

Zaak C-252/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

22 april 2021

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

24 maart 2021

Verzoeksters:

Facebook Inc.

Facebook Ireland Ltd.

Facebook Deutschland GmbH

Verweerder:

Bundeskartellamt



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLISSING

[OMISSIS]

In de kartelzaak

1. **Facebook Inc.**, [OMISSIS] USA,
2. **Facebook Ireland Ltd.**, [OMISSIS] Ierland,

3. **Facebook Deutschland GmbH**, [OMISSIS] Hamburg,

verzoeksters,

[OMISSIS]

t e g e n

Bundeskartellamt, [OMISSIS] Bonn,

verweerder,

Andere partijen in de procedure:

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., [OMISSIS] Berlijn,

interveniente,

[OMISSIS] [Or. 2]

heeft de 1. Kartellsenat van het Oberlandesgericht Düsseldorf
ter terechtzitting van 24 maart 2021

[OMISSIS]

b e s l i s t:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden krachtens artikel 267 VWEU de volgende vragen betreffende de uitlegging van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming; hierna ook: „AVG”) en betreffende de uitlegging van artikel 4, lid 3, VEU voorgelegd met het verzoek om een prejudiciële beslissing:

1.

a) Is het verenigbaar met de artikelen 51 e.v. AVG, wanneer een nationale mededingingsautoriteit van een lidstaat, zoals het Bundeskartellamt (Duitse mededingingsautoriteit), die geen toezichthoudende autoriteit in de zin van de artikelen 51 e.v. AVG is en in

wier lidstaat een buiten de Europese Unie gevestigde onderneming een vestiging heeft, die de in een andere lidstaat gelegen hoofdvestiging van deze onderneming, welke de uitsluitende verantwoordelijkheid draagt voor de verwerking van persoonsgegevens voor het gehele gebied van de Europese Unie, ondersteunt op het gebied van advertenties, communicatie en publiciteit, in het kader van het toezicht op misbruik op het gebied van de mededinging vaststelt dat de contractuele bepalingen van de hoofdvestiging inzake de gegevensverwerking en de uitvoering daarvan inbreuk maken op de AVG, en de beëindiging van die inbreuk beveelt?

b) Zo ja: is dit verenigbaar met artikel 4, lid 3, VEU, wanneer tegelijkertijd de leidende toezichthoudende autoriteit in de lidstaat van de hoofdvestiging in de [Or. 3] zin van artikel 56, lid 1, AVG een onderzoek heeft ingesteld naar haar contractuele bepalingen inzake de gegevensverwerking?

Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord:

2.

a) In het geval dat een internetgebruiker websites of apps waarop de criteria van artikel 9, lid 1, AVG betrekking hebben, bijvoorbeeld flirting-apps, datingsites voor homoseksuelen, websites van politieke partijen, gezondheidsgerelateerde websites, ofwel slechts opent ofwel daar ook gegevens invoert, zoals bij registratie of bestellingen, en een andere onderneming, zoals *Facebook Ireland*, via op deze websites en apps geïntegreerde interfaces, zoals „Facebook Business Tools”, of via op de computer of een mobiel apparaat van de internetgebruiker geplaatste cookies of vergelijkbare opslagtechnologieën, de gegevens over het openen van de websites en apps door de gebruiker en over de daar gegeven invoer van de gebruiker verzamelt, met de gegevens van het *Facebook*-account van de gebruiker verbindt en gebruikt, dient dit verzamelen en/of verbinden en/of gebruiken dan te worden aangemerkt als de verwerking van gevoelige gegevens in de zin van de bepaling?

b) Zo ja: kan het openen van deze websites en apps en/of het invoeren van gegevens en/of het aanklikken van de op deze websites of apps geïntegreerde knoppen („sociale plugins” zoals „Vind ik leuk”, „Delen” of „Facebook login” of „Account Kit”) van een aanbieder als *Facebook Ireland* worden beschouwd als het kennelijk openbaar maken van de gegevens via het openen van de website of app als zodanig en/of via de door de gebruiker gegeven invoer in de zin van artikel 9, lid 2, onder e), AVG?

3.

Kan een onderneming als *Facebook Ireland*, die een door advertenties gefinancierd, digitaal sociaal netwerk exploiteert en in haar gebruiksvoorwaarden de personalisatie van de inhoud en van de

advertenties, de netwerkveiligheid, de productverbetering en het consistente en probleemloze gebruik van alle producten van het concern aanbiedt, zich beroepen op de rechtvaardigingsgrond van de noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), AVG of op de rechtvaardigingsgrond van de behartiging van gerechtvaardigde belangen overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder f), AVG, wanneer de onderneming voor dit doel gegevens uit andere diensten van het concern en [Or. 4] uit websites en apps van derden via daarin geïntegreerde interfaces, zoals „Facebook Business Tools”, of via op de computer of het mobiele apparaat van de internetgebruiker geplaatste cookies of vergelijkbare opslagtechnologieën verzamelt, met het Facebook-account van de gebruiker verbindt en gebruikt?

4.

Kunnen in een dergelijk geval tevens

- de minderjarigheid van de gebruikers voor de personalisatie van inhoud en advertenties, productverbetering, netwerkveiligheid en andere dan marketing-gerelateerde communicatie met de gebruiker,
- het aanbieden van metingen, analyses en andere zakelijke diensten aan adverteerders, ontwikkelaars en overige partners zodat deze hun diensten kunnen evalueren en verbeteren,
- het aanbieden van marketingcommunicatie met de gebruiker, zodat de onderneming haar producten kan verbeteren en direct marketing kan toepassen,
- onderzoek en innovatie voor het maatschappelijk belang, om de stand van de techniek respectievelijk het wetenschappelijk begrip ten aanzien van belangrijke sociale onderwerpen te bevorderen en om de maatschappij en de wereld positief te beïnvloeden,
- het informeren van vervolgings- en handhavingsautoriteiten, het reageren op gerechtelijke verzoeken om strafbare feiten, onrechtmatig gebruik, schending van gebruiksvoorwaarden en beleid alsmede overige nadelige gedragingen te voorkomen, op te sporen en te vervolgen,

gerechtvaardigde belangen in de zin van artikel 6, lid 1, onder f), AVG zijn wanneer de onderneming voor deze doeleinden gegevens uit andere diensten van het concern en uit websites en apps van derden via daarin geïntegreerde interfaces, zoals „Facebook Business Tools”, of via op de computer of het mobiele apparaat van de internetgebruiker geplaatste cookies of vergelijkbare opslagtechnologieën verzamelt, met het Facebook-account van de gebruiker verbindt en gebruikt?

5.

Kan in een dergelijk geval het verzamelen van gegevens uit andere diensten van het concern en uit websites en apps van derden via daarin geïntegreerde interfaces, zoals „Facebook Business Tools”, of via op de computer of het mobiele apparaat van de internetgebruiker geplaatste cookies of vergelijkbare opslagtechnologieën, de verbinding met het Facebook-account van de gebruiker en het gebruik of het gebruik van reeds [Or. 5] op andere wijze rechtmatig verzamelde en verbonden gegevens in een afzonderlijk geval ook gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 6, lid 1, onder c), d) en e), AVG, om bijvoorbeeld te voldoen aan een rechtsgeldig verzoek om bepaalde gegevens [onder c)], om nadelige gedragingen te bestrijden en de veiligheid te bevorderen [onder d)], in het belang van het onderzoek ten behoeve van het welzijn van de maatschappij en ter bevordering van de bescherming, integriteit en veiligheid [onder e)]?

6.

Kan aan een onderneming met een machtspositie zoals *Facebook Ireland* een effectieve, in het bijzonder overeenkomstig artikel 4, punt 11, AVG vrijwillige toestemming in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), en artikel 9, lid 2, onder a), AVG worden verleend?

Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord:

7.

a) Kan een nationale mededingingsautoriteit van een lidstaat, zoals het Bundeskartellamt, die geen toezichthoudende autoriteit is in de zin van de artikelen 51 e.v. AVG en die een inbreuk van een onderneming met een machtspositie op het kartelrechtelijke misbruikverbod onderzoekt, welke inbreuk niet bestaat in een inbreuk op de AVG door haar voorwaarden inzake de gegevensverwerking en de uitvoering daarvan, in het kader van bijvoorbeeld de belangenafweging vaststellingen doen ten aanzien van de vraag of de voorwaarden inzake gegevensverwerking van deze onderneming en de uitvoering daarvan voldoen aan de AVG?

b) Zo ja: Geldt dit met het oog op artikel 4, lid 3, VEU ook wanneer tegelijkertijd de op grond van artikel 56, lid 1, AVG bevoegde leidende toezichthoudende autoriteit de voorwaarden van deze onderneming inzake de gegevensverwerking onderzoekt?

Indien de zevende vraag bevestigend moet worden beantwoord, moeten de vragen 3 tot en met 5 worden beantwoord ten aanzien van het gebruik van de gegevens voortvloeiende uit het gebruik van de dienst van het concern *Instagram*. [Or. 6]

Motivering

I.

Verzoekster ad 2. (hierna ook: *Facebook Ireland*) exploiteert in Europa het voor privégebruikers kosteloze digitale sociale netwerk *Facebook.com*. Verzoekster ad 1. is de Amerikaans moedermaatschappij van verzoekster ad 2. Verzoekster ad 3. is een Duitse zustermaatschappij van *Facebook Ireland* en ondersteunt deze op het gebied van advertenties, communicatie en publiciteit (hierna gezamenlijk ook: *Facebook*).

De privégebruiker kan op *Facebook.com* een persoonlijke *Facebook*-pagina aanmaken waarlangs hij met derden kan communiceren. Hij kan onder meer eigen bijdragen in de „Newsfeed” van zijn *Facebook*-pagina zetten en naar eigen keuze onder zijn *Facebook*-vrienden of publiekelijk binnen het netwerk verspreiden. Verder kan hij in zijn „Newsfeed” berichten ontvangen van zijn *Facebook*-vrienden of van andere op *Facebook.com* aanwezige content-aanbieders en ondernemingen die hij volgt. Verder kan hij inhoud van websites en apps van derden in zijn „Newsfeed” en in de „Newsfeed” van zijn *Facebook*-vrienden laten zien door daar op „sociale plugins” (in het bijzonder „Vind ik leuk” of „Delen”) te klikken. Met de „*Facebook Login*” en de „*Account Kit*” kan de gebruiker met zijn *Facebook*-registratiegegevens op websites en apps van derden inloggen of daar een profiel aanmaken.

Facebook biedt ondernemingen de mogelijkheid om aanklikbare „sociale plugins” (in het bijzonder „Vind ik leuk” en „Delen”) alsmede de „*Facebook Login*” en „*Account Kit*” op hun websites en apps op te nemen via interfaces die vooraf door *Facebook* zijn gedefinieerd onder het begrip „*Facebook Business Tools*”. Deze interfaces ondersteunen de doorgifte van gebruikersgegevens aan *Facebook.com*, ongeacht of de gebruikers van de website of app daadwerkelijk de aanklikbare iconen aanklikken.

Facebook.com wordt gefinancierd middels online-advertenties die zijn afgestemd op de individuele gebruiker van het sociale netwerk en erop zijn gericht aan de gebruiker die advertenties te laten zien die hem op grond van zijn persoonlijke gedragingen als consument, zijn interesses, koopkracht en situatie zouden kunnen interesseren. Adverteerders kunnen middels de „advertentiemanager” de gewenste doelgroep specificeren en de advertentie aan de gebruikers laten zien, hun [Or. 7] klantenlijsten in versleutelde vorm aan *Facebook* ter beschikking stellen en hun advertenties door een vergelijking met de gegevens uit het sociale netwerk verder verfijnen. Met de aanvullende analyse- en meettools (advertentieberichten en „*Facebook Analytics*”), die *Facebook* eveneens onder het begrip „*Facebook Business Tools*” aanbiedt, kunnen adverteerders het succes van hun advertenties meten en hun eigen online-diensten analyseren alsmede geaggregeerde data over hun doelgroep ontvangen. Dit gebeurt eveneens via de integratie van interfaces („*Facebook Pixel*” of „*SDK*”) die het gedrag van de gebruikers ook op websites en apps van derden volgen, zonder dat hiervoor een handeling van de gebruiker nodig is.

Het *Facebook*-concern biedt naast het sociale netwerk aanvullende diensten aan, onder meer het in Europa eveneens door *Facebook Ireland* geëxploiteerde –

middels advertenties gefinancierde, kosteloze – *Instagram* voor het „delen” van foto’s en korte filmpjes, het in Europa door *WhatsApp Ireland Ltd.* geëxploiteerde – niet door advertenties gefinancierde, kosteloze – *WhatsApp* voor het verzenden en ontvangen van talloze media zoals berichten, foto’s, filmpjes, contacten, documenten, locaties en gesproken berichten en oproepen, alsmede het in Europa door een andere dochtermaatschappij *Facebook Technologies Ireland Ltd.* geëxploiteerde *Oculus*, waarmee „virtual reality”-brillen en software worden aangeboden. Tot en met 13 maart 2020 bood *Facebook* bovendien de dienst *Masquerade* voor het bewerken en „delen” van foto’s aan.

Privégebruikers in Europa sluiten een gebruikersovereenkomst inzake *Facebook.com* af door op de knop „Registreren” te klikken; zij stemmen daarmee tevens in met de gebruiksvoorwaarden van *Facebook Ireland*, op grond waarvan *Facebook Ireland* persoonsgegevens verwerkt. Voor toelichting daarop wordt in het bijzonder verwezen naar het door *Facebook Ireland* toegepaste gegevens- en cookiebeleid. Volgens dat beleid verzamelt *Facebook Ireland* gebruikers- en apparaatgegevens over de gebruikersactiviteiten binnen en buiten het sociale netwerk en linkt deze aan de *Facebook*-accounts van de betrokken gebruikers. Bij de buiten het sociale netwerk verrichte gebruikersactiviteiten gaat het enerzijds om het bezoek aan websites en apps van derden die middels programmeringsinterfaces („*Facebook Business Tools*”) met *Facebook.com* verbonden zijn, en anderzijds om het gebruik van de andere bij *Facebook* horende diensten *Instagram*, *WhatsApp* en *Oculus*, waarvoor gegevens „via de andere *Facebook*-bedrijven en -producten” worden verwerkt. **[Or. 8]**

Bij besluit van 6 februari 2019 heeft het Bundeskartellamt verzoeksters en de overeenkomstig § 36, lid 2, van de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen de beperking van de mededinging; hierna: „GWB”) aan hen gelieerde ondernemingen, een verbod opgelegd tot gegevensverwerking als bedoeld in de gebruiksvoorwaarden, alsmede tot uitvoering daarvan overeenkomstig § 19, lid 1, en § 32 GWB, en bevelen de inbreuk te beëindigen. Het verbod omvat de toepassing van gebruiksvoorwaarden inclusief de uitwerking daarvan in het gegevens- en cookiebeleid, op grond waarvan het gebruik van het netwerk *Facebook.com* door in Duitsland gevestigde privégebruikers afhankelijk is van de voorwaarde dat *Facebook Ireland* gebruikers- en apparaatgerelateerde gegevens die afkomstig zijn van het gebruik van *Instagram*, *WhatsApp*, *Oculus* en *Masquerade* en van de bezoeken aan websites of apps van derden via „*Facebook Business Tools*”, zonder toestemming van de gebruikers kan verzamelen, met hun *Facebook*-gegevens kan verbinden en kan gebruiken (dispositief 1). Bovendien heeft het Bundeskartellamt verzoeksters en de overeenkomstig § 36, lid 2, GWB aan hen gelieerde ondernemingen verboden deze voorwaarden uit te voeren middels de daadwerkelijke handelingen voor gegevensverwerking die *Facebook Ireland* op grond van het gegevens- en cookiebeleid verricht (dispositief 2), en heeft het verzoeksters en de overeenkomstig § 36, lid 2, GWB aan hen gelieerde ondernemingen verplicht de gebruiksvoorwaarden en de toepassing daarvan aan te passen en hierbij uitdrukkelijk aan te geven dat de gebruikers- en apparaatgegevens die afkomstig zijn uit het gebruik van *Instagram*, *WhatsApp*,

Oculus en *Masquerade* alsmede uit de „Facebook Business Tools”, niet of niet zonder toestemming van de gebruikers mogen worden verzameld, met het Facebook-account worden verbonden en worden gebruikt (dispositief 3). In dispositief 4 van zijn besluit heeft het Bundeskartellamt ten slotte verduidelijkt dat er geen sprake is van toestemming van de gebruiker als *Facebook.com* uitsluitend beschikbaar wordt gemaakt nadat deze toestemming is verleend.

Op 11 februari 2019 hebben verzoeksters tijdig en met naleving van de vormvoorschriften tegen het besluit van het Bundeskartellamt beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Düsseldorf.

Facebook Ireland heeft – op initiatief van de Europese Commissie en de nationale consumentenorganisaties van de lidstaten – op 31 juli 2019 nieuwe – in wezen gelijkkluidende – gebruiksvoorwaarden ingevoerd die onder punt 2 uitdrukkelijk vermelden dat de gebruiker, in plaats van te betalen voor het gebruik van de Facebook-producten, ermee instemt dat er advertenties worden getoond. Sinds 28 januari 2020 biedt Facebook wereldwijd de zogenoemde [Or. 9] Off-Facebook-Activity (hierna: „OFA”) aan. Hiermee kunnen Facebook-gebruikers een samenvatting van die informatie verkrijgen die Facebook over hun activiteiten op andere websites en apps ontvangt, en de oude en toekomstige gegevens op verzoek loskoppelen van hun Facebook-account.

II.

De voor de beoordeling van de beroepsprocedure relevante Duitse wettelijke bepalingen luiden als volgt:

§ 19, lid 1, GWB in de tot en met 18 januari 2021 toepasselijke versie:

(1) Misbruik bij het benutten van een machtspositie door een of meer ondernemingen is verboden.

§ 19, lid 1, GWB in de sinds 19 januari 2021 toepasselijke versie luidt als volgt:

(1) Misbruik van een machtspositie door een of meer ondernemingen is verboden.

§ 32, lid 1, GWB:

(1) De mededingingsautoriteit kan ondernemingen of verenigingen van ondernemingen verplichten een inbreuk op een bepaling uit dit deel of op de artikelen 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te beëindigen.

III.

Het al dan niet slagen van het beroep van *Facebook Ireland* – dat, na beëindiging van de dienst *Masquerade* en de verklaring van het Bundeskartellamt dat uit het

bestreden besluit in zoverre geen rechten meer kunnen worden afgeleid, alleen nog gericht is tegen de overige delen van dat besluit – hangt af van de beantwoording van de in het dictum gestelde prejudiciële vragen. Voorafgaand aan een beslissing over het rechtsmiddel moet de behandeling van de zaak derhalve worden geschorst en moet het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU worden verzocht om een prejudiciële beslissing.

1. Het Bundeskartellamt heeft zijn op § 19, lid 1, en § 32 GWB gebaseerde besluit in eerste instantie uitsluitend aldus gemotiveerd dat de verwerking van gegevens uit de onafhankelijk van *Facebook.com* aangeboden diensten van het concern en uit de „*Facebook Business Tools*”, zoals neergelegd in de gebruiksvoorwaarden en toegepast, misbruik vormt van de machtspositie op de markt voor sociale netwerken voor privégebruikers in Duitsland, in de vorm van een misbruik van voorwaarden overeenkomstig de algemene bepaling van § 19, lid 1, GWB, [Or. 10] omdat deze gegevensverwerking als uitvloeisel van een machtspositie inbreuk maakt op de AVG, aangezien er onvoldoende rechtvaardigingsgronden overeenkomstig artikel 6, lid 1, en artikel 9, lid 2, AVG zijn. Bovendien heeft het misbruik tot gevolg dat concurrenten op de markt voor sociale netwerken en op andere markten worden gehinderd. Een aanvullende kartelrechtelijke belangenafweging is volgens het Bundeskartellamt niet nodig en zou bovendien hetzelfde resultaat hebben als de belangenafweging inzake de gegevensbescherming. Aangezien het in de Duitse rechtspraak met betrekking tot de algemene bepaling van § 19, lid 1, GWB ontwikkelde concept van bescherming tot dusver geen navolging heeft gevonden in de Europese rechtspraak en in de uitvoeringspraktijk, is het besluit uitsluitend gebaseerd op de in zoverre ten opzichte van artikel 102 VWEU strengere § 19, lid 1, GWB.

Terwijl het besluit van het Bundeskartellamt moet worden nietig verklaard voor zover dit gericht is tot verzoeksters ad 1 en 3 en tot alle overeenkomstig § 36, lid 2, GWB aan verzoeksters gelieerde ondernemingen, omdat laatstgenoemden geen partij waren bij de administratieve procedure en niet in rechte zijn gehoord, in het besluit niet is gemotiveerd waarom verzoeksters ad 1. en 3. zijn opgeroepen en de krachtens § 32, lid 1, GWB vereiste discretionaire bevoegdheid niet pas voor het eerst in het kader van de beroepsprocedure kan worden uitgeoefend, gaat de Senat wat betreft *Facebook Ireland* uit van het volgende:

- a) *Facebook Ireland* heeft een machtspositie op de feitelijk relevante markt van aanbieders van digitale sociale netwerken voor privégebruikers, die voor het doel van het toezicht op misbruik vanwege de - zoals door het Bundeskartellamt onbestreden vastgestelde - overwegend in Duitsland optredende effecten tot het grondgebied van Duitsland kan worden afgebakend. Bijgevolg is *Facebook Ireland* de adressaat van § 19, lid 1, GWB.
- b) Inbreuk op de AVG door de gebruiksvoorwaarden van *Facebook Ireland* en de uitvoering daarvan, levert mogelijk misbruik op van voorwaarden ten nadele van de privégebruikers overeenkomstig de algemene bepaling van § 19, lid 1, GWB, omdat § 19 GWB – net als artikel 102 VWEU – consumenten niet slechts

indirect beschermt tegen een verstoring van de mededinging door een machtspositie, maar ook direct tegen uitbuiting door een onderneming met een machtspositie, zonder dat het effect op de structuur van de mededinging van belang is (zie arrest van het Hof van 15 maart 2007, *British Airways*, C-95/04, punt 106; **[Or. 11]** arrest van het BGH van 07 december 2010, *Entega II* – KZR 5/10, punt 55). De voor de mededinging relevante schade bestaat in schending van de door de AVG beschermde vrijheid van de gebruikers om over hun eigen persoonsgegevens te kunnen beschikken. Indien het verwijt van misbruik bestaat in een (relevante) schending van de wet, vinden geen vergelijkende marktanalyse en geen onderzoek plaats in welke mate de vastgestelde vergelijkende voorwaarden van hetgeen gangbaar is op de markt afwijken, zoals die wel worden uitgevoerd om vast te stellen dat sprake is van een oneigenlijk hoge prijs in de zin van § 19, lid 2, punt 2, GWB (zie arrest van het BGH van 06 november 2013 – KZR 58/11, punt 66 – VBL-Gegenwert I). Dan is er ook geen ruimte voor de eveneens in het kader van de algemene bepaling van § 19, lid 1, GWB in beginsel vereiste belangenafweging (zie arrest van het BGH van 07 juni 2016 – KZR 6/15, punt 48 – Pechstein/International Skating Union [ECLI:DE:BGH:2016:070616UKZR6.15.0]). Van het – op grond van § 19, lid 1, GWB zoals ook op grond van artikel 102, eerste zin, VWEU – vereiste causale verband tussen misbruik en machtspositie (zie arrest van het Hof van 14 november 1996, *Tetrapak*, C-333/94, punt 27 [ECLI:EU:C:1996:436]; arrest van 14 februari 1978, *United Brands*, C-27/76, punten 248-257 [ECLI:EU:C:1978:22]; uitspraak van het BGH van 23 juni 2020 *Facebook*, KVR 69/19, punt 73 [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]) zou sprake zijn, en wel zowel in de zin van een ruimer opgevatte gedragscausaliteit, omdat *Facebook Ireland* bij een goed functionerende mededinging redelijkerwijs geen voorwaarden inzake gegevensverwerking zou verlangen die volgens de AVG ontoelaatbaar zijn, als ook in de zin van een resultaatcausaliteit, omdat de gebruikers – ook al kunnen ondernemingen zonder machtspositie op de markt inbreuk maken op de AVG – indien de inbreuk wordt gemaakt door een onderneming met een quasi monopoliepositie, zoals *Facebook Ireland*, in feite geen andere uitwijkmogelijkheid hebben (zie ook arresten van 05 oktober 1988, *Alsatel*, C-247/86 [ECLI:EU:C:1988:469] en 27 maart 1974, *BRT en Société belge*, C-127/73, [ECLI:EU:C:1974:25], waarin het Hof van Justitie het verband tussen misbruik en machtspositie niet in twijfel trekt). *Facebook Ireland* kan zich, als het gaat om misbruik, niet beroepen op een concernprivilege op grond van § 36, lid 2, GWB (zie arrest van het Hof van 24 oktober 1996, *Viho*, C-73/95 P, punt 17; uitspraak van het BGH van 06 november 2012 – KVR 54/11, punt 19, 22 – Gasversorgung Ahrensburg; arrest van 23 juni 2009 – KZR 21/08, punt 16 – Entega I).

c) Het besluit is formeel onrechtmatig, omdat het Bundeskartellamt in strijd met artikel 3, lid 1, tweede zin, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de **[Or. 12]** mededingingsregels van de artikelen [101] en [102] van het Verdrag (hierna: uitvoeringsverordening) artikel 102, eerste alinea, VWEU niet heeft getoetst, ofschoon de machtspositie van *Facebook Ireland* op de markt in Duitsland overeenkomt met een

machtspositie op een wezenlijk deel van de interne markt in de zin van artikel 102, eerste alinea, VWEU (zie arrest van het Hof van 23 april 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punt 28; arrest van 09 november 1983, Michelin, C-322/81, punt 28 [ECLI:EU:C:1983:313]), en op grond van de vaststelling dat de inbreuk op de AVG tot „*feitelijke en potentiële belemmeringen ten nadele van concurrenten*” leidt (punt 885 van het besluit van het Bundeskartellamt), tevens had moeten worden uitgegaan van het vereiste dat sprake moest zijn van handelsverkeer tussen de lidstaten in de zin van artikel 102, eerste alinea, VWEU (zie arrest van het Hof van 23 april 1991, Höfner-Elsner, C-41/90, punt 32; arrest van 9 november 1983, Michelin, C-322/81, punt 104 [ECLI:EU:C:1983:313]). [OMISSIS] [wordt uiteengezet] Vanwege de [OMISSIS] te veronderstellen parallelliteit tussen § 19, lid 1, GWB en artikel 102, eerste alinea, VWEU (zie arrest van het BGH van 8 april 2014 – KZR 53/12, punt 46, VBL-Versicherungspflicht; arrest van 6 november 2013 – KZR 58/11, punt 51– VBL-Gegenwert I), is de procedurele fout evenwel niet van belang indien het besluit op grond van § 19, lid 1, GWB materieel rechtmatig is, en heeft deze fout geen wezenlijke verdergaande onrechtmatigheid tot gevolg indien het besluit op grond van § 19, lid 1, GWB materieel onrechtmatig is.

d) Derhalve is bepalend of het Bundeskartellamt kan vaststellen of de gebruiksvoorwaarden van *Facebook Ireland* en de uitvoering daarvan inbreuk maken op de AVG, en of het tegen een dergelijke inbreuk de gelaste corrigerende maatregelen kan opleggen. [Or. 13]

aa) Daartoe wordt met de eerste prejudiciële vraag onder a) beoogd te verduidelijken of het verenigbaar is met de bevoegdheids-, samenwerkings- en coherentieregelingen van de artikelen 51 e.v. AVG, in het bijzonder van artikel 56, lid 1, AVG, en de bevoegdheidsbepalingen van de artikelen 57 en 58 AVG, dat het Bundeskartellamt voor het kartelrechtelijke toezicht op misbruik vaststelt dat de gebruiksvoorwaarden van *Facebook Ireland* en de uitvoering daarvan inbreuk maken op de AVG, en corrigerende maatregelen beveelt. Het Bundeskartellamt is immers geen toezichthoudende autoriteit in de zin van de AVG, en de leidende toezichthoudende autoriteit als bedoeld in artikel 56, lid 1, AVG is de Ierse, aangezien *Facebook Ireland* de hoofdvestiging van *Facebook* in Europa is, zij het sociale netwerk in Europa exploiteert, uniforme gebruiksvoorwaarden in alle lidstaten van de Unie toepast en de verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens voor het gehele gebied van de Europese Unie in de zin van artikel 4, punt 7, AVG is.

Voor zover in dit verband tevens rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van een civielrechtelijke rechtsbescherming overeenkomstig artikel 82 AVG en in het bijzonder de mogelijkheid van andere sancties zoals bedoeld in artikel 84, lid 1, AVG, wijst de Senat erop dat de §§ 19 en 32 GWB niet behoren tot de bepalingen die Duitsland overeenkomstig artikel 84, lid 2, AVG aan de Europese Commissie heeft meegedeeld (punt 201 van de gronden van beroep).

bb) Indien het verenigbaar is met de bevoegdheidsregels van de AVG dat het Bundeskartellamt in het kader van het kartelrechtelijke toezicht op misbruik vaststelt dat de gebruiksvoorwaarden en de uitvoering daarvan inbreuk maken op de AVG en hiervoor een sanctie oplegt, wordt met de eerste prejudiciële vraag onder b), beoogd te verduidelijken of dit verenigbaar is met het in artikel 4, derde alinea, EU neergelegde beginsel van loyale samenwerking, in het geval dat de krachtens artikel 56, lid 1, AVG leidende toezichthoudende autoriteit een dergelijke inbreuk reeds onderzoekt, zoals hier de Ierse toezichthoudende autoriteit, die, volgens de niet betwiste verklaring van *Facebook* (punten 188 en 217 van de gronden van beroep), in samenwerking met andere betrokken toezichthoudende autoriteiten binnen de Unie, op het moment van het besluit [van het Bundeskartellamt] en ook daarna reeds onderzoek deed naar een mogelijke inbreuk op de AVG door de gegevensverwerking van *Facebook Ireland*.

e) Indien het Bundeskartellamt voor het kartelrechtelijke toezicht op misbruik een inbreuk op de AVG door de gebruiksvoorwaarden van *Facebook Ireland* en de uitvoering daarvan kan vaststellen en corrigerende maatregelen kan bevelen, is [Or. 14] verder bepalend of de gebruiksvoorwaarden (geconcretiseerd in het gegevens- en cookiebeleid) inzake de verwerking van gegevens uit de andere diensten van het concern en de „*Facebook Business Tools*” (hierna samengevat ook: „*Off-Facebook-gegevens*”) en de toepassing daarvan inbreuk maken op de AVG en of het Bundeskartellamt de gebruiksvoorwaarden en de toepassing daarvan kan verbieden en kan bevelen dat deze gegevens niet of slechts met afzonderlijke toestemming van de gebruikers – waarvan het gebruik van *Facebook* niet mag afhangen – kunnen worden verwerkt.

aa) Het Bundeskartellamt gaat er terecht van uit dat het bij de *Off-Facebook-gegevens* gaat om persoonsgegevens in de zin van artikel 4, punt 1, AVG [zie arrest van het Hof van 19 oktober 2016, Breyer, C-582/14, punt 49; arrest van 24 november 2011, Scarlet, C-70/10, punt 51; BGH, verwijzingsbeslissing van 05 oktober 2017, Cookie-Einwilligung I, I ZR 7/16, punt 23 (ECLI:DE:BGH:2017: 051017BIZR7.16.0)], dat het gebruik van de gegevens teneinde het netwerk en de advertenties te personaliseren een „profilering” in de zin van artikel 4, punt 4, AVG vormt en dat *Facebook Ireland* de verwerkingsverantwoordelijke in de zin van artikel 4, punt 7, AVG is [zie arrest van het Hof van 29 juli 2019, FashionId, C-40/17, punt 84 (ECLI:EU:C:2019:629)].

bb) Het Bundeskartellamt gaat er terecht van uit dat met het aanklikken van de knop „Registreren” – ook met inachtneming van punt 2 van de nieuwe gebruiksvoorwaarden van 31 juli 2019 – geen toestemming wordt verleend voor de verwerking van de *Off-Facebook-gegevens* overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), en artikel 9, lid 2, onder a), AVG [zie arrest van het Hof van 01 oktober 2019, Planet49, C-673/17, punt 58 e.v. (ECLI:EU:C:2019: 801)], en dat de toestemming van de gebruikers die *Facebook Ireland* voor het gebruik van gegevens uit de „*Facebook Business Tools*” ten behoeve van het tonen van gepersonaliseerde advertenties vraagt, uitsluitend het gebruik van de gegevens

voor dit doel betreft en niet in het algemeen het verzamelen en verbinden daarvan met het *Facebook*-account. Het Bundeskartellamt gaat er ook terecht van uit dat de mogelijkheid om in het apparaat van de gebruiker of in zijn browser het plaatsen van cookies te blokkeren en de cookies te wissen, de mogelijkheid om in het besturingssysteem van het mobiele apparaat advertenties-ID's te resetten, en de eind januari 2020 ingevoerde OFA-functie, niet voldoen aan de vereisten van toestemming overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder a), en artikel 9, lid 2, onder a), AVG. [Or. 15]

cc) Aangezien de in de gebruiksvoorwaarden voorziene verwerking van de Off-*Facebook*-gegevens en de uitvoering daarvan – ook binnen het concern – rechtmatig is indien is voldaan aan ten minste één van de rechtvaardigingsgronden van artikel 6, lid 1, onder a) tot en met f), AVG, en het Hof van Justitie met betrekking tot de gelijklopende voorloperregeling van artikel 7 van de richtlijn inzake gegevensbescherming 95/46/EG reeds heeft beslist dat deze een uitputtende en limitatieve lijst van gevallen bevat waarin een verwerking van persoonsgegevens als rechtmatig kan worden aangemerkt, en dat de lidstaten geen nieuwe beginselen met betrekking tot de toelaatbaarheid van de verwerking van persoonsgegevens naast dit artikel mogen invoeren noch aanvullende voorwaarden mogen stellen die de reikwijdte van een van de daarin voorziene beginselen zouden wijzigen (zie arrest van het Hof van 29 juli 2019, *FashionId*, C-40/17, punt 55 [ECLI:EU:C:2019:629]; arrest van 19 oktober 2016, *Breyer*, C-582/14, punt 57; arrest van 24 november 2011, *ASNEF* en *FECEMD*, C-468/10 en C-469/10, punten 30 en 32), is het bepalend of de in de gebruiksvoorwaarden voorziene en geïmplementeerde verwerking van de Off-*Facebook*-gegevens in alle gevallen uitsluitend kan worden gerechtvaardigd door toestemming. Want alleen dan zou het Bundeskartellamt kunnen bevelen dat deze verwerking om redenen van gegevensbescherming ofwel niet ofwel slechts met toestemming plaatsvindt.

(1) *Facebook Ireland* biedt in het kader van zijn sociale netwerk conform punt 1 van zijn actuele gebruiksvoorwaarden (bijlage Bf 9) onder het kopje „De services die wij aanbieden” – voor zover hier van belang – in wezen de volgende diensten aan: 1. de personalisatie van inhoud, 2. het tonen van gepersonaliseerde advertenties, 3. gebruiker- en netwerkveiligheid, 4. productverbetering en 5. het consistente en probleemloze gebruik van de producten van *Facebook*-bedrijven.

Facebook Ireland verzamelt de in zijn gegevensbeleid (bijlage Bf 10) onder het kopje „Wat voor soorten gegevens worden verzameld?” nader genoemde gebruikers- en apparaatgegevens uit het gebruik van de diensten van het concern en uit de „*Facebook Business Tools*”, koppelt deze aan de bij het gebruik van *Facebook.com* verzamelde en opgeslagen gegevens en gebruikt deze zoals toegelicht onder het kopje „Hoe gebruiken we deze gegevens” voor het aanbieden, personaliseren en verbeteren van zijn producten, voor het aanbieden van metingen, analyses en andere zakelijke diensten, voor het bevorderen van veiligheid, integriteit en beveiliging, voor het communiceren met gebruikers en voor onderzoek en innovatie voor maatschappelijk belang alsmede,

overeenkomstig de **[Or. 16]** toelichting onder het kopje „Hoe werken de Facebook-bedrijven samen?“, „ook [...] *via de verschillende Facebook-bedrijven*”.

Facebook Ireland plaatst cookies overeenkomstig haar cookiebeleid (bijlage Bf 11) bij het gebruik van diensten van het concern en bij het bezoek aan websites en apps van derden die „*Facebook Business Tools*” hebben geïntegreerd, of gebruikt andere opslagtechnologieën en verzamelt hierover, zonder dat een verdere handeling van de gebruiker vereist is, gebruiker- en apparaatgebaseerde gegevens, die *Facebook Ireland* gebruikt voor het aanbieden van zijn diensten en voor veiligheids-, advertentie- en analysedoeleinden.

Om welke soorten verzamelde en gebruikte gegevens het precies gaat blijkt uit het gegevensbeleid onder het kopje „Wat voor soorten gegevens worden verzameld?” (bijlage Bf 10) en uit punt 2, onder a) tot en met d), van het dispositief van het besluit.

Facebook Ireland beroept zich onder het kopje „Wat is onze rechtsgrond voor het verwerken van gegevens?” in haar gegevensbeleid (bijlage Bf 10) op alle rechtvaardigingsgronden van artikel 6, lid 1, AVG. Onder het kopje „Meer informatie over deze rechtsgronden” (bijlage Bf 12) beroept *Facebook Ireland* zich op *toestemming* in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), AVG voor 1. de verwerking van gegevens met bijzondere bescherming, die de gebruiker in zijn/haar Facebook-profiel heeft aangegeven om te mogen worden gedeeld met de gekozen personen, en om de content te kunnen personaliseren, 2. het gebruik van gezichtsherkenningstechnologie, 3. het gebruik van gegevens die adverteerders en andere partners verstrekken over de gebruikersactiviteit buiten de producten van de Facebook-bedrijven, zodat gepersonaliseerde advertenties kunnen worden getoond, 4. het delen met adverteerders van persoonsgebonden gegevens die de gebruiker persoonlijk identificeren, 5. het verzamelen van gegevens waarvan de gebruikers de ontvangst toestaat via de apparaatgebaseerde instellingen die door de gebruiker worden ingeschakeld (gps-locatie, camera of foto’s). Voor deze doeleinden vraagt *Facebook Ireland* steeds om de toestemming van de gebruikers, respectievelijk biedt de gebruiker de mogelijkheid om bezwaar te maken (bij de gezichtsherkenning).

In het genoemde document (bijlage Bf 12) beroept *Facebook Ireland* zich op de rechtvaardigingsgrond van de noodzakelijkheid voor de *uitvoering van een overeenkomst* in de zin van artikel 6, lid 1, onder b), AVG voor 1. het aanbieden, personaliseren en verbeteren van haar producten, 2. het bevorderen van veiligheid, integriteit en beveiliging, 3. het **[Or. 17]** overdragen van gegevens buiten de EER, 4. het communiceren met de gebruiker, 5. het bieden van consistente en probleemloze ervaringen in alle *Facebook*-producten.

Facebook Ireland beroept zich op de rechtvaardigingsgrond van de gerechtvaardigde belangen overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder f), AVG voor 1. minderjarigen, 2. het bieden van metingen, analyses en andere zakelijke diensten, 3. het aanbieden van marketingcommunicatie, 4. het onderzoeken en innoveren

met het oog op maatschappelijk belang, 5. het delen van gegevens met anderen, waaronder wetshandhavinginstanties, en het reageren op gerechtelijke verzoeken.

Facebook Ireland beroept zich verder op de rechtvaardigingsgronden van de naleving van een wettelijke verplichting [artikel 6, lid 1, onder c), AVG], de bescherming van vitale belangen [artikel 6, lid 1, onder d), AVG] en de *taken die worden uitgevoerd* in het algemeen belang [artikel 6, lid 1, onder f), AVG] (zie bijlage Bf 12).

(2) Toestemming zou noodzakelijk zijn indien en voor zover het bij het verzamelen, het verbinden met het *Facebook*-account en het gebruiken van de zogenoemde *Off-Facebook*-gegevens zou gaan om een verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens in de zin van artikel 9, lid 1, AVG en er naast de in artikel 9, lid 2, onder a), AVG bedoelde toestemming geen andere feitelijke toestemming in aanmerking kan worden genomen.

(a) Met de tweede prejudiciële vraag onder a) wordt beoogd te verduidelijken of, zoals het Bundeskartellamt meent (punt 584 e.v. van het besluit), bij het verzamelen van gegevens over het bezoek van websites en apps van derden via „*Facebook Business Tools*”, cookies en andere opslagtechnologieën en/of de verbinding daarvan met het *Facebook*-account van de gebruiker en/of het gebruik daarvan, gevoelige gegevens in de zin van artikel 9, lid 1, AVG worden verwerkt als het gaat om websites of apps die verband houden met de criteria van lid 1, zoals bijvoorbeeld flirting-apps, datingsites voor homoseksuelen, websites van politieke partijen, gezondheidsgerelateerde websites (punt 587 van het besluit).

In dit verband moet ook worden verduidelijkt of reeds gegevens over het bezoek van de website of app als zodanig voldoende zijn, dan wel of de gebruiker daar ook bepaalde gegevens moet hebben ingevoerd en zich bijvoorbeeld heeft geregistreerd of een bestelling heeft geplaatst, en hoe de begrippen „gegevens waaruit... blijken” in de zin van de eerste gegevenscategorie en „gegevens” in de zin van de tweede gegevenscategorie van artikel 9, lid 1, AVG moeten worden uitgelegd [Or. 18]. De formulering van de eerste gegevenscategorie van artikel 9, lid 1, AVG („gegevens waaruit... blijken”) zou ervoor kunnen pleiten dat hier reeds het verwerken van „brongegevens”, dus het openen van een pagina of de invoer door de gebruiker, verboden zijn, zodat bepalend is wanneer gevoelige gegevens hieruit „blijken”. Daarentegen lijkt bij de tweede gegevenscategorie van artikel 9, lid 1, AVG slechts het verwerken van de gevoelige gegevens op zichzelf verboden te zijn, zodat bepalend is of het openen van de betrokken pagina's of de invoer door de gebruiker zelf gevoelige gegevens kunnen zijn. Dit onderscheid wordt evenwel weer gerelativeerd door de wettelijke definitie in artikel 4, punt 15, AVG, volgens welke gezondheidsgegevens ook die gegevens kunnen zijn waarmee informatie over de gezondheidstoestand wordt „gegeven”. Tevens moet worden vastgesteld of het beoogde gebruik van belang is voor de beoordeling. In casu gaat het dus bijvoorbeeld om de personalisatie van het sociale netwerk en de advertenties, de veiligheid van het netwerk, de verbetering van de diensten, het aanbieden van meet- en analysediensten voor adverteerders, het onderzoek voor

maatschappelijk belang, het antwoord op gerechtelijke verzoeken en de naleving van wettelijke verplichtingen, de bescherming van de vitale belangen van gebruikers en derden en de uitvoering van taken in het algemeen belang.

(b) Voor zover het hierbij gaat om gevoelige gegevens in de zin van artikel 9, lid 1, AVG, wordt met de tweede prejudiciële vraag onder b) beoogd te verduidelijken of de gebruiker deze kennelijk openbaar heeft gemaakt door de website of app te openen en/of daar gegevens in te voeren en/of gebruik te maken van de op de websites en in de apps geïntegreerde knoppen, die *Facebook Ireland* aanbiedt, te weten de „sociale plugins” („Vind ik leuk”, „Delen”) of de „Facebook Login” of „Account Kit” (artikel 9, lid 2, onder e), AVG), omdat hij dan de specifieke bescherming van artikel 9, lid 1, AVG zou hebben verloren zonder dat toestemming zoals bedoeld in artikel 9, lid 2, onder a), AVG nodig was geweest. Andere toestemmingsgronden zoals bedoeld in artikel 9, lid 2, AVG komen vanwege de sector waarin *Facebook* actief is, feitelijk niet in aanmerking of worden door *Facebook* in ieder geval niet aangehaald en met name niet in de gebruiksvoorwaarden vermeld.

(3) Voor zover *Facebook Ireland* bij het gebruik van de andere diensten van het concern en bij het openen van websites en apps die „Facebook Business Tools” hebben geïntegreerd, ook gegevens verzamelt met behulp van cookies en vergelijkbare opslagtechnologieën op de apparaten van de gebruikers, is bovendien artikel 5, lid 3, van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de [Or. 19] sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) van toepassing. Zoals het Bundesgerichtshof heeft bepaald, laat de AVG de toepasselijkheid van deze bepaling onverlet, waardoor § 15, lid 3, eerste zin, van het Telemediengesetz (Duitse wet inzake telemedia), waarbij richtlijn 2002/58 is omgezet in Duits recht, van toepassing blijft en richtlijnconform aldus moet worden uitgelegd dat voor het gebruik van cookies ter vervaardiging van gebruikersprofielen met het oog op advertenties of marktonderzoek de toestemming van de gebruiker vereist is [zie arrest van het BGH van 28 mei 2020, Cookie-Einwilligung II – I ZR 7/16, punt 47 e.v.; zie ook arrest van het Hof van 1 oktober 2019, Planet49, C-673/17, punt 38 e.v. (E-CLI:EU:C:2019:801)] arrest van 29 juli 2019, FashionId, C-40/17, punt 88 e.v. (ECLI:EU:C:2019:629)]. Of de toestemming die is gevraagd voor het gebruik van partnergegevens voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties hiervoor volstaat, is in casu evenwel niet van belang, omdat het Bundeskartellamt een inbreuk door *Facebook* op het kartelrechtelijke verbod van misbruik van § 19, lid 1, GWB uitsluitend heeft gemotiveerd met een inbreuk van de gegevensverwerking van *Facebook* op de AVG en niet op § 15, lid 3, eerste zin, Telemediengesetz.

(4) Indien en voor zover op grond van artikel 9, lid 2, onder a), AVG geen toestemming vereist is – dus bij de gegevensverwerking uit de andere diensten van het concern waarvoor het Bundeskartellamt niet heeft vastgesteld dat sprake is van verwerking van mogelijk gevoelige gegevens in de zin van artikel 9, lid 1, AVG,

en bij de verwerking van gegevens uit de „Facebook Business Tools”, tenzij het gaat om gevoelige gegevens of als deze door de gebruiker kennelijk openbaar zijn gemaakt –, is van belang of en in welke omvang *Facebook Ireland* zich voor de verwerking van de *Off-Facebook*-gegevens kan beroepen op andere rechtvaardigingsgronden zoals bedoeld in artikel 6, lid 1, AVG. De Senat gaat ervan uit dat bij een kennelijk openbaar maken in de zin van artikel 9, lid 2, onder e), AVG uitsluitend het verwerkingsverbod van lid 1 van de bepaling wegvalt en niet het vereiste van een rechtvaardigingsgrond overeenkomstig artikel 6, lid 1, AVG (zie overweging 51, vijfde zin).

(a) Met de derde prejudiciële vraag wordt beoogd te verduidelijken of *Facebook Ireland*, als zij, zoals boven vermeld, 1. de personalisatie van inhoud, 2. het tonen van gepersonaliseerde advertenties, 3. gebruiker- en netwerkveiligheid, 4. productverbetering en 5. het consistente en probleemloze gebruik van de producten van *Facebook*-bedrijven als contractuele dienst aanbiedt, zich kan beroepen op de rechtvaardigingsgrond van de noodzakelijkheid voor de uitvoering van een overeenkomst overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder b), AVG, of op de [Or. 20] rechtvaardigingsgrond van de behartiging van gerechtvaardigde belangen overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder f) AVG, wanneer zij de *Off-Facebook*-gegevens voor deze doeleinden verzamelt, met het *Facebook*-account van de gebruikers verbindt en gebruikt.

Volgens de Senat zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het kenmerk van de noodzakelijkheid (zie arrest van het Hof van 4 mei 2017, Rigas satiksme, C-13/16, punt 30) en in de overwegingen van het Europees Comité voor gegevensbescherming in diens richtsnoeren 2/19 (punten 2, 26 e.v., 48 e.v. en 57, bijlage Bf 42B) tal van argumenten te vinden die aantonen dat gegevensverwerking met het oog op het tonen van gepersonaliseerde advertenties waarvoor geen cookies nodig zijn, op de gebruiker- en netwerkveiligheid en de productverbetering hooguit in het gerechtvaardigde belang van de onderneming kan zijn, terwijl het op grond daarvan denkbaar lijkt dat de gegevensverwerking voor het personaliseren van inhoud en eventueel ook voor het consistente en probleemloze gebruik van de producten van de *Facebook*-bedrijven in het geval van *Facebook Ireland* kan worden aangemerkt als noodzakelijk voor de uitvoering van een overeenkomst.

Op grond daarvan zou bijvoorbeeld de verwerking van de *WhatsApp*-gegevens met het oog op de gebruiker- en netwerkveiligheid in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* zijn, omdat de onderneming naar eigen zeggen onder het kopje „Hoe werken de Facebook-bedrijven samen?” in het gegevensbeleid (bijlage Bf 10) informatie van *WhatsApp*-accounts die spam verzenden, gebruikt om actie te kunnen ondernemen tegen dergelijke accounts op *Facebook.com*, terwijl deze informatie voor het overige noch voor de uitvoering van een overeenkomst noodzakelijk is noch door andere gerechtvaardigde belangen gerechtvaardigd zal zijn, omdat *Facebook Ireland* de *WhatsApp*-gegevens niet voor product- en personalisatiedoelstellingen op *Facebook.com* gebruikt (punt 746 van het besluit).

De verwerking van de *Instagram*-gegevens zou voor de uitvoering van een overeenkomst noodzakelijk kunnen zijn of in ieder geval in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* kunnen zijn, voor zover deze plaatsvindt met het oog op de personalisatie van de inhoud en het probleemloze gebruik van de *Facebook*-producten (zodat aan de gebruiker personen of inhoud op *Facebook.com* kunnen worden getoond, omdat deze hem ook daar zouden kunnen interesseren). Ook voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties, voor de netwerkveiligheid en productverbetering zou deze gegevensverwerking in het gerechtvaardigde belang van de onderneming kunnen zijn. In het bijzonder gebruikt *Facebook Ireland* bijvoorbeeld naar eigen zeggen *Instagram*-gegevens van accounts die bedenkelijk gedrag vertonen of overduidelijk betrokken zijn bij onrechtmatige activiteiten, teneinde de veiligheid van *Facebook*-gebruikers te waarborgen [Or. 21] (punt 465 van de gronden van beroep). Hetzelfde zou in beginsel kunnen gelden voor de verwerking van de *Oculus*-gegevens, hoewel er tot dusver niet is vastgesteld voor welke concrete doeleinden deze gegevens op *Facebook.com* worden gebruikt.

De verwerking van gegevens uit de „*Facebook Business Tools*”, in het bijzonder de sociale plugins „Vind ik leuk” en „Delen”, alsmede uit de „*Facebook Login*” en „*Account Kit*”, zou noodzakelijk kunnen zijn voor de uitvoering van een overeenkomst of in ieder geval in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* kunnen zijn, voor zover deze plaatsvindt met het oog op de personalisatie van de inhoud en het probleemloze gebruik van de *Facebook*-producten. Voorwaarde hiervoor zou zijn dat de gebruikers de betreffende knoppen aanklikken, en dit zou beperkt moeten blijven tot de telkens vereiste processen van gegevensverwerking. Het verzamelen van gegevens en de verbinding daarvan met het *Facebook*-account zou ook zonder het aanklikken van de knoppen in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* kunnen zijn, als de gebruiker zijn toestemming heeft gegeven voor het gebruik van gegevens met het oog op het tonen van gepersonaliseerde advertenties. Ook de netwerkveiligheid of productverbetering zouden gerechtvaardigde belangen van *Facebook Ireland* voor de gegevensverwerking kunnen zijn. Zo gebruikt *Facebook* naar eigen zeggen gegevens uit de „sociale plugins” om uit de talrijke paginabezoeken in een oogopslag te kunnen herkennen of bots proberen *Facebook*-accounts te openen en te gebruiken (punt 465 van de gronden van beroep).

- (b) Met de vierde prejudiciële vraag wordt beoogd te verduidelijken of ook
- de minderjarigheid van de gebruikers voor de personalisatie van inhoud en advertenties, productverbetering, netwerkveiligheid en communicatie met de gebruiker, niet zijnde marketing,
 - het aanbieden van meet-, analyse- en andere zakelijke services aan adverteerders, ontwikkelaars en overige partners zodat deze hun diensten kunnen beoordelen en verbeteren,

– het aanbieden van marketingcommunicatie met de gebruiker zodat *Facebook Ireland* haar producten kan verbeteren en direct marketing kan toepassen,

– onderzoek en innovatie voor maatschappelijk belang om de stand van de techniek respectievelijk het wetenschappelijk begrip ten aanzien van belangrijke sociale onderwerpen te bevorderen en om de maatschappij en de wereld positief te beïnvloeden,

– het informeren van wetshandhavingsinstanties en het reageren op gerechtelijke verzoeken om strafbare feiten, onrechtmatig gebruik, schending van gebruiksvoorwaarden en beleid alsmede overige nadelige gedragingen te voorkomen, op te sporen en te vervolgen, [Or. 22]

gerechtvaardigde belangen kunnen zijn in de zin van artikel 6, lid 1, onder f), AVG met het oog op het verzamelen van de *Off-Facebook*-gegevens, het verbinden van deze gegevens met het *Facebook*-account van de gebruiker en het gebruik daarvan voor deze doeleinden.

In het bijzonder moet worden onderzocht of *Facebook Ireland* zich voor de verwerking van gegevens uit de andere diensten van het concern en uit de „*Facebook Business Tools*” kan beroepen op de rechtvaardigingsgrond van de behartiging van de gerechtvaardigde belangen overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder f), AVG met betrekking tot minderjarigen die de – in Duitsland niet conform artikel 8, lid 1, derde zin, AVG verlaagde – leeftijd van 16 jaar voor een zelfstandige toestemming als bedoeld in artikel 6, lid 1, onder a), AVG niet hebben bereikt (artikel 8, lid 1, AVG) en die volgens de – voor zover te overzien unanieme – Duitse literatuur niet zelfstandig een geldige gebruiksovereenkomst in de zin van artikel 6, lid 1, onder b), AVG met een sociaal netwerk kunnen sluiten, omdat deze – vanwege de gegevensverwerking – niet uitsluitend juridische voordelen heeft (§ 107 BGB; zie Klumpp in: Staudinger, BGB, herziening 2017, § 107 punt 30; Spickhoff in: MüKoBGB, 8e druk 2018, § 107 punt 82; Mansel in: Jauernig, BGB, 18e druk 2021, § 107 punt 3), en die niet beschikken over de vereiste ouderlijke toestemming.

Tevens is de vraag of de verwerking van de *Off-Facebook*-gegevens kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het belang van onderzoek en innovatie voor maatschappelijk belang om de stand van de techniek respectievelijk het wetenschappelijk begrip ten aanzien van belangrijke sociale onderwerpen te bevorderen en om de maatschappij en de wereld positief te beïnvloeden.

Daarentegen zou het gebruik van gegevens uit de „*Facebook Business Tools*” voor het aanbieden van meet-, analyse- en andere zakelijke services aan adverteerders, ontwikkelaars en overige partners zodat deze hun diensten kunnen beoordelen en verbeteren, in ieder geval in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* (en de partners) kunnen zijn indien gebruikers hebben ingestemd met het gebruik van partnergegevens voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties. Indien en voor zover de verwerking van gegevens

uit de andere diensten van het concern en/of de „Facebook Business Tools” voor de productverbetering gerechtvaardigd is, zou dit ook kunnen gelden voor het gebruik ten behoeve van het aanbieden van marketingcommunicatie met de gebruiker, zodat *Facebook* haar producten kan verbeteren en direct marketing kan toepassen. [Or. 23]

Ook het verzamelen, verbinden met het *Facebook*-account en het gebruik of het gebruik van reeds anderszins op rechtmatige wijze verzamelde en verbonden *Off-Facebook*-gegevens met het oog op het informeren van wethandhavinginstanties en op het reageren op verzoeken van justitie om strafbare feiten, onrechtmatig gebruik, schending van gebruiksvoorwaarden en beleid alsmede overige nadelige gedragingen te voorkomen, op te sporen en te vervolgen, zouden in het gerechtvaardigde belang van *Facebook Ireland* kunnen plaatsvinden.

Bij de vereiste afweging zou – naast het wettelijke recht van bezwaar op grond van artikel 21 AVG – in aanmerking moeten worden genomen dat, met betrekking tot de „Facebook Business Tools”, aanbieders van andere websites die deze hebben geïntegreerd, de mogelijkheid hebben om de gegevensdoorvoer aan *Facebook Ireland* te vertragen totdat zij de toestemming van de gebruikers hebben verkregen (punt 868 van het besluit), en dat *Facebook* sinds 28 januari 2020 de OFA-functie aanbiedt, waarmee de gebruikers van een *Facebook*-account een samenvatting van de informatie kunnen verkrijgen die *Facebook* over hun activiteiten op andere websites en apps bewaart, en de oude en toekomstige gegevens op verzoek kunnen loskoppelen van hun *Facebook*-account (punt 148 e.v. van de gronden van beroep).

(c) Met de vijfde prejudiciële vraag wordt beoogd te verduidelijken of het verzamelen, het verbinden met het *Facebook*-account en het gebruik of het gebruik van reeds anderszins op rechtmatige wijze verzamelde en verbonden *Off-Facebook*-gegevens in een concreet geval overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), d), en e), AVG gerechtvaardigd kan zijn om – zoals *Facebook Ireland* in het als bijlage Bf 12 overgelegde document stelt – bijvoorbeeld een rechtsgeldig verzoek om bepaalde gegevens te beantwoorden [onder c)], om nadelige gedragingen te bestrijden en de veiligheid te bevorderen [onder d)], in het belang van het onderzoek ten behoeve van het welzijn van de maatschappij en ter bevordering van de bescherming, integriteit en veiligheid [onder e)], omdat ook dan de verwerking van deze gegevens niet zonder uitzondering en voor alle gevallen afhankelijk kan worden gesteld van toestemming van de gebruikers, of dat een rechtvaardiging van de verwerking van de *Off-Facebook*-gegevens om deze redenen in het algemeen uitgesloten is.

f) De vraag of de voorwaarden voor de gegevensverwerking en de toepassing daarvan, indien deze niet geoorloofd of niet gerechtvaardigd zijn, tevens onrechtmatig uitsluitingsgedrag vormen in de zin van de algemene bepaling van § 19, lid 1, GWB ten nadele van [Or. 24] concurrenten op de markt voor sociale netwerken voor privé-gebruikers of op andere markten, zou dan niet meer relevant zijn.

g) Indien en voor zover de verwerking van de *Off-Facebook*-gegevens alleen met toestemming gerechtvaardigd zou kunnen zijn, wordt met de zesde prejudiciële vraag beoogd te verduidelijken of gebruikers jegens een onderneming met een machtspositie zoals *Facebook Ireland* überhaupt effectieve toestemming in de zin van artikel 6, lid 1, onder a), en artikel 9, lid 2, onder a), AVG kunnen verlenen, zoals het Bundeskartellamt ter beëindiging van de veronderstelde inbreuk heeft bevolen, dan wel of de hiervoor op grond van artikel 4, punt 11, AVG vereiste vrijwilligheid jegens een onderneming met een machtspositie altijd uitgesloten is, ook in het geval de uitvoering van een overeenkomst niet afhangt van de toestemming voor de gegevensverwerking. Overweging 43, eerste zin, zou dit kunnen suggereren.

2. De beantwoording van de prejudiciële vragen is niet reeds overbodig omdat het Bundeskartellamt zijn beslissing in de beroepsprocedure „aanvullend” (blz. 88 van het verweerschrift) heeft gebaseerd op de motivering van het Bundesgerichtshof in de eerdere spoedprocedure (beslissing van 23 juni 2020 *Facebook – KVR 69/19*, – [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]). Volgens die motivering wordt – aldus het BGH – door het gebruik van de gegevens uit de toepassing van de andere diensten van het concern en uit de „*Facebook Business Tools*” een uitbreiding van de diensten opgedrongen aan de gebruiker van *Facebook.com* die deze gebruiker „mogelijk niet wenst”, waarbij de bestreden gebruiksvoorwaarden onder de voorwaarden van een goed functionerende mededinging niet te verwachten zouden zijn, maar wel de mededinging kunnen belemmeren, en de uitbreiding van de diensten na beoordeling en afweging van alle betrokken belangen, in het bijzonder bij gebrek aan een rechtvaardiging op grond van de AVG, als misbruik moet worden aangemerkt. Met deze motivering kan immers niet aan het besluit worden vastgehouden, omdat het Bundeskartellamt met betrekking tot de voorwaarde dat de gegevensverwerking een belemmering tot gevolg kan hebben, niet de nodige vaststellingen heeft gedaan. Een dergelijke belemmering speelt alleen serieus ten aanzien van de verwerking van de *Instagram*-gegevens, maar deze vraag kan ook in zoverre niet zonder beantwoording van de zevende en eventueel de derde tot en met vijfde prejudiciële vraag worden beantwoord.

a) Aangezien het Bundesgerichtshof ervan uit lijkt te gaan dat het Bundeskartellamt deze motivering nog in de beroepsprocedure aan zijn besluit [Or. 25] kan toevoegen, ondanks dat daarmee het verwijt van misbruik op andere feiten wordt gebaseerd dan op een inbreuk op de AVG en de in het dispositief gevorderde toestemming van de gebruikers derhalve ook geen toestemming in de zin van de AVG zou zijn, maar een andere, in voorkomend geval als aanvulling op de toestemming volgens de AVG te verlenen toestemming, onderzoekt de Senat het besluit ook aan de hand van deze motivering.

b) Het Bundeskartellamt heeft in elk geval niet de vereiste vaststellingen gedaan met betrekking tot de voorwaarde dat de verwerking van de *Off-Facebook*-gegevens moet kunnen leiden tot een belemmering van concurrenten. Het zou moeten worden aangetoond dat de voorwaarden mogelijke

concurrentieverstorende gevolgen hebben – op de netwerkmarkt, wat betreft het netwerk, door bijvoorbeeld verhoging van de netwerkeffecten of door productverbetering of, wat betreft de adverteerders, door bijvoorbeeld het bezit van meer gedetailleerde gegevens of op (op welke wijze dan ook concreet af te bakenen) advertentie- of andere markten –, terwijl de praktijk van een onderneming met een machtspositie niet als misbruik kan worden gekwalificeerd indien enige mededingingsverstoringe gevolgen op de markt ontbreken (zie arrest van het Hof van 6 december 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10 P, punt 112; arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, punt 64).

Omdat *Facebook Ireland* de *WhatsApp*-gegevens van de *Facebook*-gebruikers niet voor personalisatie- en productdoeleinden op *Facebook.com* gebruikt – en dit naar eigen zeggen in Europa ook niet van plan is –, kan niet worden geconcludeerd en is door het Bundeskartellamt ook niet vastgesteld, dat de verwerking van de *WhatsApp*-gegevens op enige wijze tot gevolg kan hebben dat concurrenten op de netwerkmarkt of een advertentiemarkt of een markt voor messenger-diensten worden belemmerd. Het Bundeskartellamt heeft ook niet vastgesteld in hoeverre *Oculus*-gegevens van de *Facebook*-gebruikers voor de doeleinden van het netwerk *Facebook.com* worden gebruikt en zouden kunnen leiden tot een belemmering van concurrenten op de netwerkmarkt of op de relevante advertentiemarkt of op de markt waar *Oculus* wordt aangeboden. De verwerking van gegevens uit de „*Facebook Business Tools*” zal door *Facebook*-gebruikers feitelijk alleen dan „mogelijk niet gewenst” zijn, als deze geen gebruik maken van de „sociale plugins” („Vind ik leuk”, „Delen”), de „*Facebook Login*” of „*Account Kit*”, en niet hebben ingestemd met het tonen van gepersonaliseerde advertenties. Verder heeft het Bundeskartellamt evenmin vastgesteld in hoeverre een verwerking van gegevens uit de „*Facebook Business Tools*” die niet voor de personalisatie van het *Facebook*-gebruik, niet voor het probleemloze gebruik van de *Facebook*-producten en niet [Or. 26] voor het tonen van gepersonaliseerde advertenties plaatsvindt, kan leiden tot een belemmering van concurrenten op de netwerkmarkt, op een advertentiemarkt of op andere markten, temeer omdat gebruikers deze gegevens ook nog met behulp van de OFA los kunnen koppelen van hun *Facebook*-account.

c) Alleen bij de verwerking van de *Instagram*-gegevens van de *Facebook*-gebruikers kan feitelijk een belemmering van concurrenten optreden, omdat daarmee het *Facebook*-gebruik wordt gepersonaliseerd – aangezien daar personen worden voorgesteld aan gebruikers die zij op *Instagram* volgen en in zoverre een verhoging van de netwerkeffecten kan optreden – en omdat deze gekoppeld aan de *Facebook*-gegevens van de gebruikers worden gebruikt voor bijvoorbeeld advertentiedoelstellingen en voor de productverbetering op *Facebook.com*. Voor de vraag of bij goed functionerende mededinging op de markt voor sociale netwerken een dergelijke dienstoverschrijdende gegevensverwerking zonder afzonderlijke toestemming van de gebruikers niet te verwachten zou zijn, en in het bijzonder voor de beoordeling en afweging van alle betrokken belangen aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of het gedrag van *Facebook Ireland* zowel vanuit het oogpunt van de uitbuiting van de gebruikers als ook vanuit het oogpunt

van de verstoring van de mededinging, als misbruik moet worden beschouwd (zie besluit van het BGH van 23 juni 2020 – KVR 69/19, punt 98 e.v. bei juris – *Facebook* [ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0]), is de met de zevende prejudiciële vraag gestelde vraag van belang of het Bundeskartellamt in ieder geval voor dit doel vaststellingen inzake een inbreuk van deze gegevensverwerking op de AVG kan doen, en verder de met de derde, vierde en vijfde prejudiciële vraag gestelde vragen of deze gegevensverwerking inbreuk maakt op de AVG, en *Facebook Ireland* dus andere middelen inzet dan die welke bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging met goederen of diensten gebruikelijk zijn (zie arrest van het Hof van 6 oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, punt 29 e.v.; arrest van 6 december 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10, punt 74 e.v.).

[OMISSIS]

WERKDOCUMENT