

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

AFFAIRE PRÉJUDICIELLE C-507/107

OBSERVATIONS DANS LE CADRE
DU RENVOI PRÉJUDICIEL DU CONSEIL D'ÉTAT

POUR : Wikimedia Foundation Inc.

REPRÉSENTÉE PAR : La SCP Baraduc Duhamel Rameix
Agissant par Me Claire Rameix-Séguin
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
204, rue de Vaugirard F-75015 PARIS

1. Wikimedia Foundation Inc. (ci-après, la Fondation Wikimedia) entend présenter les observations suivantes relatives à la demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État le 19 juillet 2017.
2. Les questions posées ont trait à la portée territoriale du « *droit au déréférencement* » consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son 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) sur le fondement des articles 12 b) et 14 a) de 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.
3. Elles visent à déterminer comment l'exploitant d'un moteur de recherche opérant dans plusieurs États, notamment hors de l'Union européenne, par le biais de sites accessibles par différents noms de domaine, tel que la société Google Inc., doit mettre en œuvre ce déréférencement. À ce titre, il est demandé, en substance, si l'exploitant d'un moteur de recherche doit procéder au déréférencement sur l'ensemble des noms de domaine de son service (première question).
4. Dans la négative, l'exploitant du moteur de recherche doit-il procéder à la suppression des liens litigieux des résultats d'une recherche effectuée à partir du seul nom de domaine correspondant à l'État où la demande de déréférencement a été faite ou doit-il procéder à cette suppression pour l'ensemble des noms de domaine correspondant aux États membres de l'Union (deuxième question) ?
5. L'exploitant du moteur de recherche doit-il alors néanmoins mettre également en œuvre un système de « géoblocage » interdisant l'affichage des résultats d'une recherche effectuée sur des noms de domaine autres que celui ou ceux concernés par l'obligation de déréférencement, mais depuis une adresse de connexion réputée localisée dans l'État ou les États concernés par cette obligation (troisième question) ?

6. 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, entend démontrer que l'exploitant d'un moteur de recherche ne peut être tenu de procéder à la suppression des liens litigieux que des seuls résultats d'une recherche effectuée à partir du nom de domaine correspondant à l'État où la demande de déréférencement a été faite.

7. La nécessité d'un lien de rattachement suffisant au territoire d'un État membre interdit en effet un déréférencement universel (I). L'extension territoriale constitue quant à elle un lien de rattachement adéquat au regard du critère de l'« activité dirigée », communément utilisé en matière de conflits de loi pour les activités sur Internet (II). Subsidiairement, l'adresse de connexion pourrait constituer un lien de rattachement au regard du critère de l'accessibilité, utilisé de façon alternative à celui de l'« activité dirigée » (III).

I – La nécessité d'un lien de rattachement suffisant au territoire d'un État membre interdit un déréférencement universel

8. En l'absence d'un lien de rattachement suffisant au territoire d'un État membre résultant du champ d'application très large de la directive du 24 octobre 1995 (A), un déréférencement portant sur l'ensemble des noms de domaine du moteur de recherche, que l'on pourrait qualifier de « *déréférencement universel* » ou de « *déréférencement mondial* », méconnaîtrait tant les principes du droit international public (B) que l'exigence de proportionnalité d'une mesure de déréférencement au regard du droit à l'information (C).

A - L'absence de lien de rattachement suffisant résultant du champ d'application de la directive du 24 octobre 1995

9. Aux termes de l'article 4 de la directive du 24 octobre 1995 :

« 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 (...).*

10. Le champ territorial d'application des lois nationales de transposition de la directive du 24 octobre 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.

11. Pour attirer le traitement de données opéré par un moteur de recherche et réalisé hors de l'Union, tel que Google Search, dans le champ des garanties de la directive du 24 octobre 1995, la Cour a procédé à une interprétation extensive des dispositions précitées. À cet effet, elle a jugé que le seul fait que l'exploitant du moteur de recherche dispose dans un État membre d'un établissement assurant la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche suffisait à engendrer l'application des garanties de la directive.
12. L'avocat général Saugmandsgaard Øe a ainsi souligné dans ses conclusions sur l'arrêt *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl* que :

« La Cour (...) a retenu une interprétation large en considérant, en substance, qu'elle était remplie dès lors que les activités de l'exploitant d'un moteur de recherche établi aux États-Unis (pour les besoins desquelles était opéré le traitement des données en cause) et les activités de promotion et de fourniture d'espaces publicitaires de son établissement en Espagne étaient « indissociablement liées ».

Je doute, cependant, que cette approche soit transposable à la présente affaire. Outre d'autres différences factuelles, l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt se distingue de la présente espèce en ce qu'il s'agissait, dans cette affaire, d'évaluer si le traitement de données concerné était ou non couvert par le cadre de protection institué par la directive 95/46 (par le biais du droit espagnol de transposition de celle-ci). C'est, à mon sens, dans cette optique que la Cour a interprété la seconde condition énoncée à l'article 4, paragraphe 1, sous a), de cette directive de façon extensive, afin d'éviter qu'un tel traitement soit soustrait aux obligations et aux garanties prévues dans celle-ci» (concl. H. Saugmandsgaard Øe s./ aff. C-191/15, § 123 et 124).

13. Par ailleurs, à ce jour, le champ d'application des garanties en matière de protection des données personnelles ne dépend par ailleurs d'aucune façon de la nationalité ou du lieu de résidence de la personne concernée par le traitement (CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Weltimmo s.r.o. c./ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, aff. C-230/14, points 40 et 41).
14. Dans un document de travail, adopté le 30 mai 2002, consacré à l'application internationale du droit de l'Union en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'Union, le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (G29) a ainsi rappelé 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).

15. La doctrine note de même 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 LawSociety and Economy Working Papers* 3/2015, p. 11 (traduction libre) : Production n° 1).

16. Il est donc parfaitement inexact d'affirmer, comme l'a fait Mme Falque-Pierrotin, présidente de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), autorité de contrôle française, et du G29 dans une tribune publiée dans le quotidien *Le Monde* intitulée « Pour un droit au déréférencement mondial », que « *ce droit au déréférencement n'est (...) ouvert qu'au bénéfice des seuls résidents européens ; il ne concerne pas un chinois en Chine ou un américain au Nevada* » (Production n° 2).
17. Le vaste champ d'application de la directive du 24 octobre 1995 a en outre été considérablement étendu par la qualification, retenue par la décision de renvoi, de traitement unique pour l'ensemble des opérations réalisées par le moteur de recherches opéré par la société Google Inc. (dont la part de marché s'élève à environ 93 % en Europe) quel que soit le nom de domaine sur lequel la recherche est effectuée (décision de renvoi, § 10 à 13, p. 6 et 7).
18. En définitive, dès lors que l'exploitant d'un moteur de recherche dispose dans un État membre d'un établissement assurant la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, il se trouvera soumis dans son ensemble aux garanties résultant de la directive du 24 octobre 1995 et notamment au droit au déréférencement. Et une personne n'ayant pas la citoyenneté européenne et résidant dans un État tiers, pourra exercer, sur le fondement de la directive, son droit au déréférencement auprès de cet exploitant.
19. Compte tenu du champ d'application très large de la directive ainsi décrit, on conçoit que le déréférencement mondial ou universel conduirait les États membres à trancher des différends n'ayant aucun lien de rattachement à leur territoire, ce qui serait contraire aux principes du droit international public.

B - Les principes du droit international public

20. En vertu d'un principe fondamental du droit international public, l'autorité d'un État est limitée à son territoire. Un État ne peut donc prétendre régir par sa loi nationale que des situations se rattachant par un lien suffisant à ce territoire.
21. Certes, le droit international public ne prohibe pas pour autant les effets extraterritoriaux d'une loi nationale, mais seulement la contrainte extraterritoriale (CPJI, 7 septembre 1927, *France c./ Turquie*, dit « du Lotus »).
22. 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.
23. Il doit être particulièrement tenu compte à ce titre du fait qu'il n'existe pas - loin s'en faut - de consensus mondial sur l'existence d'un droit au déréférencement.
24. Plus grave encore, la prétention des États membres de régir l'accessibilité à des informations en dehors de leur territoire pourrait constituer un fâcheux précédent pouvant inciter des États tiers ne respectant pas les mêmes standards démocratiques à ordonner que des informations soient masquées aux citoyens européens, sous prétexte qu'elles sont jugées non pertinentes par ce pays. En définitive, Internet se trouverait dans son ensemble soumis aux standards des États les plus restrictifs en matière de liberté d'information.
25. C'est ce que soulignait M. Jimmy Wales, cofondateur de Wikipédia, dans une tribune également publiée dans le quotidien *Le Monde* :

« des pays étrangers pourraient s'inspirer de la sanction récemment émise par la CNIL à l'encontre de Google pour obliger Wikipédia et d'autres sites Internet à supprimer certaines informations que les francophones estiment importantes,

sous couvert du respect de la vie privée de leurs citoyens ou de la protection de leurs intérêts nationaux » (Production n° 3).

26. Devant le Conseil d'État, la société Google alertait ainsi des conséquences potentiellement désastreuses pour les libertés d'une application universelle des mesures de restriction déjà mises œuvre, par exemple, par les gouvernements saoudien (qui interdit les contenus « *blasphématoires* ») ou russe (qui interdit les contenus de « *propagande homosexuelle* »).
27. Un déréfèrement universel porterait ainsi atteinte à la souveraineté des États tiers, mais également aux intérêts légitimes des résidents de ces États en matière de droit à l'information.

C - L'exigence de proportionnalité d'une mesure de déréfèrement au regard du droit à l'information

28. La Cour 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).

29. Par ailleurs, le droit au déréférencement opère un équilibre très fragile entre le droit individuel à la protection des données, garanti par l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux, et celui collectif à l'information, garanti par l'article 11 du même texte, ce qui a été largement souligné par de nombreux commentateurs.
30. La prétention à l'universalité du déréférencement méconnaît ce fragile équilibre entre le droit individuel à la protection des données et celui collectif à l'information.
31. La balance des intérêts à opérer pour apprécier s'il y a lieu de faire droit à une demande de déréférencement dépend en effet d'une appréciation locale.
32. 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).

33. L'intérêt du public à disposer d'une information donnée n'est ainsi 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.

34. D'évidence, la pertinence d'une demande de déréférencement 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.
35. Apprécier en France, s'il existe un intérêt légitime pour le public japonais, brésilien, australien ou même pour le public d'un autre État membre de connaître d'une information donnée confine à l'aberration.
36. 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* » (14/FR WP 225, p. 12, traduction libre).
37. 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).
38. On le voit encore à cet égard, seule une appréciation du droit au déréférencement à l'échelle de l'État est possible, ce qui implique que ce déréférencement n'ait pas une portée universelle. Il est donc nécessaire que la portée territoriale du déréférencement soit limitée.

39. Une limitation aux seuls résultats d'une recherche effectuée à partir du nom de domaine correspondant à l'État où la demande de déréférencement a été faite correspondrait à un lien de rattachement adéquat au regard du critère de l' « activité dirigée » communément utilisé en matière de conflits de loi pour les activités Internet.

II – L'extension territoriale du nom de domaine, lien de rattachement adéquat au regard du critère de l' « activité dirigée »

40. Au regard de la nature extraterritoriale des sites Internet, le critère de l' « *activité dirigée* » semble s'être imposé dans le droit de l'Union comme critère de rattachement (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 : Production n° 4).
41. 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) *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 (...)* ».

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

43. 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 » (CJUE (Gr. ch.), 12 juillet 2011, *L'Oréal c./ eBay*, aff. C-324-09).

44. 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.

45. Pour attirer le service de recherche exploité par la société Google dans le champ de la directive, la Cour a en effet considéré 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 » (points 53 à 56).

46. 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).

47. 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.

48. 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).

49. 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* ».
50. La Cour ayant soumis aux garanties de la directive de 1995 l'activité des moteurs de recherche dont le responsable est situé hors de l'Union à raison de la circonstance que ce responsable dirigeait ses activités vers un ou plusieurs États membres, il devrait n'y être soumis que dans cette limite.
51. Or, en principe, l'activité d'un exploitant de moteur de recherche n'est dirigée vers un État que par le service offert depuis l'extension nationale correspondante, ce qu'il reviendra, en toute hypothèse, au juge national saisi de l'affaire au principal de vérifier.

52. Par exemple, s'agissant spécifiquement de la société Google Inc., chacune de ses filiales 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.
53. 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* ».
54. 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).
55. Une limitation aux seuls résultats d'une recherche effectuée à partir du nom de domaine correspondant à l'État où la demande de déréférencement a été faite correspondrait donc à un lien de rattachement adéquat.

56. Subsidiairement, même si la Fondation Wikimedia n'est pas favorable, en règle générale, à la mise en œuvre de systèmes de « géoblocage », elle soutient néanmoins la position de Google selon laquelle un tel système, interdisant l'affichage des résultats d'une recherche effectuée sur des noms de domaine autres que celui ou ceux concernés par l'obligation de déréférencement, mais depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État ou les États concernés par cette obligation, correspondrait, en l'espèce, à un lien de rattachement très suffisant au regard du critère de l'accessibilité, usuellement utilisé de façon alternative à celui de l'« activité dirigée ».

III – Subsidiairement, l'adresse de connexion, lien de rattachement suffisant au regard du critère de l'accessibilité

57. 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 systématiquement celui de l'accessibilité de ce site qui est retenu à titre subsidiaire.
58. 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).
59. Ainsi, si par exceptionnel la Cour décidait de ne pas appliquer en substance le critère tiré de l'« *activité dirigée* », elle devrait nécessairement limiter le champ du déréférencement aux résultats de recherche accessibles depuis le territoire national.

60. C'est d'ailleurs en ce sens que les autres autorités nationales de contrôle se sont jusqu'alors prononcées, qu'il s'agisse de celles espagnole (AEPD, 2 décembre 2015, n° 337482/2015), portugaise (CNPD, 17 novembre 2015, n° 306/2015) ou britannique (ICO, 18 août 2015).
61. Aucune autre autorité nationale de contrôle n'a interprété le droit au déréférencement tel que consacré par les articles 12 et 14 de la directive du 24 octobre 1995 et par la Cour dans son arrêt *Google Spain* comme impliquant une exigence de déréférencement universel.
62. S'affranchir d'un tel critère de localisation de l'utilisateur aurait pour effet de conférer une compétence universelle aux autorités de contrôle nationales, au seul prétexte que le responsable du traitement dispose sur son territoire d'un établissement assurant la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche.
63. À vrai dire, aucun lien de rattachement territorial 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 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.
64. Rappelons à cet égard 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.

65. En conséquence, 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 identifiera le lieu depuis lequel la recherche est lancée et interdira l'affichage des liens déréférencés qui pourraient par ailleurs être disponibles depuis ce service de recherche.
66. Telles sont les observations de la requérante qui a à cœur que la Cour, appelée à se prononcer sur les questions transmises par le Conseil d'Etat, accorde à la liberté d'expression et au droit à l'information la place qui leur incombe compte tenu de leur importance dans les sociétés démocratiques.

PRODUCTIONS :

1. C. Kuner, « The Court of Justice of the EU Judgment on Data protection and Internet Search Engines », *LSE LawSociety and Economy Working Papers* 3/2015, p. 11 ;
2. I. Falque-Pierrotin, « Pour un droit au déréférencement mondial », *Le Monde*, 29 décembre 2016 ;
3. E. Vallespi et J. Wales, « Le droit à l'oubli menace la protection du droit au souvenir », *Le Monde*, 25 novembre 2016 ;
4. M. Vivant, « Le critère d' « activité dirigée » précisé et appliqué par la CJUE », *in Guide pratique – Le Lamy droit du numérique*, Lamy, 2016, § 3848.

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX

Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation