

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation
204, rue de Vaugirard
75015 PARIS

CONSEIL d'ÉTAT
20 OCT. 2016
CONTENTIEUX - ARRIVÉE

COPIE

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE EN INTERVENTION VOLONTAIRE

POUR : Wikimedia Foundation Inc., organisation à but non lucratif régie par les lois de l'État de Floride aux États-Unis d'Amérique, ayant son siège social 149 New Montgomery Street, Floor 6 à San Francisco, Californie (CA 94105), États-Unis d'Amérique, représentée par ses représentants légaux en exercice (Production n° 1)

CONTRE : La Commission nationale informatique et libertés (CNIL)

EN PRÉSENCE DE : La société Google Inc.
(SCP Spinosi & Sureau)

À l'appui de la requête n° 399.922

FAITS :

1. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a, par un arrêt rendu le 13 mai 2014 (*Google Inc. Spain SL et Google Inc. c./ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, ci-après l'arrêt *Google Spain*), interprété la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après la directive de 1995) en ce sens « *que, d'une part, l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et, enfin, à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné doit être qualifiée de « traitement de données à caractère personnel » (...) lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel et, d'autre part, l'exploitant de ce moteur de recherche doit être considéré comme le « responsable » dudit traitement* ».

Elle en a déduit que le droit d'opposition et de rectification prévu par la directive de 1995 pouvait être exercé par la personne intéressée en vue d'obtenir de l'exploitant du moteur de recherche la suppression « *de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite* ».

Pour apprécier s'il convient de faire droit à une telle demande de déréférencement, la Cour a dit qu' « *il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information en question relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, sans pour autant que la constatation d'un tel droit présuppose que l'inclusion de l'information en question dans cette liste cause un préjudice à cette personne. Cette dernière pouvant, eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question* ».

La CJUE a ainsi instauré un droit, généralement – mais improprement – qualifié de « *droit à l'oubli* », permettant à une personne de faire supprimer des résultats de moteurs de recherche, lorsqu'une recherche est opérée à partir de son nom, les liens pointant vers des sites tiers donnant accès à des informations la concernant, « *si ces informations apparaissent, eu égard à l'ensemble des circonstances caractérisant le cas d'espèce, inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives* » (point 94).

La consécration de ce droit, résultant d'une interprétation constructive de la directive de 1995, a suscité d'importantes inquiétudes dans la société civile (voir, notamment : F. Dumontet, « Le "droit à l'oubli numérique" inquiète les historiens », *LeMonde.fr*, 3 octobre 2013), quant au déséquilibre en résultant entre le droit individuel à la vie privée et le droit collectif à l'information. De fait, tandis que la CJUE avait cherché à établir un équilibre entre ces deux droits fondamentaux, la mise en œuvre particulièrement large de ce « *droit à l'oubli* » a conduit au déréférencement de contenus d'intérêt public et nuit à l'accès à d'importantes informations.

2. La société Google Inc., requérante, principal exploitant de moteur de recherche, a ainsi mis en place, à la suite de cette décision, une procédure permettant de solliciter le retrait de certains résultats (déréférencement). Selon les informations qu'elle a rendues publiques, la société Google a reçu un grand nombre de demandes, de l'ordre de plus de 500 000, dont plus de 145 000 en France, auxquelles elle a fait droit dans environ 50 % des cas.

Lors de la mise en place de la procédure de déréférencement sur le fondement du droit à l'oubli, la société Google a annoncé que, lorsqu'elle ferait droit à une telle demande, elle supprimerait les liens litigieux des résultats des recherches opérées sur l'ensemble de ses services spécifiquement destinés aux utilisateurs européens (par exemple : google.fr, google.de, google.be, google.es, etc.), mais non sur ses autres services (par exemple : google.ca, google.co.jp, google.com.au, etc.), et notamment pas sur la version américaine (google.com). Cette dernière, si elle est en principe accessible à l'ensemble des utilisateurs mondiaux, n'est en effet utilisée que par moins de 5 % des utilisateurs européens. En effet, les utilisateurs souhaitant effectuer une recherche sur Google depuis la France et qui se connectent sur l'adresse google.com sont automatiquement redirigés vers l'adresse google.fr.

Par décision du 21 mai 2015, la présidente de la Commission nationale informatique et libertés (ci-après la CNIL) a mis en demeure la société Google, dans un délai de 15 jours, « *pour chaque demande de déréférencement à laquelle une suite favorable est donnée, soit d'initiative, soit à la demande de la CNIL, [de] procéder audit référencement sur toutes les extensions du nom de domaine du moteur de recherche* ».

Le 30 juillet 2015, la société Google a formé un recours gracieux à l'encontre de cette mise en demeure, recours qui a été rejeté le 16 septembre 2015.

Et, le 25 septembre 2015, la présidente de la CNIL a ouvert une procédure de sanction à l'encontre de la société Google, sur le fondement de l'article 46 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après la loi informatique et libertés).

Au cours de la procédure contradictoire, la société Google a exposé qu'outre le déréférencement sur l'ensemble de ses services de recherche spécifiquement destinés aux utilisateurs européens, elle procéderait désormais également au déréférencement sur l'ensemble de ses services dès lors que la recherche émanerait d'une adresse IP localisée dans le même pays que la personne ayant fait la demande de déréférencement. Ainsi, si la personne ayant souhaité le déréférencement de certains résultats réside en France, les recherches opérées depuis la France sur google.com, google.ca ou google.co.jp n'affichent pas les résultats en question.

Malgré cet engagement, la formation restreinte de la CNIL a, par décision du 10 mars 2016, prononcé à l'encontre de la société Google une sanction pécuniaire d'un montant de 100 000 €, qu'elle a décidé de rendre publique.

C'est la décision attaquée par la société Google.

Par le présent mémoire, Wikimedia Foundation (ci-après la Fondation Wikimedia), organisation à but non lucratif établie aux États-Unis d'Amérique, qui héberge l'encyclopédie collaborative en ligne Wikipedia, ayant pour objectif d'offrir un contenu libre, objectif et vérifiable que chacun peut modifier et améliorer, intervient volontairement à l'instance au soutien des conclusions de la requête de la société Google.

DISCUSSION :

I - SUR LA RECEVABILITÉ DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE

3. Aux termes de l'article R. 632-1 du code de justice administrative :

« L'intervention est formée par mémoire distinct.

Le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'Etat, le président de la chambre chargée de l'instruction ordonne, s'il y a lieu, que ce mémoire en intervention soit communiqué aux parties et fixe le délai imparti à celles-ci pour y répondre.

Néanmoins, le jugement de l'affaire principale qui est instruite ne peut être retardé par une intervention ».

Il résulte de ces dispositions, éclairées par la jurisprudence, que toute personne y ayant intérêt peut former une intervention volontaire accessoire, par laquelle elle se borne à soutenir les conclusions de l'une des parties à l'instance.

Depuis la décision *Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA)* (CE, Sect., 25 juillet 2013, n° 350.661, Rec. CE, p. 224 : *GACA*, 5^e éd., n° 48), l'intérêt à intervenir est apprécié de façon identique en excès de pouvoir et en plein contentieux, c'est-à-dire « *eu égard à la nature et à l'objet du litige* ».

L'intervention volontaire en demande est ainsi notamment admise en matière de contentieux des sanctions, dès lors que l'intervenant justifie d'un « *intérêt suffisant* » à obtenir l'annulation de la sanction (CE, 11 mars 2015, *Société Total Raffinage Marketing*, n° 368.748, Rec. CE T. ; CE, 6 avril 2016, n° 374.224, Rec. CE T., à paraître).

À titre d'exemple, le Conseil d'État a notamment admis la recevabilité de l'intervention volontaire d'un syndicat professionnel dans un contentieux disciplinaire, « *en raison de l'intérêt que peut présenter pour certains de ses membres la solution de la question de droit posée* » (CE, 27 mai 1964, *Choulet et Syndicat national des chirurgiens et spécialistes des hôpitaux publics*, n° 58.059 et 58.060, Rec. CE, p. 302 ; voir également : CE, 6 mai 1998, M. *Le Roy*, n° 154.038, Rec. CE, p. 1102 : *DA* 1998, n° 321, obs. R. S. ; CE, 4 mai 2001, n° 205.248, Rec. CE ; CE, 13 juillet 2012, n° 342.633, Rec. CE T.).

4. En l'espèce, la requête de la société Google conduira le Conseil d'État à se prononcer sur la portée territoriale de l'obligation de déréférencement consacrée par l'arrêt Google Spain.

Cette question présente un intérêt très important pour la Fondation Wikimedia, qui héberge l'encyclopédie collaborative en ligne Wikipedia.

D'abord, la moitié des consultations d'articles sur Wikipedia provient de moteurs de recherche externes, tels que Google.

Il s'en suit que le déréférencement d'articles par des moteurs de recherche a directement une incidence sur la possibilité pour les internautes de découvrir une information sur Wikipedia.

Ensuite, les différents sites hébergés par la Fondation Wikimedia sont parmi les plus visités du monde. Au total, plus de 15 milliards de pages de ces sites ont été vues en août 2016. Le mois suivant, la version francophone de Wikipedia a eu plus de 618 millions de pages vues, dont plus de la moitié depuis la France. En raison de la popularité des sites hébergés par la Fondation Wikimedia, ils sont statistiquement susceptibles d'être très affectés par les déréférencements.

Ceci d'autant que Wikipedia propose de nombreux articles étant soit directement consacrés à des personnalités, soit faisant référence à des personnes.

C'est ainsi que la Fondation Wikimedia a reçu de la société Google plus de 150 avis de déréférencement au titre du « *droit à l'oubli* », portant sur plus de 220 pages. Environ 15 % des avis de déréférencement reçus de la société Google par la Fondation Wikimedia concernaient des contenus en français (versions francophones de Wikipedia, de Wikiquote et de Wikiversity) (Production n° 2).

La requête de la société Google fait d'ailleurs elle-même référence, à titre illustratif, à des demandes de déréférencement concernant Wikipedia (p. 19).

Il faut encore préciser que les avis de déréférencements ne sont pas nécessairement exhaustifs, notamment parce que les autres moteurs de recherche ne semblent pas procéder à une telle notification.

À ce titre, le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel prévu à l'article 29 de la directive de 1995 (dit G29) a indiqué, dans ses lignes directrices sur la mise en œuvre de la décision Google Spain, adoptées le 26 novembre 2014, que :

« Les exploitants de moteur de recherche ne doivent pas avoir pour pratique généralisée d'informer les webmestres des pages affectés par le déréférencement du fait que certaines pages ne sont plus accessibles depuis le moteur de recherche en réponse à des requêtes spécifiques. Une telle communication n'a aucun fondement légal dans le droit de l'Union (...).

Aucune disposition du droit de l'Union sur la protection des données n'oblige les moteurs de recherche à communiquer au webmestre que des contenus de leur site ont été déréférencés des résultats de recherche. Une telle information constitue dans bien des cas un traitement de données personnelles qui, en tant que tel, nécessite des bases juridiques pour être légitime» (14/EN, traduction libre du point 19, p. 10).

Même si la Fondation Wikimedia conteste fermement cette interprétation du droit de l'Union, qui fait obstacle à la possibilité pour les éditeurs de contenu de faire valoir leur liberté d'expression et d'exercer un recours contre une décision de déréférencement qu'ils jugeraient illégitime, il n'en demeure pas moins que le nombre de pages déréférencées des moteurs de recherche est probablement significativement plus élevé que les 220 dont la Fondation Wikimedia a connaissance.

En outre, en raison de l'organisation même de Wikipedia, la question de la portée territoriale de l'obligation de déréférencement revêt une importance primordiale.

En effet, contrairement à d'autres sites, comme ceux exploités par la société Google, Wikipedia ne connaît pas de déclinaisons géographiques, mais seulement linguistiques. En d'autres termes, il n'existe pas de version française de Wikipedia, mais une version francophone, utilisée uniformément par les personnes francophones situées dans le monde entier, sans redondance.

30 % des pages vues sur la version francophone de Wikipedia sont ainsi consultées depuis un autre pays que la France.

En conséquence, tandis qu'un Français sollicite en principe le déréférencement des seules pages françaises, prioritaires dans les résultats affichés en France par les moteurs de recherche (par exemple, un article disponible sur huffingtonpost.fr), une page similaire sur un autre site francophone demeurera accessible à partir du nom de la personne (par exemple, un article identique disponible sur quebec.huffingtonpost.ca).

En revanche, avec une structure telle que celle de Wikipedia, si une page devait être déréférencée de l'ensemble des services de recherche de Google au niveau mondial, quelle que soit la localisation de celui qui y accède, l'impact serait beaucoup plus fort, dans la mesure où il n'existe pas de version localisée redondante propre à chaque pays.

Ainsi, tous les pays francophones seront affectés indistinctement par un déréférencement d'un résultat concernant la version en français de Wikipedia.

Enfin, et plus généralement, la prétention de la formation restreinte de la CNIL à donner une portée universelle aux déréférencements opérés sur le fondement de la loi française contrarie la mission statutaire de la Fondation Wikimedia consistant à rendre l'information aisément et largement accessible.

Notamment, l'encyclopédie Wikipedia est réputée grâce à la complétude et à la pertinence des articles qu'elle publie. Or, le fait que l'on ne puisse accéder, par un moteur de recherche, à une information pertinente disponible sur Wikipedia, est susceptible de la faire percevoir comme incomplète ou non pertinente. De plus si les utilisateurs ne peuvent trouver des articles sur Wikipedia, ils ne pourront pas les améliorer et les conserver à jour, en ajoutant au fil du temps des informations nouvelles, documentées et pertinentes.

Dans ces conditions, la Fondation Wikimedia justifie manifestement d'un intérêt suffisant à obtenir l'annulation de la décision attaquée par la société Google, justifiant l'admission de la présente intervention volontaire au soutien de la requête de cette société.

II - SUR LE BIEN FONDÉ DE LA REQUÊTE DE LA SOCIÉTÉ GOOGLE

5. La loi Informatique et libertés n'est applicable *rationae loci* qu'à la seule activité de traitement opérée depuis le nom de domaine « *google.fr* », de sorte que la formation restreinte ne pouvait compétemment, et en tout cas sans erreur de droit, sanctionner la société Google pour n'avoir pas mis en œuvre les déréférencements de façon universelle, sur l'ensemble des services de recherche qu'elle offre et sans considération du lieu depuis lequel la recherche est opérée (A).

Et, en toute hypothèse, à supposer même le droit au déréférencement, garanti en substance par la loi Informatique et libertés, applicable à l'ensemble des services de recherche exploités par la société Google sans considération du lieu depuis lequel la recherche est opérée, ce déréférencement ne saurait, sans disproportion, être mis en œuvre de façon universelle à raison d'une plainte émise sur le fondement de la loi française (B).

A – Sur le champ d'application territorial de la loi Informatique et libertés

6. Comme le rappelait le Président Sauvé dans son allocution introductive à la rencontre inter-réseaux sur l'internationalisation du droit, qui s'est tenue les 10 et 12 avril 2012 au Collège de France, « *la territorialité est la règle, l'extraterritorialité l'exception* ».

C'est en effet un principe fondamental du droit international public, que l'autorité d'un État est limitée à son territoire. En d'autres termes, « *le territoire est le domaine de la compétence spatiale du « pouvoir de l'État »* » (L. Lebon, *La territorialité et l'Union européenne, Approches de droit public*, Bruylant, th. Bordeaux IV, 2015, p. 12).

Un État ne peut donc prétendre régir par sa loi nationale que des situations se rattachant par un lien suffisant à ce territoire (voir : J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 5^e éd., 2001, p. 343 et s.).

Certes, le droit international public ne prohibe pas pour autant les effets extraterritoriaux d'une loi nationale, mais seulement la contrainte extraterritoriale (CJJI, 7 septembre 1927, *France c./ Turquie*, dit « du Lotus » ; voir également sur ce point : P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 12^e éd., 2014, § 105).

Mais, en vertu du principe dit de courtoisie internationale, les États acceptent de prendre en compte, dans l'application de leur législation, les intérêts importants des autres pays, en escomptant un traitement similaire en retour.

C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'État juge que les contrats de recrutement conclus par les services de l'État français à l'étranger et y étant exécutés sont en principe régis par la loi étrangère de ce pays et ne relèvent donc pas de sa compétence (CE, 13 février 2002, n° 221.982, Rec. CE T.).

Au cas d'espèce, on comprend aisément que la prétention des autorités nationales de régir l'accessibilité à des informations en dehors du territoire pourrait constituer un fâcheux précédent pouvant inciter des États ne respectant pas les mêmes standards démocratiques que la France à ordonner que des informations soient masquées aux citoyens français, sous prétexte qu'elles sont jugées non pertinentes par ce pays.

7. Naturellement, la mondialisation des échanges et leur dématérialisation ont considérablement compliqué l'application de ces principes.

S'agissant spécifiquement des sites Internet, le critère de l' « activité dirigée » semble néanmoins s'être imposé (voir : M. Vivant, « Le critère d' « activité dirigée » précisé et appliqué par la CJUE », *in Guide pratique – Le Lamy droit du numérique*, Lamy, 2016, § 3848).

Ce principe a initialement été consacré par l'article 15 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, en vertu duquel :

« 1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:

a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;

b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;

c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout

moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État (...).

La CJUE a interprété ces dispositions, en ce sens que :

« Afin de déterminer si un commerçant, dont l'activité est présentée sur son site Internet ou sur celui d'un intermédiaire, peut être considéré comme « dirigeant » son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, au sens de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001, il convient de vérifier si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux.

Les éléments suivants, dont la liste n'est pas exhaustive, sont susceptibles de constituer des indices permettant de considérer que l'activité du commerçant est dirigée vers l'État membre du domicile du consommateur, à savoir la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Il appartient au juge national de vérifier l'existence de tels indices.

En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est

établi» (CJUE, 7 décembre 2010, *Pammer c./ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*, aff. C-585/08).

Ce critère de l' « *activité dirigée* » du site Internet exploité par une entreprise située à l'étranger a ensuite été utilisé par la CJUE en matière de droit de la propriété intellectuelle, en jugeant que :

« Lorsque des produits situés dans un État tiers, revêtus d'une marque enregistrée dans un État membre de l'Union ou d'une marque communautaire et non auparavant commercialisés dans l'Espace économique européen ou, en cas de marque communautaire, non auparavant commercialisés dans l'Union, sont vendus par un opérateur économique au moyen d'une place de marché en ligne et sans le consentement du titulaire de cette marque à un consommateur situé sur le territoire couvert par ladite marque ou font l'objet d'une offre à la vente ou d'une publicité sur une telle place destinée à des consommateurs situés sur ce territoire, ledit titulaire peut s'opposer à cette vente, à cette offre à la vente ou à cette publicité en vertu des règles énoncées à l'article 5 de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, telle que modifiée par l'accord sur l'Espace économique européen, du 2 mai 1992, ou à l'article 9 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire. Il incombe aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'une offre à la vente ou une publicité affichée sur une place de marché en ligne accessible sur ledit territoire est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci » (CJUE (Gr. ch.), 12 juillet 2011, *L'Oréal c./ eBay*, aff. C-324-09).

C'est ainsi que la Cour de cassation a subordonné l'application de la loi française en matière de contrefaçon sur Internet à la condition que le site Internet s'adresse effectivement au public français (Com., 11 janvier 2005, n° 02-18.381, Bull., n° 8 ; Com., 20 mars 2007, n° 04-19679, Bull., n° 91 ; Crim., 14 décembre 2010, n° 10-80.088).

Par exemple, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un jugement qui, dans une action en contrefaçon de marque et de modèle ainsi qu'en concurrence déloyale, avait décliné la compétence des juridictions françaises, en retenant que :

« l'arrêt relève par motifs adoptés que la livraison en France d'un exemplaire de la commande du couteau litigieux a été passée, pour les besoins de la cause, auprès de la société Messermarkt, dans des conditions indéterminées et n'a porté que sur un seul exemplaire ; qu'il relève encore, par motifs propres et adoptés, qu'aucun site français ne propose le couteau incriminé, que certains des sites étrangers l'offrant à la vente mentionnent que la livraison des

produits n'est possible que sur le territoire allemand et que le consommateur français qui souhaite accéder aux sites exploités par les sociétés germanophones et passer une commande doit connaître la langue allemande laquelle n'est pas spécifiquement maîtrisée par le public concerné par ce type d'articles ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que les sites sur lesquels les produits incriminés étaient proposés ne visaient pas le public de France, a, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les première et troisième branches, légalement justifié sa décision » (Com., 12 février 2013, n° 11-25.914).

Le Conseil d'État lui-même a repris ce critère de l' « *activité dirigée* » en matière de publicité des professions réglementées sur Internet.

Saisi d'un pourvoi à l'encontre d'une décision infligeant une sanction disciplinaire à un chirurgien dentiste pour avoir diffusé des messages publicitaires sur un site Internet en langue anglaise et à destination d'un public anglais, le Conseil d'État a censuré cette décision pour erreur de droit, en jugeant que :

« constitue un procédé publicitaire prohibé au sens de cet article, la mise à disposition du public, par un praticien ou sans que celui-ci ne s'y soit opposé, d'une information qui ne se limite pas à un contenu objectif et qui vise à promouvoir auprès de patients éventuels l'activité au titre de laquelle ce praticien est inscrit au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes en France ; que, dans l'hypothèse où, eu égard à son contenu, cette information n'est pas destinée à de telles personnes, la circonstance qu'elle leur soit librement accessible, notamment lorsqu'elle figure sur un site internet, n'est pas, par elle-même, de nature à lui conférer le caractère d'une publicité prohibée ;

Considérant que, après avoir relevé que les messages figurant sur le site internet "lingualorthodontics.net" ne se limitaient pas à une information objective, la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes a jugé que les circonstances que M. Fillion disposait d'un cabinet en Angleterre, que le site était rédigé en anglais et qu'il ne faisait pas mention du cabinet français du praticien n'étaient pas de nature à priver ces messages de caractère publicitaire au sens de l'article R. 4127-215 du code de la santé publique, dès lors qu'ils étaient "accessibles en France" ; que, toutefois, il résulte de ce qui a été dit au point 2 que les circonstances ainsi relevées par la chambre disciplinaire nationale et jugées par elle inopérantes étaient bien de celles dont M. Fillion pouvait utilement se prévaloir pour établir que l'information disponible sur le site litigieux n'était pas prohibée ; que, par suite, la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes a commis une erreur de droit ; que M. Fillion est fondé, pour ce motif, à demander l'annulation de la décision attaquée » (CE, 21 janvier 2015, M. Fillion, n° 362.761, Rec. CE T.).

La doctrine note que :

« L'interdiction de la promotion de l'activité ne s'applique en conséquence qu'à celle pour l'exercice de laquelle le praticien est inscrit au tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes en France. Elle est en revanche inopérante lorsque l'information en ligne n'est pas destinée à promouvoir l'activité auprès du public français car cela reviendrait, sinon, au seul motif de l'accessibilité des informations en France, à exporter la prohibition pour l'appliquer à l'exercice de l'activité sur un territoire où elle n'est pas prévue par la réglementation en vigueur (...). Si l'on devait interdire la diffusion de communications commerciales sur un site Internet en anglais, à destination du public anglais, par un praticien exerçant son activité dans un cabinet en Angleterre au prétexte que cette information est librement accessible notamment au public français, cela conduirait à étendre la portée d'une prohibition propre à la réglementation française et à lui donner une sorte d'effet extraterritorial quand le droit européen s'oppose pourtant, sur le principe, à ce type de prohibition » (G. Loiseau, « L'extraterritorialité de l'information diffusée par un site Internet à destination d'un public non français », CCE 2015, comm. 32).

8. Surtout, c'est en s'inspirant de ce même critère de l' « *activité dirigée* », que la CJUE a interprété, dans son arrêt Google Spain, la notion de « *traitement (...) effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre* » prévue à l'article 4, relatif au « *droit national applicable* », de la directive de 1995.

Rappelons qu'aux termes de l'article 4, relatif au « *droit national applicable* », de la directive de 1995 (transposé en droit interne par le I de l'article 5 de la loi Informatique et libertés, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel) :

« 1. Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque:

a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable;

b) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public;

c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté (...) ».

Le champ territorial d'application des lois nationales de transposition de la directive de 1995 repose donc sur deux critères alternatifs :

- l'établissement dans l'État membre du responsable du traitement ;
- ou l'utilisation de moyens de traitement situé dans l'État membre.

Comme l'a constaté la Cour de Luxembourg, la société Google n'est pas directement établie dans l'Union européenne et il n'est pas établi qu'elle recourt à des moyens de traitement y étant situés (arrêt Google Spain, point 43).

Par ailleurs, si elle dispose de filiales dans les différents États membres de l'Union, celles-ci n'exploitent pas les services de recherche, mais se bornent à une activité de marketing.

Une interprétation stricte de la directive de 1995 aurait donc dû conduire la Cour à conclure à l'inapplicabilité du texte en l'absence de « *traitement (...) effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre* ».

Pour attirer néanmoins le service de recherche exploité par la société Google dans le champ de la directive, la Cour a considéré que :

« au vu de l'objectif de la directive 95/46 d'assurer une protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, cette dernière expression ne saurait recevoir une interprétation restrictive (voir, par analogie, arrêt L'Oréal e.a., C-324/09, EU:C:2011:474, points 62 et 63).

Il convient de relever dans ce contexte qu'il ressort notamment des considérants 18 à 20 et de l'article 4 de la directive 95/46 que le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie

par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large.

Compte tenu de cet objectif de la directive 95/46 et du libellé de son article 4, paragraphe 1, sous a), il y a lieu de considérer que le traitement de données à caractère personnel qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que Google Search, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre, est effectué «dans le cadre des activités» de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, qui servent à rentabiliser le service offert par ce moteur.

En effet, dans de telles circonstances, les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités.

À cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il a été précisé aux points 26 à 28 du présent arrêt, l'affichage même de données à caractère personnel sur une page de résultats d'une recherche constitue un traitement de telles données. Or, ledit affichage de résultats étant accompagné, sur la même page, de celui de publicités liées aux termes de recherche, force est de constater que le traitement de données à caractère personnel en question est effectué dans le cadre de l'activité publicitaire et commerciale de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un État membre, en l'occurrence le territoire espagnol» (points 53 à 57).

La Cour en a déduit l'applicabilité de la directive de 1995 :

« lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre » (point 60).

C'est donc la circonstance que le moteur de recherche dirige son activité, au moyen d'une régie publicitaire installée dans un État membre, vers cet État, qui a *in fine* été retenu comme critère d'application territoriale.

Plus encore, dans une décision ultérieure, la Cour a jugé que, pour apprécier l'existence d'un établissement sur le territoire de l'État membre au sens de l'article 4 de la directive de 1995 :

*« la juridiction de renvoi peut, notamment, tenir compte du fait, d'une part, que l'activité du responsable dudit traitement, dans le cadre de laquelle ce dernier a lieu, consiste dans l'exploitation de sites Internet d'annonces immobilières concernant des biens immobiliers situés sur le territoire de cet État membre et rédigés dans la langue de celui-ci et qu'elle est, par conséquent, principalement, voire entièrement, tournée vers ledit État membre et, d'autre part, que ce responsable dispose d'un représentant dans ledit État membre, qui est chargé de recouvrer les créances résultant de cette activité ainsi que de le représenter dans des procédures administrative et judiciaire relatives au traitement des données concernées » (CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Weltimmo s.r.o. c./ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, aff. C-230/14).*

La notion d'établissement sur le territoire de l'État membre au sens de l'article 4 de la directive de 1995 est donc expressément interprétée au regard du critère de l'« *activité dirigée* ».

9. Or, seule l'activité de traitement opérée depuis le nom de domaine « *google.fr* » est dirigée vers la France.

Il apparaît en effet que chacune des filiales de la société Google établie dans un État membre de l'Union cible essentiellement les entreprises établies dans ce pays et, partant, exerce son activité dans le cadre du service de recherche accessible par le nom de domaine se terminant par l'extension territoriale correspondant au pays dans lequel elle est établie. Par exemple, Google Spain exerce essentiellement son activité pour le moteur de recherche accessible par l'adresse « *google.es* », Google France pour celui accessible par l'adresse « *google.fr* », etc.

Il est à noter à cet égard qu'un internaute qui cherche à atteindre le moteur de recherche Google depuis la France en tapant l'adresse « *google.com* » est automatiquement redirigé vers l'adresse « *google.fr* ».

La doctrine explique ainsi que :

« L'entité en charge de la publicité par mots clés est liée au moteur de recherche sur internet et doit être présente sur les marchés nationaux de publicité, c'est pourquoi Google a établi des filiales dans de nombreux États membres, désignés sur l'internet suivant des noms de domaine nationaux

*(« google.es »). L'établissement d'un État membre joue donc un rôle significatif dans le traitement de données à caractère personnel, en assurant un service de vente de publicité ciblée aux habitants de cet État» (C. Castets-Renard, « Google et l'obligation de déréférencer les liens vers les données personnelles ou comment se faire oublier du monde numérique », *RDLI* 2014, p. 106).*

L'avocat général Niilo Jääskinen relevait lui-même dans ses conclusions sur l'affaire Google Spain que :

« Il est facile de vérifier que l'utilisation des mêmes mots clés sur différents domaines nationaux de Google peut déclencher l'affichage de publicités et de résultats de recherche différents » (note n° 46).

Si la société Google peut être regardée comme disposant d'un établissement sur le territoire français, à raison de sa filiale Google France, c'est donc dans le cadre de l'activité du service de recherche accessible par l'adresse « google.fr ».

Il en résulte que la loi Informatique et libertés n'est pas applicable aux services de recherche exploités par la société Google et accessibles par d'autres adresses, de sorte que cette société ne saurait être contrainte, en vertu de ce texte, à mettre en œuvre les déréférencements sur les autres services de recherche que celui accessible par l'adresse « google.fr ».

10. Pour décider néanmoins le contraire, la formation restreinte de la CNIL s'est fondée sur trois éléments, en retenant :

- de première part, que les services de recherche opérés par la société Google et accessibles par l'intermédiaire des noms de domaine aux différentes extensions (« google.fr », « google.com », « google.ca », ...) ne constituaient qu'un unique traitement (décision attaquée, p. 7, § 2 à 5) ;
- de deuxième part, qu'elle a compétence pour exercer son pouvoir de sanction « à l'égard des traitements dont les opérations sont mises en œuvre, en tout ou partie, sur le territoire national, y compris lorsque le responsable du traitement est établi sur le territoire d'un autre Etat membre de la Communauté européenne » (décision attaquée, p. 7, § 6) ;
- de troisième part, que seuls les résidents français étaient visés par l'obligation de déréférencement dont la CNIL assure l'application (décision attaquée, p. 8, § 2).

Aucun de ces motifs ne peut emporter la conviction.

11. De première part, les services de recherche opérés par la société Google et accessibles par l'intermédiaire des noms de domaine aux différentes extensions (« google.fr », « google.com », « google.ca »,...) constituent autant de traitements de données différents.

Aux termes de l'article 2 de la directive de 1995, transposé en droit interne par l'article 2 de la loi Informatique et libertés, constitue un « *traitement de données à caractère personnel* » :

« toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

Dans son arrêt Google Spain, la CJUE a dit que :

« en explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des informations qui y sont publiées, l'exploitant d'un moteur de recherche « collecte » de telles données qu'il « extrait », « enregistre » et « organise » par la suite dans le cadre de ses programmes d'indexation, « conserve » sur ses serveurs et, le cas échéant, « communique à » et « met à disposition de » ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherches. Ces opérations étant visées de manière explicite et inconditionnelle à l'article 2, sous b), de la directive 95/46, elles doivent être qualifiées de « traitement » au sens de cette disposition, sans qu'il importe que l'exploitant du moteur de recherche applique les mêmes opérations également à d'autres types d'information et ne distingue pas entre celles-ci et les données à caractère personnel » (point 28).

Plus spécifiquement, elle a considéré au cas d'espèce au principal que :

« l'affichage même de données à caractère personnel sur une page de résultats d'une recherche constitue un traitement de telles données. Or, ledit affichage de résultats étant accompagné, sur la même page, de celui de publicités liées aux termes de recherche, force est de constater que le traitement de données à caractère personnel en question est effectué dans le cadre de l'activité publicitaire et commerciale de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire d'un État membre, en l'occurrence le territoire espagnol » (point 57).

Ainsi, le traitement lié à l'affichage des résultats par un moteur de recherche en réponse à une requête opérée à partir d'un nom constitue un traitement de données personnelles spécifique.

Et, le droit au déréférencement ne porte que sur le traitement consistant en cet affichage. Le droit au déréférencement ne concerne en revanche pas le traitement opéré par l'exploitant du moteur de recherche consistant à collecter, indexer et stocker les pages contenant des informations personnelles.

Or, comme il a été dit, « *il est facile de vérifier que l'utilisation des mêmes mots clés sur différents domaines nationaux de Google peut déclencher l'affichage de publicités et de résultats de recherche différents* » (concl. N. Jääskinen s./ l'arrêt Google Spain, note n° 46).

Ainsi, une recherche à partir du nom Jean Dupont ne donnera pas les mêmes résultats selon qu'elle est effectuée sur le site « google.fr » ou le site « google.com ».

L'affirmation par la formation restreinte de la CNIL selon laquelle il s'agirait « *d'un traitement unique doté de multiples chemins d'accès* », qui reposerait uniquement sur la volonté de « *proposer un service adapté à la langue nationale de chaque pays* » (décision, p. 7) est manifestement erronée.

Au contraire, dès lors que, à tout le moins, l'affichage des données collectées ne sont pas les mêmes selon les différents services de recherche nationaux en question, ils ne peuvent pas constituer un unique traitement.

12. De deuxième part, la soumission au droit français d'un traitement opéré par la société Google ne peut avoir pour effet d'étendre la compétence de la formation restreinte de la CNIL à des traitements relevant de la législation d'autres États membres de l'Union et *a fortiori* d'États tiers.

Aux termes de l'article 28, relatifs aux autorités de contrôle, de la directive de 1995 :

« (...) 4. *Chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne, ou par une association la représentant, d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel. La personne concernée est informée des suites données à sa demande. Chaque autorité de contrôle peut, en particulier, être saisie par toute personne d'une demande de vérification de la licéité d'un traitement lorsque les*

dispositions nationales prises en vertu de l'article 13 de la présente directive sont d'application. La personne est à tout le moins informée de ce qu'une vérification a eu lieu (...).

6. Indépendamment du droit national applicable au traitement en cause, chaque autorité de contrôle a compétence pour exercer, sur le territoire de l'État membre dont elle relève, les pouvoirs dont elle est investie conformément au paragraphe 3. Chaque autorité peut être appelée à exercer ses pouvoirs sur demande d'une autorité d'un autre État membre.

Les autorités de contrôle coopèrent entre elles dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment en échangeant toute information utile (...). ».

Et, aux termes de l'article 48 de la loi Informatique et libertés, qui en assure la transposition :

« Les pouvoirs prévus à l'article 44 ainsi qu'au I, au 1° du II et au III de l'article 45 peuvent être exercés à l'égard des traitements dont les opérations sont mises en œuvre, en tout ou partie, sur le territoire national, y compris lorsque le responsable du traitement est établi sur le territoire d'un autre État membre de la Communauté européenne ».

Ces dispositions nationales ne sauraient avoir pour effet d'autoriser la formation restreinte de la CNIL à infliger des sanctions à une personne à raison de traitements soumis à la législation d'autres États membres, au prétexte que cette personne exploite également un traitement soumis à la législation française.

La CJUE a ainsi jugé que :

« [l'article 28 § 6 de la directive de 1995] est nécessaire pour assurer la libre circulation des données à caractère personnel dans l'Union, tout en veillant au respect des règles visant à protéger la vie privée des personnes physiques prévues par la directive 95/46. En effet, en l'absence de ladite disposition, dans le cas où le responsable du traitement des données à caractère personnel serait soumis à la loi d'un État membre, mais enfreindrait le droit à la protection de la vie privée des personnes physiques dans un autre État membre, notamment en tournant son activité vers cet autre État membre sans pour autant y être établi, au sens de cette directive, il serait difficile, voire impossible, pour ces personnes de faire respecter leur droit à cette protection.

Il résulte ainsi de l'article 28, paragraphe 6, de la directive 95/46 que l'autorité de contrôle d'un État membre, qui est saisie par des personnes physiques d'une réclamation relative au traitement des données à caractère personnel les

concernant, sur le fondement de l'article 28, paragraphe 4, de cette directive, peut examiner cette réclamation indépendamment du droit applicable, et, par conséquent, même si le droit applicable au traitement des données concernées est celui d'un autre État membre.

Toutefois, dans cette hypothèse, les pouvoirs de cette autorité ne comprennent pas nécessairement l'ensemble de ceux dont elle est investie conformément au droit de l'État membre dont elle relève.

En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 50 de ses conclusions, il découle des exigences résultant de la souveraineté territoriale de l'État membre concerné, du principe de légalité et de la notion d'État de droit que le pouvoir de répression ne peut, en principe, s'exercer en dehors des limites légales dans lesquelles une autorité administrative est habilitée à agir, dans le respect du droit de l'État membre dont elle relève.

*Ainsi, lorsqu'une autorité de contrôle est saisie d'une plainte, conformément à l'article 28, paragraphe 4, de la directive 95/46, cette autorité peut exercer ses pouvoirs d'investigation indépendamment du droit applicable et avant même de savoir quel est le droit national qui est applicable au traitement en cause. Cependant, si elle parvient à la conclusion que le droit d'un autre État membre est applicable, elle ne saurait imposer des sanctions en dehors du territoire de l'État membre dont elle relève. Dans une telle situation, il lui appartient, en exécution de l'obligation de coopération que prévoit l'article 28, paragraphe 6, de cette directive, de demander à l'autorité de contrôle de cet autre État membre de constater une éventuelle infraction à ce droit et d'imposer des sanctions si ce dernier le permet, en s'appuyant, le cas échéant, sur les informations qu'elle lui aura transmises. » (CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Weltimmo s.r.o. c./ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, aff. C-230/14, points 53 à 57 ; voir également : CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems c./ Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, point 44).*

En conséquence, la circonstance que la société Google soit responsable d'un traitement qui relève de la législation française ne peut avoir pour effet d'étendre la compétence de la formation restreinte de la CNIL pour lui infliger des sanctions ayant trait à des traitements relevant de la législation d'autres États membres de l'Union et *a fortiori* d'États tiers.

13. De troisième part, la formation restreinte de la CNIL ne peut justifier sa compétence par un rattachement suffisant au territoire national à raison de ce que seuls les résidents français seraient visés par l'obligation de déréférencement dont elle assure l'application, dès lors qu'aucune disposition ne fonde ou ne limite sa compétence à raison de cette résidence.

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, le champ territorial d'application de la loi Informatique et libertés, tel qu'il résulte de la transposition de l'article 4 de la directive de 1995, repose sur deux critères alternatifs :

- l'établissement en France du responsable du traitement ;
- ou l'utilisation de moyens de traitement situé en France.

Ces critères étant limitatifs, aucune disposition du droit interne ou du droit de l'Union ne fonde le champ d'application du droit au déréférencement sur la résidence sur le territoire national de la personne concernée par le traitement.

La CJUE a en conséquence jugé qu' « *est dénuée de pertinence* [sur la détermination de l'applicabilité territoriale de la directive de 1995] *la question de la nationalité des personnes concernées par ce traitement de données* » (CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Weltimmo s.r.o. c./ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, aff. C-230/14, points 40 et 41).

Et des auteurs soulignent que :

« la loi [de 1978] telle qu'interprétée par les tribunaux et la CNIL permet de couvrir, en pratique, un très large spectre de traitement de données à caractère personnel, aucune disposition légale ne vise expressément les traitements de données personnelles dont le seul critère de rattachement à la France serait la résidence des personnes concernées » (P. Cadio et Th. Livenais, « Photographie du champ territorial du règlement données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 347).

Plus encore, aucune disposition du droit interne ou du droit de l'Union ne limite le champ d'application du droit au déréférencement sur la résidence sur le territoire national de la personne concernée par le traitement.

Le G29 l'a d'ailleurs relevé à plusieurs reprises.

Dans un document de travail, adopté le 30 mai 2002, consacré à l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE, le G29 a considéré que :

« il n'est pas nécessaire que la personne soit citoyen européen, qu'elle soit physiquement présente dans l'UE ou qu'elle y réside. La directive ne fait pas de distinction sur la base de la nationalité ou de la localisation parce qu'elle

harmonise les lois des États membres qui traitent des droits fondamentaux octroyés à tous les êtres humains, quelle que soit leur nationalité. Ainsi, dans les cas qui seront discutés ci-après, la personne pourrait être un citoyen américain ou chinois. En termes d'application du droit européen en matière de protection des données, cette personne sera protégée de la même manière qu'un citoyen de l'UE» (5035/01/FR/Final, p. 8).

Et, dans ses lignes directrices sur la mise en œuvre de la décision Google Spain, adoptées le 26 novembre 2014, il a indiqué que :

« L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, auquel se réfère expressément la décision dans plusieurs paragraphes, reconnaît le droit à la protection des données à « toute personne ». En pratique, les autorités de contrôle se concentreront sur les plaintes dans lesquelles il existe un lien clair entre la personne concernée et l'Union européenne, par exemple dans le cas où la personne concernée est citoyenne ou résidente d'un État membre de l'Union » (14/EN, traduction libre du point 19, p. 8).

La doctrine considère quant à elle que :

« Une personne cherchant à se prévaloir d'un droit garanti par la directive [de 1995] n'a pas à être un citoyen d'un État membre de l'Union ou à satisfaire à une autre exigence de compétence en vertu du droit international privé, dès lors que le traitement de données sur lequel il fonde sa plainte est soumise à la réglementation européenne sur la protection des données en vertu de l'article 4. Ainsi, l'arrêt [Google Spain] ne semble placer aucune limite territoriale sur l'application du droit, afin qu'il puisse appliquer aux demandes de déréférencement d'individus partout dans le monde » (C. Kuner, « The Court of Justice of the EU Judgment on Data protection and Internet Search Engines », LSE Law Society and Economy Working Papers 3/2015, p. 11 (traduction libre)).

Dans ce contexte, il n'existe aucune garantie que la CNIL n'exerce ses pouvoirs qu'à l'égard de personnes résidant en France. L'absence de ce lien de rattachement territorial en amont (c'est-à-dire au regard du bénéficiaire du droit au déréférencement) justifie de plus fort l'existence d'un rattachement territorial étroit en aval (c'est-à-dire au regard de la portée du déréférencement).

Il résulte de tout ce qui précède que la formation restreinte de la CNIL ne pouvait exiger de la société Google qu'elle mette en œuvre le droit au déréférencement sur d'autres services de recherche que celui accessible par l'adresse « *google.fr* ».

14. *A fortiori*, la formation restreinte de la CNIL ne pouvait légalement estimer que le droit au déréférencement devait être mis en œuvre de façon universelle, y compris sur des résultats de recherche que la société Google rend techniquement inaccessibles depuis le territoire français.

Rappelons que la société Google a modifié ses pratiques en décidant que désormais, outre le déréférencement sur l'ensemble de ses services de recherche spécifiquement destinés aux utilisateurs européens, elle procéderait également au déréférencement sur l'ensemble de ses services dès lors que la recherche émanerait d'une adresse IP localisée dans le même pays que la personne ayant fait la demande de déréférencement.

Ainsi, même si une personne peut accéder depuis la France à un service de recherche non européen opéré par la société Google (comme « *google.com* », « *google.co.jp* » ou « *google.ca* ») et y faire une recherche, l'outil mis en place par la société Google identifie le lieu depuis lequel la recherche est lancée et interdit l'affichage des liens déréférencés qui pourraient par ailleurs être disponibles depuis ce service de recherche.

Mais, la formation restreinte de la CNIL a jugé qu'une telle pratique n'était pas plus conforme à la loi Informatique et libertés.

Une telle position paraît manifestement insoutenable.

Si par exceptionnel le Conseil d'État décidait de ne pas appliquer en substance le critère tiré de l'« *activité dirigée* », il devrait nécessairement limiter le champ d'application territorial de la loi Informatique et libertés, et par suite le pouvoir de sanction de la formation restreinte de la CNIL, aux résultats de recherche accessibles depuis le territoire national.

Lorsque le critère tiré de l'« *activité dirigée* » n'est pas utilisé pour déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente en matière de site Internet, c'est en effet systématiquement celui de l'accessibilité de ce site qui est retenu à titre subsidiaire.

C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de responsabilité délictuelle à raison d'un site Internet, la jurisprudence retient comme critère de compétence territoriale celui du lieu d'accessibilité de ce site (CJUE, 3 octobre 2013, *Pinckney c./ KDG Mediatech AG*, aff. C-170/12 ; Civ. 1^{re}, 22 janvier 2014, n° 10-15.890, Bull., n° 9).

S'affranchir d'un tel critère aurait pour effet de conférer une compétence universelle à la formation restreinte de la CNIL, au seul prétexte que le responsable du traitement est établi pour d'autres activités en France.

À vrai dire, aucun lien de rattachement territorial avec la France n'existerait pour de tels services de recherche inaccessibles depuis le territoire national, dès lors que l'on a vu qu'aucune disposition du droit interne ou du droit de l'Union ne limite le champ d'application du droit au déréférencement à la résidence sur le territoire national de la personne concernée par le traitement.

On soulignera d'ailleurs qu'aux termes de l'article 48 de la loi Informatique et libertés, la compétence de la formation restreinte de la CNIL est subordonnée à ce que les opérations de traitement soient « *mises en œuvre, en tout ou partie, sur le territoire national* ».

Or, à défaut de toute opération de traitement en France, et notamment pas d'affichage des résultats litigieux du moteur de recherche en France, la compétence de la formation restreinte de la CNIL est manifestement exclue.

Il en résulte qu'à tout le moins, la formation restreinte de la CNIL ne pouvait raisonnablement estimer que le droit au déréférencement devait être mis en œuvre par la société Google de façon universelle, y compris sur des résultats de recherche non accessibles depuis le territoire français.

B – En toute hypothèse, sur la disproportionnalité d'une mesure de déréférencement universel au regard du droit à l'information

15. À supposer même, pour les besoins de la discussion, que la loi Informatique et libertés soit applicable aux traitements opérés par la société Google sur d'autres noms de domaine que celui « google.fr », et que la formation restreinte de la CNIL ait pu compétemment exercer ses pouvoirs de sanction à raison de ces traitements, elle ne pouvait néanmoins interpréter le droit au déréférencement comme impliquant sa mise en œuvre à l'ensemble des services de recherche opérés par le responsable du traitement, quelles que soient les extensions du nom de domaine à partir desquels ils sont accessibles et quel que soit le lieu depuis lequel ils sont consultés.

La CJUE rappelle que :

« il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité.

S'il est vrai que la protection de la vie privée requiert l'application de sanctions efficaces à l'encontre des personnes traitant des données à caractère personnel d'une manière non conforme à la directive 95/46, de telles sanctions doivent toujours respecter le principe de proportionnalité. Il en va d'autant plus ainsi que le champ d'application de la directive 95/46 apparaît très large et que les obligations des personnes qui procèdent à des traitements de données à caractère personnel sont nombreuses et importantes» (CJCE, 6 novembre 2003, Lindqvist, aff. C-101/01, points 87 et 88).

Par ailleurs, le droit au déréférencement opère un équilibre très fragile entre le droit individuel à la protection des données et celui collectif à l'information, ce qui a d'ailleurs été largement souligné par de nombreux commentateurs.

À ce titre, il faut souligner que le droit au déréférencement n'a été reconnu compatible avec le droit à l'information que parce qu'il n'a pas pour objet de rendre inaccessible l'information, mais simplement plus difficilement accessible.

La Première chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs récemment jugé que le fait d'imposer à un organe de presse le déréférencement d'un article des résultats affichés par son moteur de recherche interne à partir d'une recherche opérée sur le nom d'une personne excède les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de la presse, sans même s'interroger sur le contenu de cet article (Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-17.729).

La prétention de la formation restreinte de la CNIL à l'universalité du déréférencement méconnaît donc ce fragile équilibre entre le droit individuel à la protection des données et celui collectif à l'information.

Plus encore, il est faux d'affirmer, comme le fait pourtant la décision attaquée par la société Google, que le déréférencement ne saurait être apprécié au regard de la « *personne destinataire de la donnée* » (décision, p. 9).

La balance des intérêts à opérer pour apprécier s'il y a lieu de faire droit à une demande de déréférencement dépend au contraire de cette personne destinataire de la donnée, c'est-à-dire de la personne qui opère la recherche.

Dans son arrêt Google Spain, la CJUE a relevé que :

« Si, certes, les droits de la personne concernée protégés par ces articles prévalent également, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes, cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment, en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique » (point 81).

16. L'intérêt du public à disposer d'une information donnée n'est évidemment pas le même dans les différents États. Notamment, une personne pourra jouer un rôle important dans la vie publique dans un État, mais être un parfait anonyme dans un autre.

D'évidence, la pertinence d'une demande de référencement ne peut être appréciée de façon globale à l'échelle du monde et doit au contraire être examinée distinctement par chacune des autorités de contrôle nationales et des tribunaux, les plus à même de juger, dans leur champ de compétence territoriale, de la pertinence de l'information concernée au regard du droit à l'information.

Apprécier en France, s'il existe un intérêt légitime pour le public japonais, brésilien, australien, etc. de connaître d'une information donnée confine à l'aberration.

Plus encore, dans ses lignes directrices sur la mise en œuvre de la décision Google Spain, adoptées le 26 novembre 2014, le G29 a souligné qu'il fallait tenir compte, dans l'appréciation du bien fondé d'une demande de déréférencement, de l'existence d'un droit, voire d'une obligation légale, pour la personne publiant la donnée personnelle à voir cette donnée accessible au public (p. 19) et que, d'une façon générale, les critères indicatifs qu'il donnait pour apprécier ces demandes *« doivent être appliqués en accord avec la législation nationale applicable »* (p. 12, traduction libre).

Notamment, s'agissant du critère lié à la circonstance que la donnée a trait à une infraction pénale, le G29 indique que :

« Les États membres de l'Union peuvent avoir différentes approches quant à la disponibilité pour le public d'une information relative à des infractions pénales et à ceux qui l'ont commise. Des dispositions légales particulières peuvent avoir un impact sur la disponibilité de telles informations dans le temps » (p. 20, traduction libre).

On le voit encore à cet égard, seule une appréciation du droit au déréférencement à l'échelle de l'État est possible.

17. Enfin, l'interprétation conférée à la loi Informatique et libertés par la formation restreinte de la CNIL apparaîtrait également disproportionnée au regard des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tout spécifiquement de son article 10, garantissant la liberté d'expression.

La doctrine a déjà souligné le risque de contrariété à la Convention de la solution retenue par la CJUE dans l'arrêt Google Spain :

« D'une manière générale, la CJUE établit dans l'arrêt Google Spain c/ Costeja une hiérarchie entre les droits puisqu'elle affirme que la protection de la vie privée et la protection des données personnelles « prévalent [...] en règle générale, sur ledit intérêt des internautes ». La CJUE ne fait pas beaucoup de cas du droit à recevoir des informations qui est aussi protégé par l'article 10 de la Conv. EDH.

Ensuite, la CEDH pourrait reconnaître que les moteurs de recherche disposent d'un droit à la liberté d'expression qui devrait être pris en compte dans l'exercice d'un droit au déréférencement. Autrement dit, ce n'est pas tant l'intérêt économique du moteur de recherche, mais véritablement sa liberté d'opinion qui devra être mise en balance avec le respect de la vie privée du requérant.

Enfin, la CEDH pourrait également être amenée à trancher la question de savoir si les éditeurs de contenu disposent d'un droit à être indexé au titre de leur liberté d'expression qui pourrait être mis en balance avec l'obligation de déréférencement. L'existence d'un tel droit, en particulier pour les journalistes professionnels, pourrait se poser au regard de l'interprétation large que la CEDH fait de la liberté de la presse » (O. Tambou, « Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement », *RTD Eur.* 2016, p. 249).

A fortiori, l'interprétation conférée par la formation restreinte de la CNIL au droit au déréférencement qui conduit à un considérable élargissement de celui-ci entrerait en conflit avec le droit à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 de la Convention.

Il sera fait droit aux conclusions de la requête de la société Google Inc. et la sanction attaquée sera annulée.

PAR CES MOTIFS, l'exposante conclut qu'il plaise au Conseil d'État de :

- ADMETTRE son intervention volontaire au soutien de la requête de la société Google Inc. ;
- FAIRE DROIT aux conclusions de la requête de la société Google Inc.

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation



PRODUCTIONS :

1. Statuts de Wikimedia Foundation ;
2. Liste des avis de déréférencement reçus par Wikimedia Foundation (https://wikimediafoundation.org/wiki/Notices_received_from_search_engines).