

Processo C-252/21

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

22 de abril de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

24 de março de 2021

Recorrentes:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Alemanha GmbH

Recorrido:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

DESPACHO

[Omissis]

No processo de concorrência

1. **Facebook Inc.**, [omissis] EUA,
2. **Facebook Ireland Ltd.**, [omissis] Irlanda,
3. **Facebook Deutschland GmbH**, [omissis] Hamburgo,

Recorrentes,

[Omissis]

contra

Bundeskartellamt, [omissis] Bona,

Recorrido,

Outros intervenientes:

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

Interveniente,

[Omissis]

A 1.^a secção de concorrência do Oberlandesgericht Düsseldorf
na audiência de 24 de março de 2021

[Omissis]

proferiu o seguinte despacho:

I.

A instância é suspensa.

II.

Submetem-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões relativas à interpretação do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regime Geral sobre a Proteção de Dados, a seguir também «RGPD») e relativas à interpretação do artigo 4.º, n.º 3, TUE:

1.

a) É compatível com os artigos 51.º e seguintes do RGPD que uma autoridade nacional de concorrência de um Estado-Membro, como o

Bundeskartellamt, que não é uma autoridade de controlo na aceção dos artigos 51.º e seguintes do RGPD e em cujo Estado-Membro uma empresa com sede fora da União Europeia possui um estabelecimento que dá apoio em matéria de publicidade, comunicação e relações públicas ao estabelecimento principal desta empresa sediado noutro Estado-Membro, que detém a responsabilidade exclusiva pelo tratamento de dados pessoais para todo o território da União Europeia, constata, no âmbito do controlo de abusos, que as condições contratuais do estabelecimento principal relativas ao tratamento de dados e a execução das mesmas violam o RGPD e profira uma decisão ordenando a cessação dessa infração?

b) Na afirmativa: isso é compatível com o artigo 4.º, n.º 3, TUE, se, ao mesmo tempo, a autoridade de controlo principal no Estado-Membro do estabelecimento principal, na aceção do artigo 56.º, n.º 1, do RGPD, sujeitar as condições contratuais relativas ao tratamento de dados daquele estabelecimento a um procedimento de investigação?

Em caso de resposta afirmativa à questão prejudicial 1:

2.

a) Deve entender-se que, no caso de um utilizador da Internet, quer se limite a aceder ou também introduza dados em páginas Web ou em aplicações de computador que estejam relacionadas com os critérios do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD, como aplicações de computador para contactos românticos, bolsas de parceiros homossexuais, páginas Web de partidos políticos, páginas Web relacionadas com a saúde, tanto no momento do registo como no momento da realização de encomendas, e outra empresa como a *Facebook Ireland*, através de interfaces integradas nas páginas Web e nas aplicações de computador, como as «*Facebook Business Tools*», ou de cookies instalados no computador ou no terminal móvel do utilizador da Internet ou de tecnologias de armazenagem semelhantes, recolha os dados relativos ao acesso às páginas Web e às aplicações de computador por parte do utilizador e os dados nelas introduzidos pelo utilizador, os cruze com os dados da conta do utilizador na *Facebook.com* e os utilize, está em causa o tratamento de dados sensíveis, na aceção daquela norma, no momento da recolha e/ou do cruzamento e/ou da utilização?

b) Na afirmativa: o acesso a estas páginas Web e aplicações de computador e/ou a introdução de dados e/ou a ativação dos botões ligados a estas páginas Web ou aplicações de computador («plugins sociais», tais como «gostos», «partilhas» ou «*Facebook Login*» ou «*Account Kit*») de um fornecedor como a *Facebook Ireland* equivale manifestamente a tornar públicos os dados sobre o acesso enquanto tal e/ou os dados introduzidos pelo utilizador, na aceção do artigo 9.º, n.º 2, alínea e), do RGPD?

3.

Pode uma empresa como a *Facebook Ireland*, que gere uma rede social digital, financiada por publicidade, e oferece, nas suas condições de utilização, a personalização dos conteúdos e da publicidade, a segurança da rede, o aperfeiçoamento dos produtos e a utilização contínua e ininterrupta de todos os produtos das empresas do grupo, invocar como justificação a necessidade para a execução do contrato, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD ou a garantia de interesses legítimos nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD, se para esses efeitos recolher dados provenientes de outros serviços de empresas do mesmo grupo e de páginas Web e aplicações de computador de terceiros através de interfaces integradas nas mesmas, como as «*Facebook Business Tools*», ou de cookies instalados no computador ou no terminal móvel do utilizador da Internet ou outras tecnologias de armazenagem, os cruzar com a conta do utilizador na *Facebook.com* e os utilizar?

4.

Nesse caso, podem igualmente

– o facto de os utilizadores serem menores, para efeitos de personalização dos conteúdos e de publicidade, aperfeiçoamento dos produtos, segurança da rede e comunicação não comercial com o utilizador,

– a disponibilização de medições, análises e outros serviços empresariais a clientes anunciantes, programadores e outros parceiros, para estes poderem avaliar e aperfeiçoar os seus serviços,

– a disponibilização de comunicação comercial com o utilizador, a fim de a empresa poder aperfeiçoar os seus produtos e realizar ações de marketing direto,

– a investigação e a inovação para fins sociais, a fim de promover o estado da tecnologia ou o conhecimento científico relativo a temas sociais relevantes e a fim de influenciar positivamente a sociedade e o mundo,

– as informações prestadas às autoridades criminais e de execução e a resposta a pedidos judiciais a fim de prevenir, detetar e perseguir crimes, a utilização indevida, violações contra as condições de utilização e de diretivas ou outros comportamentos lesivos,

consubstanciar interesses legítimos na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD se a empresa, para estes fins, recolher dados de outros serviços de empresas do mesmo grupo e de páginas Web e aplicações de computador de terceiros, através de interfaces integradas nas mesmas, como as «*Facebook Business Tools*», ou de cookies instalados no computador ou no terminal móvel do utilizador da Internet ou outras tecnologias de armazenagem, os cruzar com a conta *Facebook.com* do utilizador e os utilizar?

5.

Nesse caso, pode a recolha de dados dos outros serviços de empresas do mesmo grupo e de páginas Web e aplicações de computador de terceiros, através de interfaces integradas nas mesmas, como as «Facebook Business Tools», ou de cookies instalados no computador ou no terminal móvel do utilizador da Internet ou outras tecnologias de armazenagem, o cruzamento com a conta do utilizador na *Facebook.com* e a utilização de outros dados recolhidos e cruzados de forma legítima em casos individuais também ser justificado ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alíneas c), d) e e), do RGPD, por exemplo, a fim de dar resposta a um pedido legítimo de certos dados [alínea c)], impedir um comportamento lesivo e promover a segurança [alínea d)], para efeitos de investigação para o bem-estar da sociedade e para a promoção da proteção, da integridade e da segurança [alínea e)]?

6.

Pode ser apresentado a uma empresa com posição dominante no mercado como a *Facebook Ireland* um consentimento eficaz, livre, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea a) e do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD?

Em caso de resposta negativa à questão prejudicial 1:

7.

a) Pode uma autoridade nacional de concorrência de um Estado-Membro, como o Bundeskartellamt, que não é uma autoridade de controlo na aceção dos artigos 51.º e seguintes do RGPD e que constata que uma empresa com posição dominante no mercado violou a proibição de abuso em matéria de direito da concorrência, que não consiste na violação do RGPD pelas suas condições de tratamento de dados e respetiva implementação, averiguar, eventualmente no âmbito de uma ponderação de interesses, se as condições de tratamento dos dados desta empresa e a sua implementação estão em conformidade com o RGPD?

b) Na afirmativa, o mesmo é aplicável em relação ao artigo 4.º, n.º 3, TUE, no caso de, ao mesmo tempo, a autoridade de controlo principal sujeitar as condições de tratamento de dados desta empresa a um procedimento de investigação?

Em caso de resposta afirmativa à questão prejudicial 7, é necessária a resposta às questões prejudiciais 3 a 5 no que diz respeito aos dados de utilização do serviço *Instagram* do mesmo grupo.

Fundamentação

I.

A segunda recorrente (a seguir, «*Facebook Ireland*») gere na Europa a rede social digital gratuita *Facebook.com*, destinada a utilizadores privados. A primeira recorrente é a sua sociedade-mãe americana. A terceira recorrente é uma empresa-irmã alemã da *Facebook Ireland* que lhe presta apoio no domínio da publicidade, comunicação e relações públicas (todas designadas, a seguir, por «*Facebook*»).

O utilizador privado pode criar no *Facebook.com* uma página de *Facebook* pessoal através da qual pode comunicar com terceiros. O utilizador pode, designadamente, publicar os seus próprios contributos no «feed de notícias» da sua página de *Facebook* e divulgá-los, segundo a sua escolha, aos seus amigos de *Facebook* ou publicamente a toda a rede, além disso, pode receber no seu «feed de notícias» comunicações dos seus amigos de *Facebook* ou de outros fornecedores de conteúdos e empresas que tenha subscrito, representados na *Facebook.com*. Além disso, pode permitir que os conteúdos de páginas Web e aplicações de computador de terceiros sejam apresentados no seu «feed de notícias» e no «feed de notícias» dos seus amigos de *Facebook*, ativando os botões dos «plugins sociais» (em especial, «gosto» ou «partilhar»). Com o «*Facebook Login*» e o «*Account Kit*», o utilizador pode, apenas com os seus dados de registo na *Facebook*, iniciar sessão em páginas Web e aplicações de computador de terceiros ou nelas criar um perfil.

A *Facebook* fornece às empresas a integração dos botões dos «plugins sociais» (em especial, «gosto» ou «partilhar») bem como do «*Facebook Login*» e do «*Account Kit*» nas suas páginas Web e aplicações de computador, através de interfaces previamente definidas pela *Facebook* sob a expressão «*Facebook Business Tools*». Estas interfaces apoiam o fluxo de dados sobre os utilizadores para a *Facebook.com*, o qual não depende da ativação efetiva dos botões por parte dos utilizadores da página Web ou da aplicação de computador.

A *Facebook.com* é financiada pela publicidade em linha que é adaptada ao utilizador individual da rede social e visa apresentar ao utilizador a publicidade que lhe possa interessar devido ao seu comportamento de consumo pessoal, aos seus interesses, ao seu poder de compra e à sua situação de vida. Os anunciantes podem especificar o grupo-alvo desejado, através do «gerenciador de anúncios em linha» e permitir que a publicidade seja exibida aos utilizadores, podem ainda transmitir a sua lista de clientes à *Facebook*, sob forma codificada, e afunilar mais ainda a sua publicidade através da sua conciliação com os dados da rede social. Com outras ferramentas de análise e de medição (relatórios dos anúncios em linha e «*Facebook Analytics*»), as quais também são fornecidas pela *Facebook* sob o termo «*Facebook Business Tools*», os anunciantes podem medir o sucesso da sua publicidade e analisar os seus próprios serviços em linha, bem como as estatísticas agregadas sobre o seu grupo-alvo. O mesmo também sucede em relação à integração de interfaces («*Facebook Pixel*» ou «*SDK*»), que também recolhem dados sobre o comportamento dos utilizadores a partir de páginas Web e aplicações de computador de terceiros, independentemente de alguma atuação do utilizador nesse sentido.

Além da rede social, o grupo *Facebook* também fornece outros serviços, designadamente, o Instagram, igualmente gerido na Europa pela *Facebook Ireland*, financiado por publicidade, gratuito, destinado à «partilha» de fotografias e de pequenos filmes, o Whatsapp, gerido na Europa pela *WhatsApp Ireland Ltd.*, não financiado por publicidade, gratuito, para envio e receção de diversos suportes como por exemplo mensagens de texto, imagens, filmes, contactos, documentos, localizações e mensagens e chamadas de voz e a Oculus, gerida na Europa pela outra sociedade-irmã *Facebook Technologies Ireland Ltd.*, através da qual são vendidos óculos e software de realidade virtual. Além disso, a *Facebook* fornecia, até 13 de março de 2020, o serviço *Masquerade* para edição e «partilha» de fotografias.

Com a ativação do botão «registar», os utilizadores privados na Europa celebram um contrato de utilização através da *Facebook.com* e, ao mesmo tempo, concordam com as condições de utilização estabelecidas pela *Facebook Ireland*. Segundo estas últimas, a *Facebook Ireland* trata os dados pessoais remetendo, para mais explicações, em especial, para as diretrizes relativas a dados e cookies definidas pela *Facebook Ireland*. Segundo estas últimas, a *Facebook Ireland* recolhe dados dos utilizadores e dos equipamentos relativos às atividades dos utilizadores, dentro e fora da rede social e associa-os às contas dos respetivos utilizadores na *Facebook.com*. As atividades dos utilizadores ocorridas fora da rede social, consistem, por um lado, nas visitas às páginas Web e às aplicações de computador de terceiros que estão ligadas à *Facebook.com* através de interfaces de programação («*Facebook Business Tools*») e, por outro lado, na utilização dos outros serviços de Instagram, WhatsApp e Oculus, pertencentes à *Facebook*, em relação aos quais ocorre o tratamento de dados «para além das outras empresas e produtos da *Facebook*».

Por Decisão de 6 de fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt proibiu as recorrentes e as empresas a elas ligadas na aceção do § 36, segundo parágrafo, da GWB (Lei sobre Restrições à Concorrência) de realizar o tratamento de dados previsto nas condições de utilização, bem como de implementar estas últimas, nos termos dos §§ 19, primeiro parágrafo, ponto 32, da GWB, e impôs medidas destinadas a pôr termo aos mesmos. A proibição abrange a aplicação de condições de utilização incluindo a sua concretização em diretivas relativas a dados e cookies, segundo as quais a utilização da rede *Facebook.com* por utilizadores privados com domicílio na Alemanha depende de a *Facebook Ireland* poder cruzar com os seus dados da *Facebook.com* e utilizar, sem o consentimento do utilizador, os dados dos utilizadores relacionados com os equipamentos, provenientes da utilização do Instagram, do WhatsApp, da Oculus ou da *Masquerade* e das visitas a sites Web e aplicações de computador de terceiros através das «*Facebook Business Tools*» (ponto 1. da decisão). Além disso, o Bundeskartellamt proibiu as recorrentes e as empresas a elas ligadas na aceção do § 36, segundo parágrafo, da GWB de implementar estas condições com os procedimentos efetivos de tratamento de dados que a *Facebook Ireland* realiza com base na Diretiva Relativa a Dados e Cookies (ponto 2. da decisão) e obrigou as recorrentes e as empresas a elas ligadas na aceção do § 36, segundo parágrafo, da GWB a adaptar as condições de

utilização e a sua implementação e a esclarecer, simultaneamente, que os dados dos utilizadores e relacionados com os equipamentos, provenientes da utilização do Instagram, do WhatsApp, da Oculus ou da Masquerade, bem como das «Facebook Business Tools» não são recolhidos, cruzados com a conta *Facebook.com* e utilizados, ou não o são sem o consentimento dos utilizadores (ponto 3. da decisão). No ponto 4 da sua decisão, o Bundeskartellamt esclareceu, por último, que se entende que não há consentimento do utilizador quando se faz depender a disponibilização da *Facebook.com* da prestação de consentimento.

Em 11 de fevereiro de 2019, as recorrentes interpuseram, tempestivamente e na forma legal, recurso da decisão do Bundeskartellamt para o Oberlandesgericht Düsseldorf.

A *Facebook Ireland*, por iniciativa da Comissão Europeia e das associações nacionais de proteção dos consumidores dos Estados-Membros, introduziu, em 31 de julho de 2019, novas condições de utilização, no essencial, de teor semelhante, em cujo n.º 2 se refere expressamente que o utilizador, em vez de pagar pela utilização dos produtos da *Facebook*, declara concordar com a exibição de publicidade. Desde 28 de janeiro de 2020, a *Facebook* disponibiliza em todo o mundo a denominada *Off-Facebook-Activity* (a seguir, «OFA»). Deste modo, os utilizadores da *Facebook* podem ter acesso a um resumo das informações que a *Facebook* recebe relativamente às suas atividades noutras páginas Web e, se o desejarem, isolar estes dados, para o passado e para o futuro, da sua conta na *Facebook.com*.

II.

As disposições do direito alemão determinantes para a apreciação do recurso têm o seguinte teor:

§ 19, primeiro parágrafo, da GWB, com a redação em vigor até 18 de janeiro de 2021:

1. É proibida a exploração abusiva de uma posição dominante por uma ou mais empresas.

§ 19, primeiro parágrafo, da GWB, com a redação em vigor desde 19 de janeiro de 2021:

1. É proibido o abuso de posição dominante por uma ou mais empresas.

§ 32, primeiro parágrafo, da GWB:

1. A autoridade da concorrência pode obrigar as empresas e as associações de empresas a pôr termo à violação de uma disposição desta secção ou dos artigos 101.º ou 102.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

III.

O êxito do recurso da *Facebook Ireland*, que, após o encerramento do serviço Masquerade e da declaração do Bundeskartellamt, no sentido de deixar de retirar quaisquer direitos da decisão recorrida a este respeito, já só impugna a parte restante decisão, depende da resposta às questões prejudiciais submetidas na parte dispositiva deste despacho. Por conseguinte, antes de ser proferida uma decisão sobre o mérito da causa, o processo deve ser suspenso e deve ser apresentado ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, TFUE.

1. O Bundeskartellamt começou por fundamentar a sua decisão tomada com base nos §§ 19, n.º 1, e 32, da GWB, apenas no facto de o tratamento dos dados provenientes dos serviços do mesmo grupo e das «*Facebook Business Tools*», fornecidos em separado pela *Facebook.com*, como está previsto nas condições de utilização e tal como é executado, constituir uma exploração abusiva da posição dominante no mercado das redes sociais para utilizadores privados na Alemanha, sob a forma de abuso de condições, ao abrigo da cláusula geral consagrada no § 19, n.º 1, da GWB, uma vez que este tratamento de dados, enquanto manifestação do poder de mercado, viola o RGPD, já que não há motivos justificativos adequados, à luz dos artigos 6.º, n.º 1 e 9.º, n.º 2, do RGPD. Além disso, o abuso desencadeia efeitos prejudiciais em detrimento dos concorrentes no mercado das redes sociais e nos mercados de terceiros. É desnecessária uma ponderação adicional de interesses em sede de direito da concorrência que, aliás, levaria à mesma conclusão que a ponderação de interesses em sede de direito da proteção de dados. Uma vez que o conceito de proteção desenvolvido pela jurisprudência alemã a respeito da cláusula geral do n.º 1 do § 19 da GWB, até à data, não teve correspondência na jurisprudência e na aplicação prática a nível europeu, a decisão baseia-se apenas no § 19, n.º 1, da GWB que, nesta medida, é mais exigente do que o artigo 102.º, TFUE.

Entendendo que a decisão do Bundeskartellamt deverá ser revogada, na medida em que é dirigida contra a primeira e a terceira recorrentes e todas as empresas ligadas às recorrentes na aceção do § 36, segundo parágrafo, da GWB, uma vez que estas últimas não intervieram no processo administrativo e não foram ouvidas na audiência e porque a decisão não contém quaisquer apreciações sobre os motivos pelos quais a primeira e a terceira recorrentes são demandadas e a apreciação exigida pelo § 32, primeiro parágrafo, da GWB não pode ocorrer pela primeira vez no âmbito do processo de recurso, a secção considera o seguinte em relação à *Facebook Ireland*:

a) A *Facebook Ireland* tem uma posição dominante no mercado da oferta relevante das redes sociais digitais para utilizadores privados que, para os efeitos do controlo dos abusos, por causa dos efeitos de rede que se produzem sobretudo na Alemanha, segundo as considerações não contestadas do Bundeskartellamt, tem uma dimensão nacional e, por conseguinte, é destinatária da disposição do n.º 1 do § 19 da GWB.

b) A violação do RGPD por parte das condições de utilização da *Facebook Ireland* e da implementação das mesmas pode consubstanciar condições abusivas em detrimento do utilizador privado ao abrigo da cláusula geral do n.º 1 do § 19 da GWB, uma vez que o § 19, da GWB, à semelhança do artigo 102.º, TFUE, protege os consumidores não apenas indiretamente do falseamento da concorrência em função das condições do mercado, mas também os protege diretamente de serem explorados por uma empresa com uma posição dominante no mercado, sem que tenham de se produzir efeitos sobre a estrutura da concorrência (v. Acórdão TJUE de 15 de março de 2007, *British Airways*, C-95/04, n.º 106; BGH, Acórdão de 7 de dezembro de 2010 - KZR 5/10, n.º 55 - Entega II). O prejuízo relevante para efeitos de concorrência consiste na violação da liberdade de disposição por parte dos utilizadores dos seus dados pessoais, protegida pelo RGPD. Quando a acusação de abuso consiste numa violação (relevante) de uma disposição legislativa, não há lugar à análise do mercado comparável nem à majoração das condições comparativas identificadas, como são realizadas para efeitos de verificação de um preço abusivo na aceção do § 19, segundo parágrafo, n.º 2, da GWB (v. BGH, Acórdão de 6 de novembro de 2013 - KZR 58/11, n.º 66, VBL – Gegenwert I). Neste caso, também não há lugar à ponderação de interesses que, em princípio, também é necessária no âmbito da cláusula geral do n.º 1 do § 19 da GWB [v. BGH, Acórdão de 7 de junho de 2016 - KZR 6/15, n.º 48 - Pechstein/International Skating Union (ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0)]. O nexo causal entre abuso e poder de mercado, necessário tanto ao abrigo do § 19, n.º 1, da GWB, como também nos termos do artigo 102.º, primeiro período, TFUE [v. Acórdãos TJUE de 14 de novembro de 1996, *Tetrapak*, C-333/94, n.º 27 (ECLI:EU:C:1996:436), de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands*, C-27/76, n.ºs 248/257 (ECLI:EU:C:1978:22); BGH, Despacho de 23 de junho de 2020 - KVR 69/19, n.º 73 - *Facebook* (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)] existiria, designadamente, tanto na aceção de uma causalidade de conduta em sentido amplo, dado que não seria razoável que a *Facebook Ireland*, perante a lealdade de concorrência, impusesse condições relativas a um tratamento de dados inadmissível nos termos do RGPD, como também na aceção de uma causalidade quanto ao resultado final, porque os utilizadores, apesar de as empresas que não têm uma posição dominante no mercado também poderem violar o RGPD, nos casos em que a violação é praticada por uma empresa quase monopolista como a *Facebook Ireland*, não têm praticamente nenhuma possibilidade de defesa [v. igualmente Acórdãos TJUE de 5 de outubro de 1988, *Alsatel*, C-247/86, (ECLI:EU:C:1988:469) e de 27 de março de 1974, *BRT et Sociét e belge*, C-127/73, juris (ECLI:EU:C:1974:25), nos quais o Tribunal de Justiça europeu não questionou a relação entre abuso e poder de mercado]. A *Facebook Ireland*, numa situação de abuso, não se pode basear no privilégio de grupo consagrado no § 36, n.º 2, da GWB (v. Acórdão TJUE de 24 de outubro de 1996, *Viho*, C-73/85 P, n.º 17; BGH, Despacho de 6 de novembro de 2012 - KVR 54/11, n.ºs 19, 22 - *Gasversorgung Ahrensburg*; Acórdão de 23 de junho de 2009 - KZR 21/08, n.º 16 - Entega I).

c) A decisão é formalmente ilegal, uma vez que o Bundeskartellamt, em violação do artigo 3.º, n.º 1, segundo período, do Regulamento (CE) n.º 1/2003

do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (a seguir, «Regulamento 1/2003»), não teve em conta o artigo 102.º, n.º 1, TFUE, apesar de, dado que a posição dominante da *Facebook Ireland* na Alemanha corresponde a uma posição dominante numa parte substancial do mercado interno na aceção do artigo 102.º, n.º 1, TFUE [v. Acórdãos TJUE de 23 de abril de 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, n.º 28, de 9 de novembro de 1983, Michelin, C-322/81, n.º 28 (ECLI:EU:C:1983:313)] e por força da constatação de que a violação do RGPD provoca «efeitos prejudiciais efetivos e potenciais em detrimento dos concorrentes» (n.º 885 do Despacho do Bundeskartellamt), também dever ser tida em consideração a relação interestatal referida no artigo 102.º, n.º 1, TFUE [v. Acórdão TJUE de 23 de abril de 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, n.º 32, de 9 de novembro de 1983, Michelin, C-322/81, n.º 104 (ECLI:EU:C:1983:313)]. [Omissis] [desenvolvimento]. No entanto, devido ao paralelismo [omissis] que deve ser presumido entre o § 19, n.º 1, da GWB e o artigo 102.º, n.º 1, TFUE (v. BGH, Acórdão de 8 de abril de 2014 - KZR 53/12, n.º 46 - VBL-Versicherungspflicht, Acórdão de 6 de novembro de 2013 - KZR 58/11, n.º 51 - VBL-Gegenwert I), o erro processual será irrelevante, se a decisão for legal ao abrigo do § 19, n.º 1, da GWB e, se sendo à luz do § 19, n.º 1, da GWB, não conduzir a nenhuma ilegalidade significativa de maior gravidade.

d) Por conseguinte, importa saber se o Bundeskartellamt pode apreciar se as condições de utilização da *Facebook Ireland* e a implementação das mesmas violam o RGPD e se as medidas corretivas ordenadas podem ser aplicadas contra uma infração desta natureza.

aa) Para este efeito, com a questão prejudicial 1. a) pretende-se esclarecer se é compatível com as disposições dos artigos 51.º e seguintes, do RGPD, relativas a competência, cooperação e conformidade, em especial, o artigo 56.º, n.º 1, do RGPD e as disposições sobre competência dos artigos 57.º e 58.º, do RGPD, que o Bundeskartellamt declare a violação do RGPD por parte das condições de utilização da *Facebook Ireland* e da implementação das mesmas e que imponha medidas de correção. Com efeito, o Bundeskartellamt não é uma autoridade de controlo na aceção do RGPD e a autoridade de controlo principal nos termos do artigo 56.º, n.º 1, do RGPD é a autoridade de controlo irlandesa, uma vez que a *Facebook Ireland* é o estabelecimento principal da *Facebook* na Europa que gere a rede social na Europa, utiliza condições de utilização uniformes em todos os Estados-Membros da União e é responsável pelo tratamento dos dados pessoais em todo o território da União Europeia, no sentido na aceção do artigo 4.º, n.º 7, do RGPD.

Na medida em que, neste contexto, também deve ser tida em conta a possibilidade de medidas de proteção jurídica ao abrigo do direito civil, nos termos do artigo 82.º, do RGPD e, em especial, a possibilidade de outras sanções nos termos do artigo 84.º, n.º 1, do RGPD, esta Secção salienta que os §§ 19 e 32, da GWB não fazem parte das disposições que a Alemanha notificou à Comissão Europeia nos termos do artigo 84.º, n.º 2, do RGPD (n.º 201 da fundamentação do recurso).

bb) Se se entender que é compatível com as disposições sobre competência do RGPD que o Bundeskartellamt, em sede de supervisão da concorrência, declare e sancione a violação do RGPD por parte das condições de utilização e da sua implementação, pretende-se, com a questão prejudicial 1.b), esclarecer se isso é compatível com o princípio da cooperação leal consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, se a autoridade de controlo principal nos termos do artigo 56.º, n.º 1, do RGPD já estiver a apreciar a mesma matéria, como, no presente caso, a autoridade de controlo irlandesa que, segundo afirmações não contestadas da *Facebook* (n.ºs 188 e 217, da fundamentação do recurso), já estava a apreciar, à data em que foi tomada a decisão do Bundeskartellamt, e continuou a apreciar, juntamente com outras autoridades de controlo afetadas na União, a eventual violação do RGPD por parte do tratamento de dados realizado pela *Facebook Ireland*.

e) Se o Bundeskartellamt, em sede de supervisão da concorrência, puder declarar a violação do RGPD por parte das condições de utilização da *Facebook Ireland* e da sua implementação e puder decretar medidas de correção, importa ainda saber se as condições de utilização (concretizadas pela Diretiva Relativa a Dados e Cookies) relativas ao tratamento de dados pelos outros serviços do mesmo grupo e pelas «*Facebook Business Tools*» (a seguir, conjuntamente, também «dados off-*Facebook*») e a implementação das mesmas violam o RGPD e se o Bundeskartellamt pode proibir as condições de utilização e a sua implementação e declarar que esse tratamento de dados não pode ser feito ou só o pode ser com autorização em separado dos utilizadores, a qual não pode depender da utilização da *Facebook.com*.

aa) O Bundeskartellamt entende, com razão, que os dados off-*Facebook* consubstanciam dados pessoais na aceção do artigo 4.º, n.º 1, do RGPD [v. Acórdãos TJUE de 19 de outubro de 2016, Breyer, C-582/14, n.º 49, de 24 de novembro de 2011, Scarlet, C-70/10, n.º 51, do BGH, Reenvio prejudicial ao TJUE de 5 de outubro de 2017 – I ZR 7/16, n.º 23 – Cookie Einwilligung I (ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0)], que a utilização dos dados para efeitos de personalização da rede e da publicidade constitui uma «definição de perfis» na aceção do artigo 4.º, n.º 4, do RGPD e que a *Facebook Ireland* é responsável pelo tratamento de dados na aceção do artigo 4.º, n.º 7, do RGPD [v. Acórdão TJUE de 29 de julho de 2019, FashionId, C-40/17, n.º 84 (ECLI:EU:C:2019:629)].

bb) O Bundeskartellamt considera, corretamente, que com a ativação do botão «registar», mesmo tendo em conta o n.º 2 das novas condições de utilização de 31 de julho de 2019, não é dado consentimento ao tratamento dos dados off-*Facebook* nos termos dos artigos 6.º, n.º 1, alínea a) e 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD [v. Acórdão TJUE de 1 de outubro de 2019, Planet 49, C-673/17, n.ºs 58 e segs. (ECLI:EU:C:2019:801)] e que o consentimento dos utilizadores que a *Facebook Ireland* solicita para a utilização dos dados provenientes das «*Facebook Business Tools*» para efeitos de exibição de publicidade personalizada diz apenas respeito à utilização dos dados para este efeito, mas não, em termos gerais, à recolha e ao cruzamento com a conta *Facebook.com*. O Bundeskartellamt também

entende, com razão, que a possibilidade de bloquear a colocação de cookies e de os eliminar, a possibilidade de redefinir os ID's de publicidade no sistema operativo do aparelho móvel e a função OFA introduzida no final de janeiro não preenchem os requisitos de consentimento dos artigos 6.º, n.º 1, alínea a) e 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD.

cc) Uma vez que o tratamento dos dados off-*Facebook* previsto nas condições de utilização e a implementação destas últimas, também dentro do grupo, são lícitos, se se verificar pelo menos um dos motivos justificativos do artigo 6.º, n.º 1, alíneas a) a f), do RGPD e o Tribunal de Justiça da União Europeia já declarou, a respeito da disposição antecedente do artigo 7.º, da Diretiva 95/46/CE, com a mesma redação, que esta prevê uma lista exaustiva e taxativa dos casos em que um tratamento de dados pessoais pode ser considerado lícito e que os Estados-Membros não podem acrescentar a esse artigo novos princípios relativos à legitimação dos tratamentos de dados pessoais nem prever exigências suplementares que venham alterar o alcance de um dos princípios previstos nesse artigo [v. Acórdãos TJUE de 29 de julho de 2019, *FashionID*, C-40/17, n.º 55 (ECLI:EU:C:2019:629), de 19 de outubro de 2016, *Breyer*, C-582/14, n.º 57, de 24 de novembro de 2011, *ASNEF e FECEMD*, C-468/10 e C-469/10, n.ºs 30 e 32], importa saber se o tratamento dos dados off-*Facebook* previsto nas condições de utilização e executado pode, em todas as situações, ser justificado exclusivamente mediante consentimento. Com efeito, só nesse caso é que o Bundeskartellamt poderia ordenar que tal tratamento não fosse feito ou só possa ser feito com consentimento, por motivos relacionados com o direito à proteção de dados.

1. A *Facebook Ireland* fornece, no âmbito da sua rede social, nos termos do n.º 1 das suas condições de utilização em vigor (anexo Bf 9), sob a epígrafe «Serviços por nós prestados», tanto quanto interessa para o presente caso, no essencial, as seguintes prestações contratuais: 1. a personalização de conteúdos, 2. a exibição de publicidade personalizada, 3. a segurança dos utilizadores e da rede, 4. o aperfeiçoamento dos produtos e 5. a utilização contínua e ininterrupta dos produtos das empresas da *Facebook*.

A *Facebook Ireland* recolhe os dados relativos aos utilizadores e aos equipamentos resultantes da utilização dos serviços do mesmo grupo e das «*Facebook Business Tools*», individualmente referidos na sua Diretiva Relativa aos Dados (anexo Bf 10) sob a epígrafe «que tipo de informações recolhemos?», cruza-os com os dados recolhidos e armazenados durante a utilização da *Facebook.com* e utiliza-os em conformidade com os esclarecimentos sob a epígrafe «como utilizamos estas informações», para efeitos de disponibilização, personalização e aperfeiçoamento dos seus produtos, para a disponibilização de medições, análises e outros serviços empresariais, para promover a proteção, a integridade e a segurança, para a comunicação com os utilizadores e para a investigação e a inovação para fins sociais e nos termos dos esclarecimentos sob a epígrafe «como trabalhamos em conjunto com as empresas da *Facebook*?» «também para além das empresas da *Facebook*».

Nos termos da sua Diretiva Relativa a Cookies (anexo Bf 11), a *Facebook Ireland*, durante a utilização de serviços do seu grupo e da visita a páginas Web e aplicações de computador de terceiros, ligadas às «*Facebook Business Tools*», instala cookies ou utiliza outras tecnologias de armazenagem e recolhe, através dos mesmos, sem necessidade de mais atuação por parte do utilizador, dados relacionados com o utilizador e com os equipamentos, que utiliza para a disponibilização dos seus serviços, para efeitos de segurança, publicidade e análise.

Os tipos de dados recolhidos e utilizados, em concreto, resultam da Diretiva Relativa a Dados sob a epígrafe «Que tipo de informações recolhemos?» (anexo Bf 10) e n.º 2, alíneas a) a d) da parte dispositiva da decisão do Bundeskartellamt.

A *Facebook Ireland*, sob a epígrafe «Qual o nosso fundamento legal para o tratamento de dados?», na sua Diretiva Relativa à Proteção de Dados (anexo Bf 10), invoca todos os motivos justificativos do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD. Sob a epígrafe «Mais informações sobre estes fundamentos legais» (anexo Bf 12), a *Facebook Ireland* faz referência a um *consentimento* na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD 1. para o tratamento de dados com uma proteção especial que tenham sido fornecidos pelo utilizador no seu perfil na *Facebook.com*, para a partilha com as pessoas escolhidas e para a personalização dos conteúdos, 2. para a utilização da tecnologia de reconhecimento facial e 3. para a utilização de dados disponibilizados por anunciantes e parceiros, relativos à atividade dos utilizadores fora dos produtos da *Facebook*, para exibição de publicidade personalizada, 4. para a partilha com anunciantes de dados pessoais que identificam o utilizador pessoalmente, 5. para a recolha de informações cuja obtenção o utilizador permite através das configurações que ativa, relacionadas com equipamentos (localização GPS, câmara, fotografias). Para estes efeitos, a *Facebook Ireland* ou obtém um consentimento específico dos utilizadores ou oferece ao utilizador a oportunidade de recusar (no caso do reconhecimento facial).

No documento referido (anexo Bf 12), a *Facebook Ireland* baseia-se no motivo justificativo da necessidade para a *execução de um contrato*, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD 1. com vista à disponibilização, à personalização e ao aperfeiçoamento dos seus produtos, 2. à promoção da proteção, integridade e segurança, 3. à transmissão de dados fora do EEE, 4. à comunicação com o utilizador, 5. à disponibilização de experiências contínuas e ininterruptas em todos os produtos da *Facebook*.

Quanto ao motivo justificativo relacionado com os interesses legítimos nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD, a *Facebook Ireland* invoca: 1. em relação a menores, 2. para a disponibilização de medições, análises e outros serviços empresariais, 3. para a disponibilização de comunicação de marketing, 4. para a investigação e inovação para fins sociais, 5. para partilhar informações com

terceiros, incluindo as autoridades criminais ou de execução judicial e para reagir a pedidos judiciais.

A *Facebook Ireland* invoca ainda os motivos justificativos do cumprimento de uma obrigação jurídica [artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do RGPD], da proteção de interesses vitais [artigo 6.º, n.º 1, alínea d), do RGPD] e do *exercício de funções* de interesse público [artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD] (v. em detalhe anexo Bf 12).

2. Será necessário o consentimento se e na medida em que a recolha, o cruzamento com a conta da *Facebook.com* e a utilização dos denominados dados *off-Facebook* consubstanciarem o tratamento de determinadas categorias de dados pessoais na aceção do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD e não puder ser ponderada outra situação de autorização para além do consentimento nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD.

a) Com a questão prejudicial 2. a) pretende-se esclarecer se, conforme entende o Bundeskartellamt (n.ºs 584 e seg. da decisão do Bundeskartellamt), a recolha de dados sobre as visitas a páginas Web e aplicações de computador de terceiros, através das «*Facebook Business Tools*», de cookies e de outras tecnologias de armazenagem e/ou o seu cruzamento com a conta do utilizador na *Facebook.com* e/ou utilização, se entende que são tratados dados sensíveis na aceção do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD quando se trata de páginas Web ou de aplicações de computador que estão relacionadas com os critérios do n.º 1, tais como aplicações de computador para contactos românticos, bolsas de parceiros homossexuais, páginas Web de partidos políticos, páginas Web relacionadas com a saúde (n.º 587 da decisão do Bundeskartellamt).

Para este efeito, também importa esclarecer se, desde logo, os dados sobre a visita à página Web ou à aplicação de computador são suficientes por si só ou se o utilizador também deve lá ter introduzido determinadas ações, como ter-se registado ou ter feito encomendas e em que sentido devem ser interpretadas as expressões «dados [...] que revelem», na aceção da primeira categoria de dados, e «dados» na aceção da segunda categoria de dados do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD. A formulação relativa à primeira categoria de dados do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD («dados [...] que revelem») poderia dar a entender que aqui o tratamento dos «dados de origem», ou seja, por exemplo, da visualização de páginas ou dos dados introduzidos pelo utilizador, é proibida, pelo que importa saber em que situação este «revela» dados sensíveis. Em contrapartida, no caso da segunda categoria de dados do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD parece que só o tratamento de dados sensíveis é proibido, de modo que importa saber se a própria visualização das respetivas páginas ou as próprias respetivas introduções de dados pelo utilizador podem consubstanciar dados sensíveis, ainda que a distinção seja, no entanto, novamente relativizada pela definição legal do artigo. 4.º, n.º 15, do RGPD, na medida em que os dados relacionados com a saúde também podem ser dados que «revelem» informações sobre o estado de saúde. É ainda necessário esclarecer se a intenção de utilização é relevante para a apreciação, ou seja, neste caso, por exemplo, a

personalização da rede social e da publicidade, a segurança da rede, o aperfeiçoamento dos serviços, o fornecimento de serviços de medição e de análise para os parceiros anunciantes, a investigação para efeitos sociais, a resposta a pedidos judiciais e o cumprimento de obrigações legais, a proteção de interesses vitais de utilizadores e de terceiros, o exercício de funções de interesse público.

b) Se se tratar de dados sensíveis na aceção do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD, pretende-se esclarecer com a questão prejudicial 2. b) se o utilizador os tornou manifestamente públicos ao aceder a estas páginas Web e aplicações de computador e/ou introduzir dados nas mesmas e/ou ativar os botões ligados a estas páginas, fornecidos pela *Facebook Ireland*, nomeadamente, «plugins sociais» («gosto», «partilhar») ou «*Facebook Login*» ou «*Account Kit*» [artigo 9.º, n.º 2, alínea e), do RGPD], uma vez que, nesse caso, teria perdido a proteção específica do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD, sem que fosse necessário um consentimento nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD. Devido à área de negócio da *Facebook*, não há praticamente outros motivos de consentimento nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD que possam ser tidos em conta ou, pelo menos, os mesmos não são invocados pela *Facebook*, em especial, não são referidos nas condições de utilização.

3. Se a *Facebook Ireland*, durante a utilização dos outros serviços do mesmo grupo e durante a visita a páginas Web e aplicações de computador que contenham «*Facebook Business Tools*», também recolher dados através de cookies e tecnologias de armazenagem semelhantes, nos terminais dos utilizadores, também é aplicável o artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2002 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva Relativa à Privacidade e às Comunicações Eletrónicas). Conforme declarou o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal), o RGPD deixa intocada a aplicabilidade desta norma, de modo que o § 15, terceiro parágrafo, primeiro período, da Telemediengesetz (Lei das Telecomunicações), que transpõe a Diretiva 2002/58/CE, continua a ser aplicável e deve ser interpretado em conformidade com a diretiva no sentido de que para a utilização de cookies com o objetivo de estabelecer perfis de utilizadores para fins de publicidade ou de pesquisa de mercado, é necessário o consentimento do utilizador [v. BGH, Acórdão de 28 de maio de 2020 – I ZR 7/16, n.ºs 47 e seg. – Cookie Einwilligung II; v. igualmente os Acórdãos TJUE de 1 de outubro de 2019, Planet 49, C-673/17, n.ºs 38 e seg. (ECLI:EU:C:2019:801) e de 29 de julho de 2019, FashionId, C-40/17, n.ºs 88 e seg. (ECLI:EU:C:2019:629)]. No presente caso, já não é relevante a questão de saber se o consentimento recolhido para a utilização de dados de parceiros para efeitos de exibição de publicidade personalizada é suficiente para este efeito, uma vez que o Bundeskartellamt fundamentou a violação por parte da *Facebook* da proibição de abuso em matéria de direito da concorrência do § 19, primeiro parágrafo, da GWB apenas com a violação do RGPD, e não do § 15, terceiro parágrafo, primeiro período, da Telemediengesetz, por parte do seu tratamento de dados.

4. Se e na medida em que, nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD, não é necessário o consentimento, ou seja, no caso do tratamento de dados dos outros serviços do mesmo grupo relativamente ao qual o Bundeskartellamt não declarou o tratamento de dados possivelmente sensíveis na aceção do artigo 9.º, n.º 1, do RGPD e no caso do tratamento de dados das «Facebook Business Tools», se não forem dados sensíveis ou se estes tiverem sido manifestamente tornados públicos pelo utilizador, importa saber se e em que medida a *Facebook Ireland* pode invocar outros motivos justificativos nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD para o tratamento dos dados off-*Facebook*. A Secção considera que no caso em que os dados são manifestamente tornados públicos na aceção do artigo 9.º, n.º 2, alínea e), do RGPD, só não é aplicável a proibição de tratamento nos termos do n.º 1 da norma, mas não a exigência de um motivo justificativo nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do RGPD (v. considerando 51, quinto período).

a) Com a terceira questão prejudicial pretende-se esclarecer se a *Facebook Ireland*, quando, como acima referido, oferece 1. a personalização de conteúdos, 2. a exibição de anúncios personalizados, 3. a segurança dos utilizadores e da rede, 4. o aperfeiçoamento dos produtos, bem como 5. a utilização contínua e ininterrupta dos produtos das empresas da *Facebook*, enquanto prestação contratual, pode invocar o motivo justificativo da necessidade para a execução do contrato nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD ou em alternativa o motivo justificativo da prossecução de interesses legítimos, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD, se recolher os dados off-*Facebook* para aqueles fins, os cruzar com a conta do utilizador na *Facebook.com* e os utilizar.

No entender desta Secção, por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu relativa ao requisito da necessidade (v. Acórdão TJUE de 4 de maio de 2017, C-13/16, *Rigas satiksmes*, n.º 30) e ainda das considerações do Comité Europeu de Proteção de Dados, nas suas orientações 2/19 (n.º 2, 26 e seg., 48 e seg. 57, anexo Bf 42B), há muitos elementos que apontam para que o tratamento de dados para efeitos de exibição de publicidade personalizada, para o qual não são necessários cookies, da segurança dos utilizadores e da rede e do aperfeiçoamento do produto pode sempre ser do interesse legítimo da empresa, sendo nesse caso razoável que o tratamento de dados para efeitos de personalização de conteúdos e eventualmente também para a utilização constante e ininterrupta dos produtos das empresas da *Facebook*, no caso da *Facebook Ireland*, seja considerado como necessário para a execução do contrato.

Neste sentido, o tratamento dos dados de *WhatsApp* para efeitos de segurança dos utilizadores e da rede poderia ser do interesse legítimo da *Facebook Ireland*, porque a empresa, segundo as suas informações sob a epígrafe «Como colaboram as empresas da *Facebook*?» na Diretiva Relativa a Dados (anexo Bf 10) utiliza informações de contas de *WhatsApp* que enviam spam para combater tais contas na *Facebook.com*, enquanto, de resto, as mesmas não são necessárias nem para a execução do contrato nem são justificadas por outros interesses legítimos, uma vez que a *Facebook Ireland* não utiliza os dados de *WhatsApp* para efeitos de

produto ou personalização na *Facebook.com* (n.º 746 da decisão do Bundeskartellamt).

O tratamento dos dados de *Instagram*, na medida em que é realizado para efeitos de personalização dos conteúdos e de utilização ininterrupta dos produtos da *Facebook* (para que possam ser exibidos ao utilizador pessoas ou conteúdos na *Facebook.com*, porque os mesmos também o poderão interessar aí), poderá ser necessário para a execução do contrato ou, em todo o caso, ser do interesse legítimo da *Facebook Ireland*. Este tratamento de dados também poderá ser do interesse legítimo da empresa se for realizado para a exibição de publicidade personalizada, para a segurança da rede e para o aperfeiçoamento de produtos. Em especial, a *Facebook Ireland* utiliza, por exemplo, segundo as suas próprias informações, dados de *Instagram* de contas com comportamento duvidoso ou claramente envolvidas em atividades ilegais, para garantir a segurança dos utilizadores da *Facebook* (n.º 465, da fundamentação do recurso). O mesmo poderia dizer-se, em princípio, no que diz respeito ao tratamento dos dados da *Oculus*, embora, neste caso, não haja até à data constatações sobre os fins para os quais estes dados são utilizados em concreto na *Facebook.com*.

O tratamento dos dados provenientes das «*Facebook Business Tools*», em especial, dos plugin sociais «gosto» e «partilhar», bem como do «*Facebook Login*» e do «*Account Kit*», poderia ser necessário para a execução do contrato ou, em todo o caso, ser do interesse legítimo da *Facebook Ireland*, na medida em que o mesmo se destine à personalização dos conteúdos e à utilização ininterrupta dos produtos da *Facebook*. Tal deveria pressupor a ativação dos respetivos botões pelos utilizadores e limitar-se aos processos de tratamento de dados respetivamente necessários. Independentemente da ativação dos botões, a recolha de dados e o cruzamento dos mesmos com a conta na *Facebook.com* podem ser do interesse legítimo da *Facebook Ireland*, se o utilizador tiver dado o seu consentimento à utilização dos dados para efeitos de exibição de publicidade personalizada. A segurança da rede ou o aperfeiçoamento dos produtos também podem constituir interesses legítimos da *Facebook Ireland* para efeitos de tratamento de dados. Assim, a *Facebook*, segundo as suas informações, utiliza dados dos «plugins sociais» para reconhecer no mais curto espaço de tempo, entre as inúmeras visualizações de páginas, se existem bots que tentam abrir e gerir contas de *Facebook* (n.º 465 da fundamentação do recurso).

b) Com a questão prejudicial 4 pretende-se esclarecer se também

- a menoridade dos utilizadores, para efeitos de personalização dos conteúdos e de publicidade, aperfeiçoamento dos produtos, segurança da rede e comunicação não comercial com o utilizador,

- a disponibilização de medições, análises e outros serviços empresariais a clientes anunciantes, programadores e outros parceiros, para estes poderem avaliar e aperfeiçoar os seus serviços,

- a disponibilização de comunicação comercial com o utilizador, a fim de a *Facebook Ireland* poder aperfeiçoar os seus produtos e realizar ações de marketing direto,

- a investigação e a inovação para fins sociais, a fim de promover o estado da tecnologia ou o conhecimento científico relativo a temas sociais relevantes e a fim de influenciar positivamente a sociedade e o mundo,

- as informações das autoridades criminais e de execução judicial e a resposta a pedidos judiciais a fim de prevenir, detetar e perseguir crimes, a utilização indevida, violações contra as condições de utilização e de diretivas ou outros comportamentos lesivos,

podem consubstanciar interesses legítimos na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD para a recolha, o cruzamento com a conta do utilizador na *Facebook.com* e para a utilização dos dados off-*Facebook*, para os referidos fins.

Há, em especial, a necessidade de clarificar se a *Facebook Ireland* pode, em relação a menores que ainda não tenham atingido os 16 anos de idade para efeitos do consentimento independente nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do RGPD, que na Alemanha não foi reduzida para uma idade inferior, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, terceiro período, do RGPD (artigo 8.º, n.º 1, do RGPD) e que nos termos da doutrina alemã, unânime, tanto quanto se vislumbra, não podem celebrar autonomamente, com uma rede social, um contrato de utilização eficaz na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD, por este, devido ao tratamento de dados, não ser apenas juridicamente vantajoso [§ 107, do BGB (código civil)]; v. Klumpp in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 107 Nr. 30; Spickhoff in: MüKoBGB, 8.ª edição 2018, § 107, n.º 82; Mansel in: Jauernig, BGB, 18.ª edição 2021, § 107, n.º 3), e que não apresentam o necessário consentimento parental, pode invocar para o tratamento de dados provenientes de outros serviços do mesmo grupo e das «*Facebook Business Tools*» o motivo justificativo da garantia de interesses legítimos nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea f), do RGPD.

Também parece duvidoso que o tratamento dos dados off-*Facebook* possa ser justificado com o interesse na investigação e na inovação para fins sociais, para promover o estado da técnica ou o conhecimento científico em relação a temas sociais relevantes e para influenciar positivamente a sociedade e o mundo.

Em contrapartida, a utilização dos dados provenientes das «*Facebook Business Tools*» para a disponibilização de medições, análises e outros serviços empresariais a clientes anunciantes, programadores e outros parceiros, para estes poderem avaliar e melhorar os seus serviços, são do interesse legítimo da *Facebook Ireland* (e dos seus parceiros), pelo menos no caso em que os utilizadores tenham consentido na utilização dos dados dos parceiros para a exibição de publicidade personalizada. Se e na medida em que o tratamento de dados provenientes de outros serviços do mesmo grupo e/ou das «*Facebook Business Tools*» for justificado para efeitos de aperfeiçoamento de produtos, o

mesmo também poderia ser aplicável à utilização para a disponibilização da comunicação comercial com o utilizador, para a *Facebook* poder aperfeiçoar os seus produtos e realizar marketing direto.

Do mesmo modo, a recolha, o cruzamento com a conta na *Facebook.com* e a utilização ou a utilização de dados off-*Facebook* já recolhidos e cruzados legitimamente de outro modo para prestação de informações às autoridades criminais e de execução judicial e para responder a pedidos judiciais, a fim de prevenir, detetar e perseguir crimes, a utilização indevida, violações contra as condições de utilização e de diretivas e outros comportamentos lesivos, poderia ocorrer no interesse legítimo da *Facebook Ireland*.

No âmbito da ponderação necessária poderia, para além do direito legal de oposição consagrado no artigo 21.º, do RGPD, ter de ser tido em consideração que, em relação às «*Facebook Business Tools*», os fornecedores de páginas Web de terceiros que as integraram, têm a possibilidade de retardar o fluxo de dados para a *Facebook Ireland* até que o consentimento dos utilizadores tenha sido recebido (n.º 868 do Despacho do Bundeskartellamt) e que a *Facebook*, desde 28 de janeiro de 2020, disponibiliza a função OFA, com a qual os utilizadores da *Facebook.com* podem permitir que lhes seja exibido um resumo das informações que a *Facebook* recolhe relativamente às suas atividades noutras páginas Web e aplicações de computador e, se o desejarem, isolar estes dados, para o passado e para o futuro, da sua conta na *Facebook.com* (n.ºs 148 e seg. da fundamentação do recurso).

c) Com a questão prejudicial 5 pretende-se esclarecer se a recolha, o cruzamento com a conta na *Facebook.com* e a utilização ou a utilização de dados off-*Facebook* já recolhidos e cruzados lícitamente de outro modo podem, em concreto, ser justificados ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alíneas c), d) e), do RGPD, como a *Facebook Ireland* afirma no documento junto como anexo Bf 12, a fim de, por exemplo, dar resposta a um pedido legítimo de determinados dados [alínea c)], impedir um comportamento lesivo e promover a segurança [alínea d)], para a investigação para o bem-estar da sociedade e para a promoção da defesa, da integridade e da segurança [alínea e)], uma vez que, nesse caso, o tratamento destes dados também pode ser tornado dependente do consentimento dos utilizadores, sem exceção e para todas as situações, ou se a justificação do tratamento dos dados off-*Facebook* pode, por aqueles motivos, ser excluída em termos gerais.

f) Nesse caso, a questão de saber se as condições de tratamento de dados e a sua implementação, no caso em que sejam realizadas sem consentimento ou sem justificação, também consubstanciam um abuso de exclusão na aceção da cláusula geral do § 19, primeiro parágrafo, da GWB em detrimento dos concorrentes no mercado das redes sociais para utilizadores privados ou noutros mercados, já deixaria de ser determinante para a decisão.

g) Se e na medida em que o tratamento dos dados off-*Facebook* só possa ser justificado pelo consentimento, pretende-se esclarecer com a questão prejudicial 6 se é sequer possível os utilizadores apresentarem a uma empresa com posição dominante no mercado como a *Facebook Ireland* um consentimento eficaz na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea a) e do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do RGPD, como o Bundeskartellamt ordenou para efeitos de cessação da pretensa infração, ou se o carácter voluntário exigido para este efeito pelo artigo 4.º, n.º 11, do RGPD nunca se deve aplicar perante uma empresa com posição dominante no mercado, mesmo no caso em que a execução do contrato não depende do consentimento para o tratamento de dados. O considerando 43, primeiro período, parece apontar neste sentido.

2. A resposta às questões prejudiciais não é dispensável pelo simples facto de o Bundeskartellamt, no processo de recurso, ter apoiado o seu despacho «a título complementar» (p. 88, da contestação ao recurso) na fundamentação do Bundesgerichtshof no processo urgente anterior [Despacho de 23 de junho de 2020 – KVR 69/19, – *Facebook* (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)], segundo a qual, assim o afirma o BGH, com a utilização dos dados provenientes da utilização dos outros serviços do mesmo grupo e das «*Facebook BusinessTools*» é imposta ao utilizador da *Facebook.com* uma ampliação dos serviços que o mesmo «possivelmente não deseja», ao mesmo tempo que, perante a lealdade de concorrência, as condições de utilização impugnadas não seriam expectáveis, mas seriam adequadas para restringir a concorrência e que a ampliação dos serviços, perante uma apreciação e ponderação completas dos interesses em causa, em especial, na ausência de justificação à luz do RGPD, se revela abusiva. Com efeito, com tal justificação, o despacho não é sustentável, sobretudo, desde logo, porque o Bundeskartellamt não chegou às conclusões necessárias, pelo menos, para pressupor a aptidão do tratamento de dados para criar entraves. Esta apenas pode ser seriamente tida em conta em relação ao tratamento dos dados do Instagram, no entanto, nesta medida, também não pode ser declarada sem a resposta às questões prejudiciais 7 e, eventualmente, 3 a 5.

a) Uma vez que o Bundesgerichtshof parece considerar que o Bundeskartellamt ainda pode completar o seu despacho com esta fundamentação, no âmbito do processo de recurso, apesar de, deste modo, a acusação de abuso se basear noutros factos que não a violação do RGPD e o consentimento dos utilizadores exigido na parte dispositiva também não consubstanciar um consentimento na aceção do RGPD, mas outro tipo de consentimento, eventualmente a conceder em complemento do consentimento nos termos do RGPD, a Secção analisa o decreto também à luz desta fundamentação.

b) O Bundeskartellamt não chegou, em grande medida, pelo menos, às conclusões necessárias relativas à condição de o tratamento dos dados off-*Facebook* ter de ser suscetível de prejudicar os concorrentes. Seria necessária a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial, no mercado das redes, do lado da rede, por exemplo, devido ao aumento dos efeitos da rede ou devido ao aperfeiçoamento dos produtos ou do lado dos anunciantes, por exemplo, devido à

posse de dados detalhados ou nos mercados (independentemente da sua delimitação específica) da publicidade ou de terceiros, ao passo que a prática de uma empresa dominante, na falta de qualquer efeito anticoncorrencial no mercado, não pode ser considerada abusiva (v. Acórdãos TJUE de 6 de dezembro de 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10 P, n.º 112 e de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, n.º 64).

Uma vez que a *Facebook Ireland* não utiliza os dados de WhatsApp dos utilizadores da *Facebook.com*, na *Facebook.com*, para fins de personalização ou de produto, e também, segundo afirma, não o pretende fazer na Europa, não se vislumbra e também não foi concluído pelo Bundeskartellamt que o tratamento dos dados de WhatsApp possa ser de alguma forma suscetível de restringir os concorrentes no mercado das redes ou no mercado publicitário ou no mercado dos serviços de Messenger. O Bundeskartellamt também não proferiu nenhuma conclusão sobre a medida em que os dados da Oculus dos utilizadores da *Facebook.com* são utilizados para os fins da rede *Facebook.com* e são suscetíveis de prejudicar os concorrentes no mercado das redes ou no mercado publicitário relevante ou no mercado onde é oferecida a Oculus. O tratamento dos dados provenientes das «*Facebook Business Tools*» só será «possivelmente não desejado» pelos utilizadores da *Facebook.com*, se estes não ativarem os «plugins sociais» («gosto», «partilhar»), não utilizarem o «*Facebook Login*» ou o «*Account Kit*» e não tiverem dado consentimento à exibição de publicidade personalizada. No entanto, o Bundeskartellamt também não declarou em que medida o tratamento de dados provenientes das «*Facebook Business Tools*» que não é realizado para a personalização da utilização da *Facebook.com*, nem para a utilização ininterrupta dos produtos da *Facebook* e nem para a exibição de publicidade personalizada, pode ser suscetível de prejudicar os concorrentes no mercado das redes, no mercado publicitário ou em mercados terceiros, tanto mais que os utilizadores podem, inclusivamente, com a OFA, isolar estes dados da sua conta na *Facebook*.

c) Só em relação ao tratamento dos dados do Instagram dos utilizadores da *Facebook.com* se pode considerar seriamente que a concorrência é suscetível de ser restringida, uma vez que através desta utilização da *Facebook.com* é personalizada, na medida em que são sugeridas pessoas aos utilizadores que os mesmos seguem no Instagram e, nesse sentido, pode ocorrer um aumento dos efeitos das redes e por estes, associados aos dados dos utilizadores provenientes da *Facebook.com*, podem eventualmente ser utilizados para fins publicitários e para o aperfeiçoamento dos produtos na *Facebook.com*. Em relação à questão de saber se, numa situação de lealdade de concorrência no mercado das redes sociais, um tal tratamento de dados que abrange vários serviços não seria de esperar sem o consentimento específico dos utilizadores e, em especial, para a apreciação e a ponderação completas dos interesses em causa, com base nas quais se deve apreciar se a conduta da *Facebook Ireland* é abusiva, tanto do ponto de vista da exploração dos utilizadores, como também do ponto de vista da restrição da concorrência [v. BGH, Despacho de 23 de junho de 2020 – KVR 69/19, n.ºs 98 e seg. – *Facebook* (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0)], pretende-se

esclarecer, com a questão prejudicial 7, se o Bundeskartellamt pode, pelo menos, para este efeito, formular conclusões sobre a violação do RGPD por parte deste tratamento de dados e ainda, com as questões prejudiciais 3 a 5, se este tratamento de dados viola a RGPD, e se, portanto, a *Facebook Ireland* recorre a meios diferentes dos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos (v. Acórdãos TJUE de 6 de outubro de 2015, *Posts Danmark*, C-23/14, n.ºs 29 e seg. e de 6 de dezembro de 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10, n.ºs 74 e seg.).

[*Omissis*]

DOCUMENTO DE TRABALHO