre al social network, tra cui Instagram, un servizio a sua volta gestito in Europa da Facebook Ireland, finanziato dalla pubblicità e gratuito, per «condividere» foto e brevi videoclip; WhatsApp, gestito

in Europa da WhatsApp Ireland Ltd., non finanziato dalla pubblicità e gratuito, per l'invio e la ricezione di una varietà di media, quali ad esempio messaggi di testo, immagini, video, contatti, documenti, posizioni, messaggi vocali e chiamate; e Oculus, che è gestito in Europa dall'altra consociata, Facebook Technologies Ireland Ltd., per vendere occhiali e software di realtà virtuale. Fino al 13 marzo 2020, Facebook offriva anche il servizio Masquerade per modificare e «condividere» foto.

Premendo il pulsante «Iscriviti», gli utenti privati in Europa concludono un contratto di licenza d'uso avente ad oggetto Facebook.com, così accettando nel contempo le condizioni d'uso di Facebook Ireland. Secondo dette condizioni, Facebook Ireland tratta dati personali, come spiegato in particolare nelle normative sui dati e sui cookie adottate da Facebook Ireland. Ai sensi di tali normative, Facebook Ireland raccoglie dati riferiti ad utenti e a dispositivi tramite le attività degli utenti all'interno e all'esterno del social network e li associa agli account Facebook.com dei relativi utenti. Le attività dell'utente che si svolgono al di fuori del social network riguardano, da un lato, le visite a siti e app di terzi che sono collegati a Facebook.com tramite interfacce di programmazione («Strumenti di Facebook Business») e, dall'altro, l'utilizzo degli altri servizi appartenenti a Facebook, ossia Instagram, WhatsApp e Oculus, in relazione ai quali un trattamento dei dati avviene «attraverso le altre aziende e prodotti di Facebook».

[Or. 8]

Con decisione del 6 febbraio 2019, il Bundeskartellamt ha vietato alle ricorrenti e alle imprese ad esse collegate ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni alla concorrenza; in prosieguo: il «GWB») il trattamento di dati previsto dalle condizioni d'uso e l'attuazione di queste ultime, ai sensi degli articoli 19, paragrafo 1, e 32, del GWB, e ha imposto misure correttive. Il divieto riguarda il ricorso alle condizioni d'uso, compresa la loro specificazione in normative sui dati e sui cookie, che consentono l'uso della rete Facebook.com da parte di utenti privati residenti in Germania a condizione che Facebook Ireland possa raccogliere dati relativi agli utenti e ai loro dispositivi generati dall'uso di Instagram, WhatsApp, Oculus e Masquerade e dall'accesso a siti o app di terzi, tramite gli «Strumenti di Facebook Business», collegarli con i loro dati di Facebook.com e utilizzarli, senza il consenso degli utenti (punto 1 del dispositivo della decisione). Inoltre, il Bundeskartellamt ha vietato alle ricorrenti e alle imprese ad esse collegate ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, del GWB di dare attuazione a dette condizioni effettuando operazioni di trattamento dei dati da parte di Facebook Ireland sulla base delle normative sui dati e sui cookie (punto 2 del dispositivo della decisione) e ha obbligato le ricorrenti e le imprese ad esse collegate ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, del GWB ad adattare le condizioni d'uso e la loro attuazione, chiarendo espressamente che i dati relativi agli utenti e ai loro dispositivi generati dall'uso di Instagram, WhatsApp, Oculus e Masquerade, nonché dagli «Strumenti di Facebook Business» non saranno raccolti, collegati all'account Facebook.com e utilizzati, se non con il consenso degli utenti (punto 3 del dispositivo della decisione). Infine, al punto 4 [del dispositivo] della sua decisione, il

Bundeskartellamt ha chiarito che il consenso dell'utente non sussiste se dalla sua manifestazione dipende la messa a disposizione di Facebook.com.

L'11 febbraio 2019, le ricorrenti hanno presentato un ricorso contro la decisione del Bundeskartellamt dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land di Düsseldorf) nei tempi e nelle forme prescritte.

Su iniziativa della Commissione europea e delle associazioni nazionali di tutela dei consumatori degli Stati membri, il 31 luglio 2019 Facebook Ireland ha introdotto nuove condizioni d'uso – sostanzialmente identiche – che dichiarano esplicitamente, al punto 2, che, invece di pagare per l'uso dei prodotti di Facebook, l'utente accetta che Facebook possa mostrare inserzioni pubblicitarie. Dal 28 gennaio 2020, Facebook offre in tutto il mondo la cosiddetta [Or. 9] Off-Facebook Activity (in prosieguo: l'«OFA») che permette agli utenti di Facebook di visualizzare una sintesi delle informazioni che Facebook riceve riguardo alle loro attività su altri siti e app e di scollegare tali dati dal loro account Facebook.com per il passato e per il futuro, se lo desiderano.

II.

Le disposizioni di diritto tedesco rilevanti per la valutazione del procedimento principale sono formulate come segue:

Articolo 19, paragrafo 1, del GWB, nella versione in vigore fino al 18 gennaio 2021:

(1) È vietato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato tramite una o più imprese.

Articolo 19, paragrafo 1, del GWB, nella versione vigente a partire dal 19 gennaio 2021:

(1) È vietato l'abuso di posizione dominante sul mercato tramite una o più imprese.

Articolo 32, paragrafo 1, del GWB:

(1) L'autorità garante della concorrenza può obbligare le imprese o associazioni di imprese a porre fine a un'infrazione alle disposizioni della presente parte o degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

III.

L'accoglimento del ricorso di Facebook Ireland – che, in seguito all'interruzione del servizio di Masquerade e alla dichiarazione del Bundeskartellamt di non far discendere più alcun diritto in tal senso dalla decisione impugnata, è ora esclusivamente diretto contro la decisione nel suo insieme – dipende dalla risposta alle questioni pregiudiziali sollevate nel dispositivo della decisione. Prima che

venga presa una decisione sul merito del ricorso, è quindi necessario sospendere il procedimento e ottenere una pronuncia pregiudiziale dalla Corte di giustizia dell'Unione europea [in prosieguo anche: la «CGUE»] ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in prosieguo: il «TFUE»).

1. Il Bundeskartellamt ha motivato il suo provvedimento, fondato sugli articoli 19, paragrafo 1, e 32 del GWB, adducendo esclusivamente il fatto che il trattamento dei dati – basato sui servizi del gruppo offerti separatamente rispetto a Facebook.com e sugli «Strumenti di Facebook Business» –, quale previsto nelle condizioni d'uso ed effettuato, costituisce uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato dei social network per utenti privati in Germania, nella forma di un abuso di condizioni contrattuali ai sensi della clausola generale di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del GWB [Or. 10]. Infatti, un simile trattamento dei dati, che sarebbe frutto del potere di mercato, violerebbe il RGPD in quanto non sussisterebbero sufficienti giustificazioni ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, e 9, paragrafo 1, del RGPD. Inoltre, l'abuso comporterebbe effetti escludenti a danno dei concorrenti sul mercato dei social network e su mercati terzi. Un'ulteriore ponderazione degli interessi alla luce della normativa sulla concorrenza sarebbe superflua, e porterebbe peraltro allo stesso risultato di un bilanciamento degli interessi in base alla normativa sulla protezione dei dati. Poiché il concetto di protezione sviluppato dalla giurisprudenza tedesca relativamente alla clausola generale di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del GWB non ha ancora trovato alcun equivalente nella giurisprudenza e nella pratica applicativa europee, la decisione si fonderebbe solo sull'articolo 19, paragrafo 1, del GWB, che è più restrittivo al riguardo rispetto all'articolo 102 TFUE.

Il provvedimento del Bundeskartellamt dovrà essere annullato nella parte in cui è diretto contro la prima e la terza ricorrente e contro tutte le imprese collegate alle ricorrenti ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, del GWB, poiché queste ultime non erano parti del procedimento amministrativo e non hanno ottenuto di essere ascoltate. Inoltre, il provvedimento non contiene alcuna considerazione valutativa che spieghi il coinvolgimento della prima e della terza ricorrente, e la valutazione richiesta dall'articolo 32, paragrafo 1, del GWB non può essere effettuata per la prima volta nel corso del procedimento d'impugnazione. Per quanto riguarda Facebook Ireland, la scrivente Sezione rileva invece quanto segue:

- a) Facebook Ireland è dominante sul mercato qui rilevante dei servizi di social network digitali per utenti privati, che, ai fini del controllo sugli abusi, può essere circoscritto all'ambito nazionale, a causa degli effetti di rete prodottisi prevalentemente all'interno della Germania, secondo quanto pacificamente rilevato dal Bundeskartellamt. Ad essa si applica quindi l'articolo 19, paragrafo 1, del GWB.
- b) Una violazione del RGPD attraverso le condizioni d'uso di Facebook Ireland e la loro attuazione può costituire un abuso di condizioni contrattuali a danno degli utenti privati, ai sensi della clausola generale di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del GWB. Infatti, l'articolo 19 del GWB – proprio come l'articolo 102 TFUE –

protegge i consumatori non solo indirettamente da una distorsione delle condizioni di concorrenza dovuta al potere di mercato, ma anche direttamente dallo sfruttamento da parte di un'impresa in posizione dominante sul mercato, indipendentemente dagli effetti sul regime della concorrenza [v. sentenza della CGUE del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04, EU:C:2007:166, punto 106; **[Or. 11]** sentenza del Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania; in prosieguo anche: il «BGH») del 7 dicembre 2010, *Entega II*, 5/10, punto 55]. Il danno rilevante per la concorrenza consisterebbe in una violazione della libertà degli utenti di disporre dei propri dati personali, protetta dal RGPD. Un'analisi comparativa del mercato e il requisito di una significativa divergenza tra costo e prezzo relativamente alle condizioni contrattuali fornite – richiesti per stabilire se un prezzo sia abusivamente eccessivo ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, punto 2, del GWB – non occorrono se l'accusa di abuso configura una violazione (rilevante) del diritto (v. sentenza del BGH del 6 novembre 2013, *VBL-Gegenwert I*, 58/11, punto 66). In tal caso, non c'è neanche alcun margine per la ponderazione degli interessi, in linea di principio richiesta anche dalla clausola generale di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del GWB (v. sentenza del BGH del 7 giugno 2016, *Pechstein/International Skating Union*, 6/15, DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0, punto 48). Il nesso causale tra abuso e potere di mercato – necessario ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del GWB, nonché dell'articolo 102, comma 1, TFUE (v. sentenze della CGUE del 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commissione* o *Tetra Pak II*, C-333/94, EU:C:1996:436, punto 27; del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Commissione*, C-27/76, EU:C:1978:22, punti da 248 a 257; e ordinanza del BGH del 23 giugno 2020, *Facebook*, 69/19, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0, punto 73) – sussisterebbe sia in un senso riconducibile ad una condotta più ampiamente intesa, poiché in un regime di concorrenza effettiva Facebook Ireland non porrebbe ragionevolmente condizioni per un trattamento dei dati in contrasto con il RGPD, sia in un senso riconducibile al risultato, in quanto gli utenti si ritrovano in pratica senza alternative se la violazione è commessa da un'impresa quasi monopolista, quale Facebook Ireland, sebbene anche imprese non in posizione dominante possano violare il RGPD (v. anche sentenze [della CGUE] del 5 ottobre 1988, *Alsatel*, C-247/86, EU:C:1988:469; e del 27 marzo 1974, *BRT e a.*, C-127/73, EU:C:1974:25, in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea non mette in discussione il nesso tra abuso e potere di mercato). In caso di abuso, Facebook Ireland non può invocare un privilegio di gruppo ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2, del GWB (v. sentenza della CGUE del 24 ottobre 1996, *Viho/Commissione*, C-73/95 P, punto 17; ordinanza del BGH del 6 novembre 2012, *Gasversorgung Ahrensburg*, 54/11, punti 19 e 22; e sentenza del BGH del 23 giugno 2009, *Entega I*, 21/08, punto 16).

c) Il provvedimento è formalmente illegittimo poiché il Bundeskartellamt, in violazione dell'articolo 3, paragrafo 1, seconda frase, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato **[Or. 12]** (in prosieguo: il «regolamento di applicazione»), non ha preso in esame l'articolo 102, comma 1, TFUE, nonostante la posizione dominante di Facebook Ireland in

Germania corrisponda ad una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato interno ai sensi dell'articolo 102, comma 1, TFUE (v. sentenze della CGUE del 23 aprile 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punto 28; e del 9 novembre 1983, Michelin/Commissione, C-322/81, EU:C:1983:313, punto 28). Inoltre, sulla base della constatazione che la violazione del RGPD comporta «effetti di esclusione reali e potenziali a danno dei concorrenti» (punto 885 della decisione del Bundeskartellamt), si sarebbe dovuto presupporre anche l'esistenza del requisito dell'interstatalità di cui all'articolo 102, comma 1, TFUE (v. sentenze della CGUE del 23 aprile 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punto 32; e del 9 novembre 1983, Michelin, C-322/81, EU:C:1983:313, punto 104). (OMISSIS) [elaborazione] A causa del (OMISSIS) fondato parallelismo tra l'articolo 19, paragrafo 1, del GWB e l'articolo 102, comma 1, TFUE (v. sentenze del BGH dell'8 aprile 2014, VBL-Versicherungspflicht, 53/12, punto 46; e del 6 novembre 2013, VBL-Gegenwert I, 58/11, punto 51), l'errore procedurale è tuttavia irrilevante se il provvedimento è legittimo ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del GWB, ed esso non comporta alcuna ulteriore significativa illegittimità se esso è illegittimo ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del GWB.

d) Pertanto, ciò che rileva è se il Bundeskartellamt disponga o meno del potere di svolgere accertamenti circa una possibile violazione del RGPD da parte delle condizioni d'uso di Facebook Ireland e della loro attuazione, nonché di imporre le misure correttive disposte contro una siffatta violazione. **[Or. 13]**

aa) La questione pregiudiziale sub 1 a) mira a chiarire se sia compatibile con le norme sulla competenza, sulla cooperazione e sulla coerenza di cui agli articoli 51 e seguenti del RGPD, e in particolare con l'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD, nonché con le disposizioni sui poteri di cui agli articoli 57 e 58 del RGPD, il fatto che il Bundeskartellamt, nell'ambito dell'esercizio di un controllo degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza, constati una violazione del RGPD da parte delle condizioni d'uso di Facebook Ireland e della loro attuazione e disponga misure correttive. Infatti, il Bundeskartellamt non è un'autorità di controllo ai sensi del RGPD, e l'autorità di controllo capofila ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD è l'autorità di controllo irlandese, poiché Facebook Ireland è la filiale principale di Facebook in Europa, gestisce il social network in Europa, applica condizioni d'uso uniformi in tutti gli Stati membri dell'Unione ed è titolare del trattamento dei dati personali per l'intero territorio dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 4, punto 7, del RGPD.

Per quanto riguarda la possibilità di una tutela di diritto civile ai sensi dell'articolo 82 del RGPD e, in particolare, la possibilità di altre sanzioni ai sensi dell'articolo 84, paragrafo 1, del RGPD, di cui occorre tenere conto in tale contesto, la scrivente Sezione sottolinea che gli articoli 19 e 32 del GWB non rientrano tra le disposizioni che la Germania ha notificato alla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, paragrafo 2, del RGPD (punto 201 della motivazione del ricorso).

bb) Assumendo la conformità con le regole di competenza di cui al RGPD degli accertamenti del Bundeskartellamt – nell'ambito dell'esercizio di un controllo

degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza – circa una violazione del RGPD attraverso le condizioni d’uso e la loro attuazione, e della corrispondente sanzione, la questione pregiudiziale sub 1 b) intende chiarire se ciò sia compatibile con il principio di leale cooperazione sancito dall’articolo 4, paragrafo 3, TUE, qualora l’autorità di controllo capofila ai sensi dell’articolo 56, paragrafo 1, del RGPD stia già esaminando una tale violazione. Infatti, nel caso di specie, secondo le pacifiche dichiarazioni di Facebook (punti 188 e 217 della motivazione del ricorso), l’autorità di controllo irlandese, in cooperazione con altre autorità di controllo interessate nell’Unione, si stava già occupando di una possibile violazione del RGPD da parte del trattamento dei dati di Facebook Ireland al momento dell’adozione della decisione amministrativa, e ancora continua a farlo.

e) Ammesso che, nell’ambito dell’esercizio di un controllo degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza, il Bundeskartellamt possa svolgere accertamenti in merito ad una violazione del RGPD da parte delle condizioni d’uso di Facebook Ireland e della loro attuazione ed adottare misure correttive, si pone **[Or. 14]** inoltre la questione se le condizioni d’uso (specificate nelle normative sui dati e sui cookie) per il trattamento dei dati provenienti dagli altri servizi del gruppo e dagli «Strumenti di Facebook Business» (in prosieguo complessivamente anche: «dati off-Facebook») e la loro attuazione violino il RGPD, e se il Bundeskartellamt possa vietare le condizioni d’uso e la loro attuazione, e proibire tale trattamento dei dati se non in presenza di uno specifico consenso degli utenti, dal quale non deve dipendere l’uso di Facebook.com.

aa) Il Bundeskartellamt stima giustamente che i dati off-Facebook siano dati personali ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 1, del RGPD [v. sentenze della CGUE del 19 ottobre 2016, Breyer, C-582/14, punto 49; del 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C-70/10, punto 51; e domanda di pronuncia pregiudiziale del BGH del 5 ottobre 2017, Cookie Einwilligung I, 7/16, DE:BGH:2017:51017BIZR7.16.0, punto 23 (corrispondente alla causa dinanzi alla CGUE, Planet49, C-673/17), che l’utilizzo dei dati ai fini della personalizzazione della rete e della pubblicità costituisca una «profilazione» ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 4, del RGPD e che Facebook Ireland sia il titolare del trattamento dei dati ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 7, del RGPD (v. sentenza della CGUE del 29 luglio 2019, FashionId, C-40/17, EU:C:2019:629, punto 84).

bb) Il Bundeskartellamt ritiene correttamente – anche alla luce del punto 2 delle nuove condizioni d’uso del 31 luglio 2019 – che premendo il pulsante «Iscriviti» non venga espresso alcun consenso al trattamento dei dati off-Facebook, ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD (v. sentenza della CGUE del 1° ottobre 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, punti 58 e seguenti) e che il consenso degli utenti, ottenuto da Facebook Ireland per l’utilizzo dei dati provenienti dagli «Strumenti di Facebook Business» ai fini di annunci pubblicitari personalizzati, riguardi solo *l’utilizzo* dei dati a tale scopo, ma non in generale la raccolta e il collegamento con l’account Facebook.com. Il Bundeskartellamt ritiene inoltre correttamente che né la possibilità di bloccare il

posizionamento di cookie o di cancellarli nel dispositivo terminale o nel navigatore internet (browser) dell'utente, né la possibilità di reimpostare gli ID pubblicitari nel sistema operativo del dispositivo mobile, né la funzione OFA introdotta alla fine di gennaio 2020 soddisfino i requisiti per un consenso ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD. **[Or. 15]**

cc) Il trattamento dei dati off-Facebook quale previsto nelle condizioni d'uso e la sua attuazione – anche all'interno del gruppo – è lecito se ricorre almeno uno dei motivi di giustificazione di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere da a) a f), del RGPD. Inoltre, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è già pronunciata sulla precedente disposizione di cui all'articolo 7 della direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati, nel senso che quest'ultimo prevede un elenco esaustivo e tassativo dei casi in cui il trattamento dei dati personali può essere considerato lecito e che gli Stati membri non possono né aggiungere a tale articolo nuovi principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali, né prevedere requisiti supplementari che vengano a modificare la portata di uno dei principi ivi previsti (v. sentenze della CGUE del 29 luglio 2019, FashionId, C-40/17, EU:C:2019:629, punto 55; del 19 ottobre 2016, Breyer, C-582/14, punto 57; e del 24 novembre 2011, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, C-468/10 e C-469/10, EU:C:2011:777, punti 30 e 32). Pertanto, ciò che rileva è se il trattamento dei dati off-Facebook, quale previsto dalle condizioni d'uso ed effettuato, possa essere sempre solo giustificato da un consenso. Infatti, solo in tale ipotesi il Bundeskartellamt potrebbe vietarlo, se non in presenza di un consenso, conformemente alla legislazione sulla protezione dei dati.

(1) Per quanto d'interesse in questa sede, nell'ambito del suo social network Facebook Ireland offre – ai sensi del punto 1 delle sue attuali condizioni d'uso (allegato 9 al ricorso), alla voce «Servizi offerti da Facebook» – essenzialmente le seguenti prestazioni contrattuali: 1) personalizzazione dei contenuti; 2) annunci pubblicitari personalizzati; 3) sicurezza degli utenti e della rete; 4) miglioramento dei prodotti; e 5) l'utilizzo coerente e senza interruzioni dei prodotti delle imprese appartenenti a Facebook.

Facebook Ireland raccoglie dati relativi agli utenti e ai loro dispositivi, generati dall'utilizzo dei servizi appartenenti al gruppo e dagli «Strumenti di Facebook Business» – quali dettagliati nella sua normativa sui dati (allegato 10 al ricorso) sotto il titolo «Quali tipi di informazioni raccogliamo?» –, li combina con i dati raccolti e memorizzati grazie all'utilizzo di Facebook.com, e li utilizza – come spiegato alla voce «Come usiamo queste informazioni?» – per la fornitura, la personalizzazione e il miglioramento dei suoi prodotti; la fornitura di misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende; la promozione di sicurezza, integrità e protezione; la comunicazione con gli utenti; e la ricerca e l'innovazione per il bene della società, e svolge tali operazioni «nelle Aziende di Facebook», secondo quanto spiegato **[Or. 16]** alla voce «Come collaborano le Aziende di Facebook?».

In conformità con la sua normativa sui cookie (allegato 11 al ricorso), Facebook Ireland imposta i cookie o utilizza altre tecnologie di memorizzazione quando si utilizzano i suoi servizi e si visitano siti e app di terzi che hanno integrato gli «Strumenti di Facebook Business», e, senza alcuna ulteriore azione da parte dell'utente, raccoglie dati relativi a quest'ultimo e al dispositivo, che utilizza per fornire i propri servizi e per scopi di sicurezza, di pubblicità e di analisi.

I tipi di dati raccolti e utilizzati nel dettaglio possono essere trovati nella normativa sui dati alla voce «Quali tipi di informazioni raccogliamo?» (allegato 10 al ricorso) e al punto 2, lettere da a) a d), del dispositivo della decisione del Bundeskartellamt.

Nella sua normativa sui dati, alla voce «Quali sono le nostre basi legali per il trattamento dei dati?» (allegato 10 al ricorso), Facebook Ireland invoca tutti i motivi di giustificazione di cui all'articolo 6, paragrafo 1, del RGPD. Alla voce «Scopi di più su queste basi legali» (allegato 12 al ricorso), Facebook Ireland fa riferimento a un *consenso* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del RGPD per: 1) il trattamento di dati sottoposti a protezione speciale forniti dall'utente nel suo profilo Facebook.com, per poterli condividere con i soggetti di sua scelta e personalizzare i contenuti; 2) l'uso della tecnologia di riconoscimento facciale; 3) l'uso di dati forniti da inserzionisti e partner in merito all'attività degli utenti al di fuori dei prodotti Facebook, al fine di personalizzare gli annunci pubblicitari; 4) la condivisione di informazioni di identificazione personale con gli inserzionisti; e 5) la raccolta di informazioni che l'utente consente a Facebook di ricevere attraverso le impostazioni del dispositivo attivate dall'utente (posizione GPS, fotocamera, foto). A tali scopi, Facebook Ireland ottiene dagli utenti uno specifico consenso o offre loro la possibilità di rinunciare (nel caso del riconoscimento facciale).

Nel citato documento (allegato 12 al ricorso), Facebook Ireland invoca la giustificazione della necessità per *l'esecuzione del contratto* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD per: 1) fornire, personalizzare e migliorare i suoi prodotti; 2) promuovere sicurezza, integrità e protezione; 3) **[Or. 17]** trasferire i dati al di fuori dello Spazio economico europeo (in prosieguo: il «SEE»); 4) comunicare con l'utente; e 5) offrire esperienze coerenti e senza interruzioni su tutti i prodotti Facebook.

Per quanto riguarda il motivo di giustificazione relativo agli interessi legittimi, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, Facebook Ireland fa riferimento: 1) ai minori; 2) alla fornitura di misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende; 3) a comunicazioni di marketing; 4) a ricerca e innovazione per il bene della società; e 5) alla condivisione di informazioni con altri, incluse le autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge, e in risposta a richieste legali.

Inoltre, Facebook Ireland invoca i motivi di giustificazione relativi alla conformità con un obbligo legale [articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del RGPD], alla

protezione degli interessi vitali [articolo 6, paragrafo 1, lettera d), del RGPD] e ad attività eseguite nel pubblico interesse [articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD] (v. in dettaglio l'allegato 12 al ricorso).

(2) Un consenso sarebbe necessario se e nei limiti in cui la raccolta, il collegamento all'account di Facebook.com e l'utilizzo dei cosiddetti dati off-Facebook riguardassero il trattamento di categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, e non rilevasse alcun altro motivo di autorizzazione oltre al consenso di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD.

(a) La questione pregiudiziale sub 2 a) è diretta a chiarire se, come ritiene il Bundeskartellamt (punti 584 e seguenti della sua decisione), quando si raccolgono dati sulle visite a siti e ad app di terzi tramite gli «Strumenti di Facebook Business», cookies e altre tecnologie di memorizzazione, e/o si collegano con l'account Facebook.com dell'utente e/o si utilizzano, vi sia un trattamento di dati sensibili ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, se i siti o le app in questione fanno riferimento ai criteri di cui al paragrafo 1, come ad esempio nel caso di app di incontri, di siti per incontri omosessuali, siti di partiti politici o relativi alla salute (punto 587 della decisione del Bundeskartellamt).

Inoltre, occorre chiarire se i dati relativi alla visita al sito o all'app siano di per sé sufficienti, o se l'utente debba anche avervi immesso determinate informazioni (ad esempio se si debba essere registrato o debba aver effettuato un ordine), e come vadano interpretati i termini «dati (...) che rivelino» ai sensi della prima categoria di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, e «dati» ai sensi della seconda categoria di dati nella stessa disposizione [Or. 18]. La formulazione relativa alla prima categoria di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD [«dati (...) che rivelino»] potrebbe suggerire che in tal caso sia vietato di per sé il trattamento dei «dati di base» – ossia, ad esempio, la visita della pagina o le informazioni immesse dall'utente –, a seconda di quando essi «rivelino» dati sensibili. Al contrario, per la seconda categoria di dati di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, sembra essere vietato solo il trattamento dei dati sensibili veri e propri, cosicché ciò che rilevarebbe sarebbe se la visita di pagine corrispondenti o l'inserimento di informazioni corrispondenti dell'utente possano o meno rappresentare di per sé dati sensibili. Tuttavia, la distinzione è nuovamente relativizzata dalla definizione giuridica di cui all'articolo 4, punto 15, del RGPD, in quanto i dati relativi alla salute possono essere anche dati che «rivelano» informazioni relative allo stato di salute. Occorre anche chiarire se, ai fini della valutazione, sia rilevante la finalità di utilizzo, ossia quindi, nel caso di specie, ad esempio, la personalizzazione del social network e della pubblicità, la sicurezza della rete, il miglioramento dei servizi, la fornitura di servizi di misurazione e di dati statistici per i partner pubblicitari, la ricerca per il bene della società, la risposta a richieste legali e l'adempimento ad obblighi legali, la protezione degli interessi vitali di utenti e di terzi e l'esecuzione di attività nel pubblico interesse.

(b) Per quanto riguarda i dati sensibili di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, la questione pregiudiziale sub 2 b) vuole chiarire se l'utente li abbia resi manifestamente pubblici accedendo al sito o all'app e/o inserendovi informazioni e/o premendo i pulsanti ivi integrati, offerti da Facebook Ireland, ossia i «plug-in social» («Mi piace», «Condividi») o il pulsante «Facebook Login» o l'«Account Kit» [articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD], con ciò perdendo la specifica protezione di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, senza che occorra un consenso ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD. Ulteriori motivi di consenso di cui all'articolo 9, paragrafo 2, del RGPD sono nella fattispecie irrilevanti a causa del settore di attività di Facebook, o non sono in ogni caso invocati da Facebook, né, in particolare, elencati nelle condizioni d'uso.

(3) Inoltre, alla raccolta di dati da parte di Facebook Ireland – tramite cookie e simili tecnologie di memorizzazione nei dispositivi finali degli utenti, quando questi utilizzano gli altri servizi del gruppo e accedono a siti e app in cui sono integrati gli «Strumenti di Facebook Business» – si applica l'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). Come ha stabilito il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia), il RGPD non influisce sull'applicabilità di detta norma, per cui l'articolo 15, paragrafo 3, prima frase, del Telemediengesetz (legge tedesca sui servizi di telecomunicazione; in prosieguo: il «TMG»), che recepisce la direttiva 2002/58/CE, rimane applicabile e va interpretato alla luce della direttiva, nel senso che il consenso dell'utente è richiesto per l'uso di cookie finalizzati a creare profili utente a scopi pubblicitari o di ricerca di mercato (v. sentenza del BGH del 28 maggio 2020, Cookie Einwilligung II, 7/16, punti 47 e seguenti; v. anche sentenze della CGUE del 1° ottobre 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, punti 38 e seguenti; e del 29 luglio 2019, FashionId, C-40/17, EU:C:2019:629, punti 88 e seguenti). Tuttavia, se il consenso ottenuto per utilizzare dati dei partner ai fini della visualizzazione di pubblicità personalizzata sia sufficiente a tale scopo non è più rilevante nel caso di specie, poiché il Bundeskartellamt ha motivato una violazione da parte di Facebook del divieto di abuso di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza previsto dall'articolo 19, paragrafo 1, del GWB adducendo solo una violazione del RGPD da parte del suo trattamento dei dati e non anche una violazione dell'articolo 15, paragrafo 3, prima frase, del TMG.

(4) Per quanto l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD consenta di fare a meno di un consenso – ossia per il trattamento di dati provenienti dagli altri servizi del gruppo per i quali il Bundeskartellamt non ha rilevato un trattamento di dati potenzialmente sensibili ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del RGPD, e per il trattamento di dati tramite gli «Strumenti di Facebook Business» se tali dati non sono sensibili o sono stati manifestamente resi pubblici dall'utente –, ciò che rileva è se, e in che limiti, Facebook Ireland possa invocare altri motivi di giustificazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del RGPD per il trattamento dei dati off-Facebook. La scrivente Sezione ritiene che, in caso di una manifesta

divulgazione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD, venga meno solo il divieto di trattamento di cui al paragrafo 1 della norma, ma non la necessità di una giustificazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, del RGPD (v. considerando 51, pag. 5).

(a) La terza questione è diretta a chiarire se, quando Facebook Ireland offre, come menzionato sopra, 1) la personalizzazione dei contenuti; 2) la visualizzazione di pubblicità personalizzata; 3) la sicurezza dell'utente e della rete; 4) il miglioramento del prodotto; e 5) l'utilizzo coerente e senza interruzioni dei prodotti delle imprese Facebook come prestazione contrattuale, possa invocare la giustificazione della necessità per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD o la **[Or. 20]** giustificazione dei legittimi interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, se raccoglie i dati off-Facebook a tali scopi, li collega all'account Facebook.com degli utenti e li utilizza.

Secondo la scrivente Sezione, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sul requisito della necessità (v. sentenza della CGUE del 4 maggio 2017, Rigas satiksme, C-13/16, punto 30) e le considerazioni del Comitato europeo per la protezione dei dati nei suoi orientamenti 2/19 (punti 2, 26 e seguenti, 48 e seguenti, 57; allegato 42B al ricorso) suggeriscono fortemente che un trattamento dei dati finalizzato ad inserzioni pubblicitarie personalizzate che non richiedano cookie, alla sicurezza degli utenti e della rete e al miglioramento dei prodotti, può essere al massimo nel legittimo interesse dell'azienda. Invece, di conseguenza, sembra ragionevole considerare il trattamento dei dati finalizzato alla personalizzazione dei contenuti e, eventualmente, anche all'utilizzo coerente e senza interruzioni dei prodotti delle imprese Facebook, nel caso di Facebook Ireland, come necessario per l'esecuzione del contratto.

Pertanto, ad esempio, il trattamento dei dati WhatsApp per la sicurezza degli utenti e della rete potrebbe rispondere al legittimo interesse di Facebook Ireland poiché, secondo quanto dichiarato alla voce «Come collaborano le Aziende di Facebook?» della normativa sui dati (allegato 10 al ricorso), tale impresa utilizza le informazioni degli account WhatsApp che inviano spam per intraprendere azioni contro detti account su Facebook.com. Invece, per il resto, esso non sarebbe né necessario per l'esecuzione del contratto, né giustificato da altri interessi legittimi, in quanto Facebook Ireland non utilizza i dati WhatsApp per scopi relativi al prodotto e di personalizzazione su Facebook.com (punto 746 della decisione del Bundeskartellamt).

Il trattamento dei dati di Instagram, nei limiti in cui è diretto alla personalizzazione dei contenuti e all'utilizzo continuativo dei prodotti di Facebook (in modo che le persone o i contenuti possano essere visualizzati dall'utente su Facebook.com in quanto potenzialmente di suo interesse anche su tale piattaforma), potrebbe essere necessario per l'esecuzione del contratto o, in ogni caso, rispondere ai legittimi interessi di Facebook Ireland. Tale trattamento dei dati potrebbe essere nel legittimo interesse dell'azienda anche se finalizzato a

mostrare pubblicità personalizzata, alla sicurezza della rete e al miglioramento dei prodotti. In particolare, ad esempio, Facebook Ireland sostiene di utilizzare i dati di Instagram relativi ad account con comportamenti discutibili o chiaramente coinvolti in attività illegali al fine di garantire la sicurezza degli utenti di Facebook [Or. 21] (punto 465 della motivazione del ricorso). In linea di principio ciò potrebbe applicarsi anche al trattamento dei dati di Oculus, sebbene finora non ci siano riscontri sugli scopi specifici per cui tali dati vengano utilizzati su Facebook.com.

Il trattamento dei dati tramite gli «Strumenti di Facebook Business», in particolare i «plug-in social» «Mi piace» e «Condividi», nonché il pulsante «Facebook Login» e l'«Account Kit», potrebbe essere necessario per l'esecuzione del contratto o, in ogni caso, rispondere al legittimo interesse di Facebook Ireland, nei limiti in cui viene effettuato ai fini della personalizzazione dei contenuti e dell'utilizzo continuativo dei prodotti Facebook. Ciò potrebbe presupporre l'attivazione dei relativi pulsanti da parte degli utenti e limitarsi alle operazioni di trattamento dei dati richieste di volta in volta. Indipendentemente dal fatto che i pulsanti vengano premuti, la raccolta dei dati e il loro collegamento all'account di Facebook.com potrebbe rispondere al legittimo interesse di Facebook Ireland se l'utente ha acconsentito all'uso dei dati per mostrare pubblicità personalizzata. Anche la sicurezza della rete o il miglioramento dei prodotti potrebbero rispondere a interessi legittimi di Facebook Ireland al trattamento dei dati. Ad esempio, Facebook sostiene di utilizzare i dati dei «plug-in social» per rilevare, dal gran numero di pagine visitate in un tempo molto breve, se un bot stia cercando di aprire e gestire account Facebook (punto 465 della motivazione del ricorso).

(b) La quarta questione mira a chiarire se possano essere considerati interessi legittimi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD anche:

- la minore età dell'utente, ai fini della personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, del miglioramento dei prodotti, della sicurezza della rete e delle comunicazioni non commerciali con l'utente,
- la fornitura di misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende a inserzionisti, sviluppatori e altri partner, affinché questi possano valutare e migliorare le proprie prestazioni,
- l'offerta di comunicazioni di marketing con l'utente affinché Facebook Ireland possa migliorare i suoi prodotti e condurre marketing diretto,
- ricerca e innovazione per il bene della società per far progredire lo stato dell'arte o la comprensione scientifica relativamente a importanti temi sociali e per avere un impatto positivo sulla società e sul mondo,
- informazioni delle autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge e la risposta a richieste legali, al fine di prevenire, individuare e perseguire reati

penali, usi non autorizzati, violazioni delle condizioni d'uso e delle normative [aziendali] ed altri comportamenti dannosi, **[Or. 22]**

per quanto riguarda la raccolta, il collegamento all'account Facebook.com dell'utente e l'utilizzo dei dati off-Facebook a detti scopi.

In particolare, occorre chiarire se per i minorenni che non hanno raggiunto l'età di 16 anni – che non è stata abbassata in Germania ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, terza frase, del RGPD e che è necessaria per prestare un consenso indipendente ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del RGPD (articolo 8, paragrafo 1, del RGPD) – e che, secondo l'apparentemente unanime dottrina tedesca, non possono concludere autonomamente un contratto di licenza d'uso efficace con un social network ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD – essendo questo non puramente vantaggioso dal punto di vista giuridico a causa del trattamento dei dati [articolo 107 del Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco; in prosieguo: il «BGB»); v. Klumpp in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017 (commentario al codice civile tedesco, edizione aggiornata del 2017), articolo 107, paragrafo 30; Spickhoff in: MüKoBGB (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Commentario di Monaco al codice civile tedesco), 8ª edizione, 2018, articolo 107, paragrafo 82; Mansel in: Jauernig, BGB, 18ª edizione 2021, articolo 107, paragrafo 3] – e per i quali non vi è il necessario consenso dei genitori, Facebook Ireland possa invocare la giustificazione dell'esercizio dei legittimi interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD per il trattamento di dati provenienti dagli altri servizi del gruppo e dagli «Strumenti di Facebook Business».

Inoltre, occorre chiarire se il trattamento dei dati off-Facebook possa essere giustificato dall'interesse per la ricerca e l'innovazione a fini sociali, per far progredire lo stato dell'arte o la comprensione scientifica relativamente a importanti temi sociali e per avere un impatto positivo sulla società e sul mondo.

Al contrario, l'utilizzo di dati tramite gli «Strumenti di Facebook Business» per offrire misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende a inserzionisti, sviluppatori e altri partner affinché questi possano valutare e migliorare le proprie prestazioni, potrebbe in ogni caso rispondere al legittimo interesse di Facebook Ireland (e dei partner), laddove gli utenti abbiano acconsentito all'uso dei dati dei partner per visualizzare pubblicità personalizzata. Qualora il trattamento dei dati provenienti dagli altri servizi del gruppo e/o dagli «Strumenti di Facebook Business» fosse giustificato ai fini del miglioramento dei prodotti, ciò potrebbe valere anche per [il loro] utilizzo ai fini di comunicazioni di marketing con l'utente, in modo che Facebook possa migliorare i propri prodotti e condurre marketing diretto. **[Or. 23]**

Parimenti, la raccolta, il collegamento all'account di Facebook.com e l'utilizzo, oppure l'utilizzo di dati off-Facebook già altrimenti e legittimamente raccolti e collegati, per fornire informazioni alle autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge e risposte a richieste legali, al fine di prevenire,

individuare e perseguire reati penali, usi non autorizzati, violazioni delle condizioni d'uso e delle normative [aziendali] ed altri comportamenti dannosi, potrebbe rispondere ai legittimi interessi di Facebook Ireland.

Nel doveroso esercizio di bilanciamento potrebbe essere necessario prendere in considerazione – oltre al diritto legale di opposizione di cui all'articolo 21 del RGPD – che, per quanto riguarda gli «Strumenti di Facebook Business», i fornitori di siti terzi che li hanno integrati hanno la possibilità di ritardare il flusso di dati a Facebook Ireland fino a quando non hanno ottenuto il consenso degli utenti (punto 868 della decisione del Bundeskartellamt) e che, dal 28 gennaio 2020, Facebook offre la funzione OFA, che permette agli utenti di Facebook.com di visualizzare una sintesi delle informazioni che Facebook riceve riguardo alle loro attività su altri siti e app, nonché di scollegare tali dati dal loro account Facebook.com per il passato e per il futuro, se lo desiderano (punti 148 e seguenti della motivazione del ricorso).

(c) La quinta questione mira a chiarire se la raccolta, il collegamento all'account Facebook.com e l'utilizzo, oppure l'utilizzo dei dati off-Facebook già altrimenti e legittimamente raccolti e collegati possano essere giustificati in singoli casi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), del RGPD, ad esempio – come sostenuto da Facebook Ireland nel documento presentato come allegato 12 al ricorso – per rispondere ad una legittima richiesta di dati specifici [lettera c)], per contrastare comportamenti dannosi e promuovere la sicurezza [lettera d)], per la ricerca a beneficio della società e per promuovere la protezione, l'integrità e la sicurezza [lettera e)] – poiché anche in dette ipotesi il trattamento di tali dati non può essere subordinato in maniera assoluta e senza eccezione al consenso degli utenti –, o se una giustificazione del trattamento dei dati off-Facebook per detti motivi sia esclusa in linea di principio.

f) La questione se le condizioni per il trattamento dei dati e la loro attuazione, laddove illegali o ingiustificate, configurino anche un abuso escludente ai sensi della clausola generale di cui all'articolo 19, paragrafo 1, del GWB, a danno dei [Or. 24] concorrenti sul mercato dei social network per utenti privati o su altri mercati, non sarebbe quindi più decisiva.

g) Laddove il trattamento dei dati off-Facebook sia giustificabile solo in base a un consenso, la sesta questione pregiudiziale chiede di chiarire se, in generale, gli utenti possano prestare un valido consenso nei confronti di una società dominante come Facebook Ireland, ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD, come disposto dal Bundeskartellamt per rimediare all'asserita violazione, o se la manifestazione di libera volontà richiesta a tal fine dall'articolo 4, paragrafo 11, del RGPD debba essere sempre esclusa nei confronti di una società in posizione dominante come Facebook Ireland, anche quando l'esecuzione del contratto non dipende dal consenso al trattamento dei dati. Al riguardo si potrebbe rinviare al considerando 43, pag. 1.

2. La risposta alle questioni pregiudiziali non è superflua per il fatto che, nell'ambito del procedimento d'impugnazione, il Bundeskartellamt fonda il suo provvedimento «in via integrativa» (pag. 88 della memoria difensiva) sulla motivazione del Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) nel precedente procedimento d'urgenza (ordinanza del 23 giugno 2020, Facebook, 69/19, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0). Secondo il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia), l'utilizzo dei dati provenienti dall'uso degli altri servizi del gruppo e dagli «Strumenti di Facebook Business» imporrebbe all'utente di Facebook.com un'estensione dei servizi che egli «potrebbe non volere». Inoltre, le condizioni d'uso contestate, che non ci si aspetterebbe di trovare in condizioni di concorrenza effettiva, sarebbero idonee a ostacolare la concorrenza e l'estensione dei servizi si rivelerebbe abusiva in seguito ad una valutazione e ad una ponderazione complete degli interessi in gioco, in particolare in assenza di giustificazione ai sensi del RGPD. Infatti, il provvedimento non può essere mantenuto sulla base di tale motivazione già ampiamente per il fatto che il Bundeskartellamt non ha effettuato gli accertamenti necessari, almeno per quanto riguarda la condizione dell'idoneità ostativa del trattamento dei dati. Essa può essere seriamente presa in considerazione solo per il trattamento dei dati Instagram, ma anche al riguardo non si può prendere una decisione senza chiarire la settima questione pregiudiziale e, eventualmente, le questioni da 3 a 5.

a) Poiché il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia) sembra ritenere che il Bundeskartellamt possa ancora integrare detta motivazione nel suo provvedimento nell'ambito del procedimento d'impugnazione **[Or. 25]**, sebbene ciò comporterebbe che l'accusa di abuso si fondi quindi su una fattispecie diversa da una violazione del RGPD e che, inoltre, il consenso degli utenti richiesto nel dispositivo non sia quindi un consenso ai sensi del RGPD, ma un consenso diverso che potrebbe dover essere prestato in aggiunta al consenso di cui al RGPD, la scrivente Sezione esamina il provvedimento anche sotto il profilo di tale motivazione.

b) Il Bundeskartellamt è stato ampiamente carente nell'accertare, come necessario, se ricorra la condizione che il trattamento dei dati off-Facebook sia idoneo ad ostacolare i concorrenti. Sarebbe infatti necessaria la prova di un potenziale effetto anticoncorrenziale – sul mercato della rete, sotto il profilo della rete, ad esempio aumentando gli effetti di rete o migliorando i prodotti, oppure sotto il profilo della pubblicità, ad esempio possedendo dati più dettagliati, oppure sul mercato della pubblicità o su mercati terzi (comunque da delimitare nel dettaglio) – mentre la prassi di un'impresa in posizione dominante non può essere qualificata abusiva in assenza di un minimo effetto anticoncorrenziale sul mercato (v. sentenze della CGUE del 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione, C-457/10 P, punto 112; e del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, punto 64).

Poiché Facebook Ireland non utilizza i dati WhatsApp degli utenti di Facebook.com per scopi relativi alla personalizzazione e al prodotto su Facebook.com – e sostiene che non intende farlo in Europa – non risulta, né è

stato accertato dal Bundeskartellamt, che il trattamento dei dati WhatsApp sarebbe in qualche modo in grado di ostacolare i concorrenti sul mercato della rete o su un mercato pubblicitario o su un mercato di servizi di messaggeria. Inoltre, il Bundeskartellamt non ha neanche effettuato alcun accertamento relativamente a come i dati di Oculus degli utenti di Facebook.com siano utilizzati ai fini della rete di Facebook.com e siano in grado di ostacolare i concorrenti sul mercato della rete o sul mercato pubblicitario rilevante o sul mercato in cui Oculus è offerto. In pratica, l'elaborazione dei dati tramite gli «Strumenti di Facebook Business» sarà «eventualmente indesiderata» dagli utenti di Facebook.com solo se questi non attivano i «plug-in social» («Mi piace», «Condividi»), non utilizzano il pulsante «Facebook Login» o l'«Account Kit» e non hanno acconsentito alla visualizzazione di pubblicità personalizzata. Tuttavia, il Bundeskartellamt non ha nemmeno stabilito in che modo il trattamento dei dati tramite gli «Strumenti di Facebook Business» – che non venga effettuato né per la personalizzazione dell'uso di Facebook.com, né per l'utilizzo continuativo dei prodotti Facebook, né [Or. 26] per la visualizzazione di pubblicità personalizzata – possa essere idoneo ad ostacolare concorrenti sul mercato della rete, su un mercato pubblicitario o su mercati terzi, tanto più se gli utenti possono scollegare tali dati dal loro account Facebook grazie all'OFA.

c) Solo per quanto riguarda il trattamento dei dati Instagram degli utenti di Facebook.com si può seriamente considerare un'idoneità a ostacolare la concorrenza. Infatti, tali dati permettono di personalizzare l'utilizzo di Facebook.com, dove agli utenti sono suggerite persone che seguono su Instagram, e in tal senso può verificarsi un aumento degli effetti di rete; inoltre, in collegamento con i dati di Facebook.com degli utenti, essi vengono utilizzati per scopi pubblicitari e per il miglioramento dei prodotti su Facebook.com. Al fine di stabilire se, in un regime di concorrenza effettiva sul mercato dei social network, un tale trattamento dei dati incrociato fra servizi non si verificherebbe senza uno specifico consenso degli utenti e, in particolare, ai fini di una valutazione e di una ponderazione complete degli interessi in gioco – in base a cui stabilire se il comportamento di Facebook Ireland sia abusivo, sotto il profilo sia dello sfruttamento degli utenti, sia dell'ostacolo alla concorrenza (v. ordinanza del BGH del 23 giugno 2020, Facebook, 69/19, punti 98 e seguenti, DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0) – occorre rispondere alla settima questione pregiudiziale, se il Bundeskartellamt possa, almeno a tale scopo, effettuare accertamenti relativamente ad una violazione del RGPD da parte di tale trattamento dei dati, e, inoltre, alle questioni pregiudiziali da 3 a 5, se tale trattamento dei dati violi il RGPD, ossia se Facebook Ireland ricorra a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, (v. sentenze della CGUE del 6 ottobre 2015, Post Danmark, C-23/14, punti 29 e seguenti; e del 6 dicembre 2012, AstraZeneca/Commissione, C-457/10 P, punti 74 e seguenti).

(OMISSIS)