

N° 399922
Google Inc.

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 28 juin 2017
Lecture du 19 juillet 2017

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Par une décision du 24 février 2017 (CE, Assemblée, 24 février 2017, *Mme C...*, *M. T...*, *M. D...* et *M. E...*, n°s 391000 393769 399999 401258, p.), l'Assemblée du contentieux a battu un record en posant à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à propos de son arrêt *Google Spain* (CJUE, Grande chambre, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia espanola de proteccion de los datos et Mario Costeja Gonzalez*, aff. C-131/12), pas moins de huit questions préjudicielles. Nous allons vous proposer d'en ajouter quelques unes à la liste.

L'arrêt *Google Spain* est celui par lequel la CJUE a déduit de la directive du 24 octobre 1995 sur le traitement des données à caractère personnel¹ un droit improprement surnommé « à l'oubli », qui est en réalité un droit des individus à obtenir que, quand on tape leur nom sur un moteur de recherche en ligne, certains résultats ne sortent pas.

Vous vous souvenez que cet arrêt procède d'une triple audace. La première audace est d'avoir attiré l'activité exercée par la société mère Google Inc. depuis les Etats-Unis dans le champ d'application territorial de la directive, en s'attachant à la présence en Europe de filiales publicitaires. La deuxième audace est d'avoir qualifié les exploitants de moteurs de recherche de responsables de traitement au sens de la directive, alors même qu'ils n'ont pas de prise directe sur les données que le moteur indexe à partir de pages publiées et hébergées par d'autres sur Internet. La troisième audace est d'avoir dégagé, à partir de dispositions de la directive qui n'ont pas, compte tenu de leur âge, pu être écrites pour cela, un droit au déréférencement paramétré de façon prétorienne. Elle a ainsi permis à toute personne privée d'exiger d'un moteur qu'il supprime de la liste des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom et prénom les liens vers des pages web contenant des informations la concernant, chaque fois que le surcroît de publicité induit par leur référencement porte à sa vie privée une atteinte disproportionnée à la finalité du traitement. Autrement dit, la CJUE a tiré d'une directive antérieure à la création de Google Inc. une obligation pour cette société d'effacer le chemin qui, du fait du moteur qu'elle exploite, relie certaines données au nom de la personne. Le tout au terme d'une balance entre intérêt du

¹ 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.

référencement de l'information pour le public et atteinte à la vie privée née de cette facilité de consultation.

Vous vous souvenez aussi que cette création prétorienne pose deux difficultés.

La première difficulté, au cœur des affaires portées en Assemblée, concerne la portée matérielle du droit créé. L'affirmation de l'arrêt *Google Spain* selon laquelle la balance entre intérêt du public et respect de la vie privée vaut « même lorsque le traitement des données par le site source est licite » pose des problèmes d'*a contrario*, et rend incertaine la conduite à tenir face à des données dont le jeu mécanique de la directive interdit purement et simplement le traitement. C'est pourquoi vous avez renvoyé à la CJUE le soin de dire pour droit si la qualification de responsable de traitement emporte pour les moteurs de recherche l'interdiction de référencer les données relatives à la vie sexuelle, aux opinions ou aux condamnations pénales, y compris lorsque leur intérêt pour le public est avéré.

La seconde difficulté, au cœur de la présente affaire, se situe en aval et concerne le champ non plus matériel, mais géographique du droit au déréférencement. Elle consiste à savoir si, lorsqu'un moteur de recherche est tenu de déréférencer, il doit le faire uniquement dans la zone géographique couverte par la directive, ou s'il doit, compte tenu de l'indifférence d'internet aux frontières, y procéder partout, moyennant une forte dose d'extraterritorialité. Subsidiairement, se pose la question de la bonne façon de procéder à une limitation géographique du champ du déréférencement. Concrètement, il faut décider si Google Inc. doit effacer le chemin entre nom de la personne et informations en ligne sur l'ensemble des terminaisons du moteur y compris mondiales (.com) ou uniquement sur ses terminaisons nationales et/ou européennes (.fr, etc.), à moins qu'il ne s'agisse de mettre en place un système de « géoblocage » interdisant l'accès aux données déréférencées depuis le sol européen.

Nous allons revenir sur les implications techniques et juridiques de ces formules. Mais nous voudrions d'abord faire trois séries d'observations.

Premièrement, nous employons à dessein le lexique de la géographie, parce qu'il est le plus parlant pour décrire les questions posées. Mais ce vocabulaire est impropre, car il n'est pas de géographie qui tienne sur internet, où n'existent que des *ersatz* de frontières imparfaitement imitées. C'est dire l'ampleur de la problématique centrale du litige, celle de l'adaptation des matrices juridiques traditionnelles, reposant sur une forte territorialisation du droit, à l'a-territorialité propre à l'outil numérique.

Deuxièmement, la question du champ territorial du déréférencement, distincte de celle de son champ matériel, entre en résonance avec elle. Plus le droit au déréférencement sera largement reconnu, sur la base de critères spécifiques à la législation de l'Union européenne, plus son extension géographique au-delà des frontières virtuelles de l'Europe se posera en termes de choc des cultures et des conceptions. En outre, dès lors que l'arrêt *Google Spain* impose de mettre en balance l'atteinte à la vie privée avec l'intérêt du public à accéder à l'information litigieuse, il faut bien s'entendre sur le public cible de l'information.

Troisièmement, les deux difficultés relatives au champ, matériel et territorial, du déréférencement, sont elles-mêmes intimement liées aux trois audaces dont procède la création prétorienne de la Cour. En attrayant de façon volontariste les moteurs de recherche dans le champ territorial de la directive, la CJUE a entendu faire échec à l'immunité que rendait possible la faculté de déployer une activité dans le monde entier sans avoir à se soumettre, faute de contrainte de localisation, aux règles voulues par les Etats à l'intérieur de leurs frontières. En assimilant à toute force les moteurs de recherche à des responsables de traitement, et en tirant de l'effet d'amplification des informations propres à ces moteurs une obligation *sui generis* de mettre un terme à cet écho, la CJUE a trouvé une martingale juridique à l'effet « ubiquitaire »² d'internet. Il s'ensuit que la question qui vous est posée n'est pas celle d'une banale modalité pratique d'exercice du droit au déréférencement, mais celle d'un élément clef de son paramétrage.

Ces précisions étant faites, venons-en au litige qui sert d'écrin à cette délicate question.

La Commission nationale informatique et libertés (CNIL), chargée d'assurer sur le fondement de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 l'application en France du droit au déréférencement, a observé les pratiques de la société *Google Inc.*, débitrice de l'obligation de déréférencer. Elle a constaté que la société, lorsqu'elle faisait droit à une demande de déréférencement, n'y procédait pas sur l'ensemble des extensions de noms de domaine de son moteur de recherche, et en particulier pas sur l'extension .com. Estimant que cette pratique n'était pas de nature à assurer de façon effective la protection voulue par l'arrêt *Google Spain*, la présidente de la CNIL a, le 21 mai 2015, mis la société en demeure d'appliquer le déréférencement à toutes les extensions de noms de domaine du moteur. La société *Google Inc.* ne s'étant pas conformée à cette obligation, la formation restreinte de la CNIL lui a, par la délibération litigieuse du 10 mars 2016, infligé une sanction pécuniaire rendue publique de 100 000 euros.

De la procédure d'instruction de cette sanction et du litige de plein contentieux dont vous êtes saisis résulte l'existence d'une opposition frontale quant à la portée du droit au déréférencement entre la CNIL, dans le sens de laquelle le défenseur des droits a présenté des observations, et la société *Google Inc.*, soutenue par six interventions recevables rassemblant quarante-et-un intervenants.

Pour la CNIL, le droit au déréférencement est avant tout une garantie visant à assurer aux bénéficiaires de la directive, c'est-à-dire aux personnes privées résidant sur le sol européen, une protection contre l'effet démultiplicateur qu'ont les moteurs de recherche sur la notoriété des informations personnelles en ligne. Il confère donc à ses bénéficiaires un droit à ce qu'aucune personne qui s'aviserait de « googliser »³ leur nom ne trouve ce faisant certaines informations. Dans la mesure où n'importe qui peut les « googliser » de n'importe où, le déréférencement doit, pour ne pas manquer son but, revêtir un caractère global. Dans cette conception, le droit au déréférencement est attaché à la personne et se trouve lésé dès

² Le terme est employé par la Cour dans l'arrêt *Google Spain*, §80.

³ Néologisme qui a fait son entrée dans l'édition 2015 du *Petit Larousse* et dans l'édition 2018 du *Robert* (il y est précisé qu'on dit aussi « googler »).

lors qu'un tiers a accès, en réponse à une recherche à partir de son nom, aux informations litigieuses. Dans cette conception, le lieu de consultation importe peu et le caractère ubiquitaire de la mise en ligne emporte le caractère universel du déréférencement. La CNIL résume cette conception en convoquant l'image d'une « bulle juridique » qui enferme le titulaire du droit au déréférencement et suit ses données personnelles partout où elles peuvent être consultées.

Pour la société Google Inc., le droit au déréférencement est avant tout une modalité contraignante d'exercice du traitement par l'opérateur, qui ne le saisit qu'en tant qu'il tombe dans le champ d'application, notamment territorial, de la directive. Dans cette optique, le droit au déréférencement, qui s'applique à l'affichage des résultats par le moteur de recherche exploité dans le cadre des activités d'un établissement stable implanté sur le sol de l'Union européenne, ne joue qu'en tant que ces résultats s'affichent sur le territoire européen. Aux antipodes de la bulle mobile décrite par la CNIL, le droit au déréférencement s'apparente plutôt, pour la société Google Inc., à une cloche protégeant fixement le territoire européen et lui seul, les informations personnelles pouvant continuer d'être traitées librement sur internet en dehors de son champ.

Ce débat principal se double à titre subsidiaire d'une controverse sur la possibilité de circonscrire géographiquement le déréférencement. Pour la CNIL, quand bien même il ne faudrait assurer la confidentialité des données personnelles qu'en Europe, les solutions techniques proposées par Google pour assurer ce paramétrage fin sont facilement contournables, de sorte que seul un déréférencement global peut garantir une mise sous cloche effective du territoire européen.

Pour vous convaincre de ce que sa conception est la bonne, la société et les intervenants soulèvent trois moyens principaux : la portée extraterritoriale que donne la CNIL au droit au déréférencement méconnaît les principes élémentaires du droit international ; elle porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ; et la délibération se trompe en estimant que les solutions de circonscription territoriale proposées n'assurent pas la protection des droits fondamentaux.

Mais en amont de cette contestation de fond, la société soutient aussi que la formation restreinte de la CNIL était incompétente pour sanctionner le fonctionnement de *google search* au-delà du fonctionnement de *google.fr*. La question est un peu de guingois car ce que la formation restreinte sanctionne, c'est la méconnaissance de la mise en demeure, ce qu'elle est nécessairement compétente pour faire. Mais on comprend l'idée, qui est que la CNIL ne peut, en termes de compétence, se mêler d'autre chose que du fonctionnement de *google.fr*, que Google Inc. assimile au volet français de *google search*, ce dernier ne pouvant être saisi globalement. Google Inc. avance deux arguments.

Un premier argument, fondé sur la circonstance que le traitement serait partiellement mis en œuvre hors du territoire national que la CNIL est compétente pour réguler, s'écarte facilement. La compétence de la formation restreinte s'apprécie en deux étapes. D'abord, il faut que l'opérateur soit saisi par le champ d'application de la loi, faute de quoi il n'y a pas de manquement. C'est le cas de la société Google Inc. puisque, comme vous l'avez jugé, l'article 5 de la loi transpose au territoire français l'article 4 de la directive, qui saisit l'activité d'ensemble du moteur dès lors qu'il a sur le territoire un établissement publicitaire – sa filiale

Google France. Cette étape franchie, l'article 48 de la loi, transposant l'article 24 de la directive, prévoit que le pouvoir de sanction s'exerce « à l'égard des traitements dont les opérations sont mises en œuvre, en tout ou partie, sur le territoire national ». Il en résulte que la CNIL est compétente pour connaître des manquements à la loi commis par les opérateurs à raison des traitements qu'ils exploitent dans le cadre d'un établissement situé en France, y compris lorsque les opérations du traitement ne sont que partiellement mises en œuvre sur le territoire national.

Plus délicat est le second argument, tiré de ce que l'activité du moteur de recherche *google search* ne serait pas constitutive d'un traitement unique, mais d'une multiplicité de traitements distincts. En particulier, constituerait un traitement à part entière l'affichage de résultats sur le nom de domaine google.fr, qui seul tomberait dans l'escarcelle de la législation française. Restituer l'argumentation implique de retracer les opérations techniques qui se cachent derrière l'instant magique où, ayant tapé un mot clef sur Google, l'internaute obtient en un clic toute les réponses aux questions existentielles qu'il s'était toujours posées.

Comme l'a expliqué la société Google Inc. à la 10^{ème} chambre lors de l'audience d'instruction qui s'est tenue le 9 novembre 2016, le fonctionnement du moteur de recherche est comparable à celui d'une bibliothèque en ligne que viendraient consulter les internautes.

La première étape consiste, comme pour la constitution du fond d'ouvrages d'une bibliothèque, à récolter des données, en l'occurrence des pages web. La collecte est réalisé par la fonction d'exploration *googlebot* à l'aide de robots, appelés *web-crawlers*, qui parcourent internet pour en inventorier le contenu. Les données sont stockées dans des centres de données, qui constituent des bases identiques et mises à jour en continu. La deuxième étape consiste pour le moteur, à l'instar du bibliothécaire qui cote les ouvrages et y associe des notices bibliographiques, à « indexer » les pages répertoriées, c'est-à-dire y associer des meta-données, telles que la langue de rédaction ou le *page rank*, sorte d'indice de qualité intrinsèque attribué par Google à la page concernée. Ces deux opérations débouchent sur une base de données indexées unique dans laquelle le moteur de recherche puisera pour répondre aux requêtes.

C'est alors qu'intervient la requête de l'internaute. Pour la traiter, le moteur procède à nouveau en deux temps.

Le premier temps est celui où, à l'instar du bon bibliothécaire, il cherche à en savoir plus sur les besoins de l'utilisateur pour améliorer la pertinence des résultats qu'il s'appête à lui proposer. Parmi les informations qu'il récolte figure en bonne place le domaine sur lequel l'internaute effectue sa recherche. Google a en effet fait le choix de déployer son moteur de recherche, outre sur google.com, sur plusieurs extensions, correspondant peu ou prou à des déclinaisons nationales – il en existe environ 200, dont google.fr. De l'extension choisie, Google infère une probabilité de lien avec la zone géographique concernée. Cette information est croisée avec d'autres, telles que l'adresse IP, c'est-à-dire l'adresse physique du terminal informatique à partir duquel est effectuée la recherche, qui elle aussi renseigne sur les accointances géographiques du demandeur, voire avec des coordonnées GPS dans les cas où une fonctionnalité de ce type est actionnée par l'internaute. La langue de recherche est également mobilisée. Et en plus de ces informations recueillies pour tous les internautes, Google en obtient d'autres pour les utilisateurs dont le compte gmail, qui regorge

d'informations, est ouvert lors de la recherche. Ces informations sont utilisées pour constituer une pré-liste de résultats corrigée des incertitudes pouvant résulter des mots-clés choisis par l'internaute. Ainsi, la saisie du mot « football » ne donnera pas la même pré-liste selon que l'internaute est réputé français ou localisé dans un pays de langue anglaise, où ce vocable désigne le football américain. Le mot « papillon » ne sera pas interprété de la même manière selon que le compte Google révèle un intérêt pour la nage ou pour l'entomologie.

Le dernier temps est celui de l'affichage des résultats. Il consiste à appliquer des filtres à la pré-liste de résultats pour ajouter ou retrancher des informations. Le principal ajout est celui de la publicité. Les retranchements sont fonctions d'obligations légales : sont dissimulés les résultats interdits par les législations sur la pédopornographie, le terrorisme, les droits d'auteurs, ainsi que par les régimes de censure locale. C'est également à ce stade qu'est appliqué le déréférencement (contrairement à la désindexation, qui consiste à retirer les liens de la base de données).

De ce séquençage technique Google Inc. déduit d'abord que chacune des quatre étapes – collecte, indexation, constitution de la pré-liste, affichage – constitue un traitement à part entière. Elle considère en outre que, dès lors que l'affichage varie selon les noms de domaine, alors chaque terminaison nationale (google.fr, google.uk, etc.) constitue un traitement distinct, lui-même distinct de google.com. Elle conclut que, dès lors que l'arrêt *Google Spain* ne concerne que l'affichage – du fait à la fois de l'accroche par la filiale publicitaire dont l'activité se déploie à cette étape et du stade d'intervention du déréférencement – alors il ne concerne que l'affichage sur les traitements autonomes que sont les extensions européennes, la CNIL n'étant compétente que pour le faire respecter sur l'extension française.

Cet argumentaire, même affaibli par la circonstance que Google a souscrit pour l'ensemble de l'activité de son moteur une déclaration unique auprès de la CNIL, ne manque pas de force. Mais, à la réflexion, il ne nous convainc pas.

Premièrement, la circonstance que l'activité du moteur se subdivise en plusieurs opérations techniques distinctes ne suffit pas à emporter la qualification de traitements distincts. Les articles 2 de la directive et de loi informatique et libertés qualifient ainsi de traitement, au singulier, « toute opération ou ensemble d'opérations » telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction des données. L'arrêt *Google Spain* juge expressément que « l'activité d'un moteur de recherche consistant à trouver des informations (...) sur internet (...), 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 [au singulier] de données à caractère personnel ». Nous ne croyons donc pas au séquençage par tranches d'opérations.

Ce pas étant franchi, nous ne croyons pas non plus au séquençage par noms de domaine.

Au plan technique, le lien qu'opère Google Inc. entre le caractère différent de l'affichage selon les noms de domaine et le fait que chaque nom de domaine constitue un traitement en propre n'est pas très convaincant. On l'a vu, la différenciation des résultats, processus qui s'enclenche au stade de la constitution de la pré-liste, dépend d'une multiplicité de facteurs parmi lesquels le nom de domaine ne joue qu'un rôle marginal, de sorte que s'il fallait compter autant de traitements que d'affichages, alors il y aurait autant de traitement que d'internautes, voire de requêtes. D'ailleurs, si l'affichage peut varier en fonction des noms de domaine, tel n'est pas systématiquement le cas : exemple emblématique, l'activité publicitaire déployée au stade de l'affichage l'est sur la base de l'adresse IP⁴ : résultat, la publicité gérée par Google France s'affiche dès lors que la recherche est réputée lancée depuis le territoire français, quelle que soit la version du site (.fr, .com., ou autre) que l'internaute utilise.

En outre, il existe des passerelles entre les différentes déclinaisons du moteur, qui affaiblissent l'idée de traitements développés distinctement. Ainsi, un internaute effectuant une recherche sur l'extension google.com est automatiquement redirigé, en fonction de l'adresse IP de son terminal, vers le nom de domaine national correspondant. Lorsqu'un internaute dont le compte gmail est actif effectue une recherche sur un domaine A, celle-ci, stockée dans les informations de son compte, sera prise en compte, au titre de l'historique de ses recherches, pour affiner la pertinence des résultats y compris pour des recherches ultérieures sur un domaine B. Enfin, lors de l'audience d'instruction, la CNIL a apporté la démonstration qu'un *cookie* (sorte de micro-fichier permettant de conserver des données de l'utilisateur afin de faciliter la navigation et de permettre certaines fonctionnalités) issu de google.com pouvait, même sans compte gmail actif, être déposé à l'occasion d'une recherche sur google.fr. Même si Google Inc. soutient que cette faculté n'est ouverte qu'à des *cookies* techniques, elle témoigne de la porosité entre les différentes versions de *google search*. Conjugée au fait que toutes ces versions puisent à la source de la même banque de données indexées, cette porosité accrédite l'idée d'un traitement d'ensemble.

Au plan juridique, la qualification de traitements distincts n'apparaît de toute façon pas déterminante : le critère de compétence est celui des traitements déployés dans le cadre de l'activité de la filiale française mis en œuvre au moins en partie sur le territoire français. Or s'il est vrai que découpage des domaines se veut une réplique virtuelle du périmètre des Etats (imparfaite : l'Outre-mer n'est pas couvert par le .fr), l'ensemble des versions dites nationales est accessible depuis la France, l'internaute ayant le choix de refuser la redirection automatique pour effectuer ses recherche en .com ou sur n'importe laquelle des autres extensions de *google search*. Serait-elle déterminante qu'elle aurait le curieux effet de faire dépendre la prise du régulateur sur un moteur de recherche du choix contingent de l'exploitant de le décliner ou non en terminaisons nationales. La CNIL se retrouverait compétente pour connaître de l'activité unique d'un moteur fonctionnant uniquement en .com, tandis que Google Inc. échapperait largement à sa juridiction grâce au choix, qui n'est d'ailleurs pas d'origine, de décliner désormais son moteur en version nationales. Sans compter que ce tronçonnage en traitements distincts par terminaisons nationales miroiterait avec la logique de l'arrêt *Google Spain*, qui est plutôt de partir du caractère ubiquitaire de l'activité de Google Inc. pour la saisir en dépit des matrices traditionnelles de la territorialité.

⁴ Pour *Internet Protocol* : il s'agit du numéro d'identification qui est attribué à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l'Internet Protocol – en quelque sorte l'adresse physique du terminal informatique connecté au réseau.

Nous sommes donc d'avis de regarder *google search* comme un traitement unique doté de multiples chemins d'accès techniques et d'écarter le moyen tiré de ce que la CNIL serait incompétente pour connaître de l'activité de l'ensemble des traitements distincts, ainsi que les moyens d'insuffisance de motivation et d'erreurs de droit, de qualification juridique et de fait à avoir, dans la délibération litigieuse, retenu cette qualification.

Vous pourriez hésiter à faire cette réponse vous-mêmes plutôt que d'en laisser le soin à la CJUE, dans la mesure où lui renverrez selon nous le reste des questions posées par le litige. Mais d'une part, vous ne devez poser à la Cour que les questions d'interprétation de la directive qui présentent une difficulté sérieuse : or il nous semble assez clair, compte tenu des termes de la directive éclairée par l'arrêt *Google Spain*, que la notion de traitement conduit à appréhender *google search* dans son ensemble. D'autre part, la qualification de traitement unique ne préempte pas le sort des autres moyens car, si elle rend possible la prescription d'un déréférencement global, elle ne l'induit pas techniquement et n'exclut pas de la regarder juridiquement comme illégitime ou disproportionnée.

*

Venons-en à ces moyens de fond, dont l'exposé suffit à témoigner des enjeux quasi-philosophiques qui expliquent l'attention que la doctrine et les médias portent à la question technique de la portée territoriale du droit au déréférencement.

Le premier est tiré de ce que la portée extraterritoriale que donne la CNIL à ce droit méconnaît les principes du droit international public de souveraineté nationale, de courtoisie et de respect des décisions de justice étrangères. La société part du constat que plusieurs juridictions d'Etats tiers, notamment en Colombie et au Japon, se sont explicitement prononcées en défaveur d'un droit au déréférencement. Elle relève à l'inverse que, dans les Etats tiers où un droit au déréférencement existe, il n'a pas la même consistance qu'à l'intérieur de l'Union : elle prend l'exemple de la Russie, où ce droit, y compris lorsqu'il concerne les personnalités publiques, s'exerce en dépit de l'intérêt pour le public d'accéder à l'information. Elle en déduit que, si chaque Etat qui consacre un droit au déréférencement prétend à l'universalité de sa mise en œuvre, alors son choix percutera nécessairement celui fait par d'autres Etats de ne pas restreindre l'accès à l'information dans sa juridiction, et conduira en outre à aligner l'internet sur le standard le plus restrictif, puisque tous les internautes subiront l'effacement des résultats voulus par le plus sévère des régimes. Le risque est d'autant plus sensible qu'en temps normal, les conflits de législations dus à l'extraterritorialité butent sur l'incapacité de l'Etat source à obtenir l'exécution des prescriptions sur le sol d'un autre Etat. Mais compte tenu de l'extraterritorialité d'internet, l'exécution d'un déréférencement global obtenue en France a des effets immédiats dans le monde entier.

Ici, la prise contentieuse et l'opérance même du moyen dépendent de la question de savoir si le déréférencement global auquel sont faits ces reproches découle d'une lubie de la CNIL ou bien directement de la directive telle qu'interprétée par la décision *Google Spain* et transposée par la loi française. En tout état de cause, son traitement impliquerait une pesée en termes de proportionnalité, l'un des plateaux de la balance étant lesté différemment selon que l'efficacité d'un droit garanti par la Charte est conditionné ou non au déréférencement global.

Le deuxième moyen est tiré de ce que l'exigence de déréférencement global porte aux libertés d'expression, d'information, de communication et de la presse une atteinte disproportionnée, en imposant de masquer des informations y compris en dehors du territoire où s'applique la protection de la vie privée qui justifie cet effacement.

Pour l'appréhender justement, il faut, au risque de briser l'image d'Epinal selon laquelle internet est l'espace de la liberté la plus complète et les autorités de régulation les bras armés de la censure, préciser que ces libertés ne sont qu'indirectement en cause. En premier lieu, parce que le déréférencement de données personnelles n'entraîne jamais leur disparition d'internet. Ces données demeurent sur le site source qui les a publiées, qui continue d'être accessible soit par saisie de son adresse URL⁵ dans la barre d'adresse du navigateur, soit via le moteur de recherche, par la saisie d'autres mots-clés pertinents que le nom et le prénom de la personne concernée. En second lieu, parce nous ne croyons pas à la présentation selon laquelle internet, tel qu'on y accède par le prisme d'un moteur de recherche, serait un lieu de consultation pur et parfait de l'information en ligne. Comme tout exploitant de moteur de recherche, la société Google Inc. organise, via l'algorithme qui est un des secrets commerciaux les mieux gardés au monde, une hiérarchisation des résultats par mots-clés qui poursuit un objectif commercial dont il n'y a pas à rougir, mais qui n'a rien de neutre et n'offre pas aux auteurs de contenu un droit au référencement sur lequel reposerait toute entière leur liberté d'expression. Si ces libertés sont en cause, c'est donc uniquement en tant que l'indexation par un moteur de recherche contribue potentiellement à la bonne diffusion des informations, laquelle participe marginalement de la liberté de communication et donc d'expression (v. Cons. const., 10 juin 2009, déc. n° 2009-580 DC ; côté conventionnel, v. not. CEDH, *Autronic AG v. Switzerland*, 22 mai 1990, 12726/87 : CEDH, 18 mars 2013, *Yildirim c/ Turquie*, n° 3111/10).

Le moyen est donc opérant. Mais son traitement dépend tout entier de la question de savoir si le déréférencement global est ou non impliqué par l'arrêt *Google Spain*. Dans la mesure où la directive entend seule régir la conciliation entre protection des données personnelles et libertés des responsables de traitement, on voit mal en effet que vous puissiez estimer proportionnée à l'objectif de protection une obligation de déréférencement global excédant largement, le cas échéant, les restrictions à l'activité des opérateurs qu'a entendu poser la directive. Inversement, il va de soi qu'il ne vous reviendrait pas de juger disproportionnée à l'objectif de protection des droits une mesure découlant directement de la directive.

Or il est rien moins qu'évident de trancher entre la position de la CNIL et celle de Google Inc., l'arrêt *Google Spain* étant muet sur la question.

Au soutien de sa position selon laquelle le droit au déréférencement ne peut être plus qu'un droit à la dissimulation de certains résultats de recherche sur le sol européen, Google Inc. tire argument du critère qui fonde l'application de la directive dont la CJUE a dégagé ce droit. Cette directive a vocation à régir l'activité des opérateurs dont le traitement est au moins en partie déployé sur le sol européen, au motif de ce déploiement sur le sol européen. En conséquence, les restrictions à l'activité des responsables de traitement qui en découlent ne

⁵ *Uniforme Resource Locator*.

peuvent pas déborder la *ratio legis* de cette accroche géographique. Et si la directive consacre pour les responsables de traitement un devoir de dissocier certaines données du nom des personnes qui en font la demande au titre de leur vie privée, ce n'est qu'en tant que le référencement porte atteinte à la vie privée le territoire européen que ce déréférencement peut être imposé à titre de correctif.

Cet argument ne peut s'écarter d'un revers de main. Mais pour le contrebattre, la CNIL s'appuie sur de solides arguments issus de la logique de l'arrêt *Google Spain*. Pour la CNIL en effet, l'arrêt *Google Spain* part du principe que la directive ne fait qu'organiser une modalité de mise en œuvre des droits fondamentaux que la Charte des droits fondamentaux de l'Union attache aux personnes. Dès lors, à partir de l'instant où un responsable de traitement se trouve attiré dans le champ d'application de la directive, il lui incombe d'assurer le respect plein et entier de ce droit par son traitement, en mobilisant le cas échéant le déréférencement. La Charte ne garantissant pas aux personnes un droit superficiel à ne pas voir que leurs données personnelles sont traitées, mais un droit substantiel à ce que les internautes, quels qu'ils soient, ne les trouvent pas en tapant leur nom, le déréférencement ne peut être que global. Or force est de constater que la Charte a bien pour clef d'entrée les bénéficiaires du droit (« Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant »), et que l'arrêt *Google Spain* tire son volontarisme assumé du fait que la directive a pour objet de maximiser la protection offerte par la Charte (v. les points 58, 66 et 68, citant les jurisprudences *Connolly/Commission*, C-274/99 P, EU:C:2001:127, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, EU:C:2003:294, *IPI*, EU:C:2013:715, et *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, point 47). Le nouveau règlement général sur la protection des données, adopté dans le sillage de *Google Spain* le 27 avril 2016, qui prévoit l'application des règles européennes à « tout traitement de données relatif à des personnes se trouvant sur le territoire de l'Union ou lié à l'offre de bien et de services à ces personnes ou au suivi de leur comportement », conforte rétrospectivement cette approche.

Les commentateurs n'ont d'ailleurs pas attendu la position de la CNIL pour souligner la dimension potentiellement hégémonique de l'arrêt *Google Spain*, d'autant plus qu'une certaine incertitude entoure l'étendue des bénéficiaires du droit au déréférencement : dans ses lignes directrices, le G29 qui rassemble les autorités de régulation européenne affirme que « selon le droit de l'UE tout le monde a droit au respect de ses données personnelles. En pratique, les autorités nationales de protection se concentreront sur les plaintes qui ont un lien clair avec l'Union européenne, par exemple lorsque la personne concernée est un citoyen ou un résident d'un État membre de l'UE » Certains auteurs ont estimé cette formulation assez vague pour inclure non seulement les résidents de passage, mais tout ressortissant d'un pays tiers qui utiliserait une version européenne du moteur de recherche, utilisation qui pourrait être guidée uniquement par l'objectif d'actionner par ce biais un déréférencement global. Ils en déduisent que si l'arrêt *Google Spain* imposait un déréférencement global, celui-ci devrait au moins céder ponctuellement face aux droits concurrents dont pourraient être titulaires les personnes n'ayant pas de lien avec l'Union, par exemple leur droit d'accès à l'information.

En l'absence de tout indice quant à la teneur du droit et à ses limitations éventuelles, il n'appartient qu'à la CJUE, qui l'a créé par voie prétorienne, de répondre à ces questions.

Ce d'autant que si vous estimiez pouvoir opter vous-mêmes pour la moins hardie des réponses – celle du déréférencement local – vous ne seriez pas tirés d'affaire pour autant. La CNIL estime en effet que même cet objectif de second rang n'est pas atteint de façon satisfaisante par la façon de faire de la société *Google Inc.* C'est la raison d'être du dernier moyen de la société, tiré de ce que la délibération est entachée d'erreurs de qualification juridique et de droit à estimer que ses solutions de circonscription territoriale ne permettent pas d'assurer une protection efficace des droits garantis par le déréférencement.

La position de la CNIL part du constat que, quels que soient les efforts de *Google Inc.* pour faire coïncider ses terminaisons nationales avec les frontières des Etats, il est en pratique loisible à tout internaute, sans aucune difficulté technique, d'effectuer volontairement sa recherche sur des terminaisons non européennes et d'accéder ainsi, à partir du nom d'une personne, aux résultats déréférencés sur la version nationale. Il est vrai que la redirection automatique ne fonctionne pas quand l'internaute saisit dans sa barre d'adresse une terminaison nationale qui ne correspond pas à sa localisation. Et si elle s'active automatiquement quand l'internaute saisit l'adresse *www.google.com*, un lien « Utiliser *google.com* » lui permet de la refuser.

Cette controverse a conduit la société *Google Inc.* à proposer en cours d'instruction devant la CNIL une solution complémentaire, permettant de fiabiliser le cloisonnement géographique mis en place. C'est la solution dite de « géoblocage », par laquelle la société, en réponse à une demande de déréférencement formulée par une personne déclarant résider en France et en plus du déréférencement sur l'extension nationale, interdit aux internautes localisés physiquement en France grâce à l'adresse IP de leur terminal informatique d'accéder aux résultats concernés. Mais là encore, la CNIL estime trop forts les risques de contournement. Il est ainsi très facile de truquer sa localisation en utilisant un *proxy-web*, site internet à partir duquel on peut effectuer ses recherches en utilisant non pas sa propre adresse IP, mais celle, fictive, du *proxy*. Dans le même registre, certains navigateurs dotés d'un VPN⁶ intégré proposent à l'internaute de rattacher son adresse IP au pays de son choix. Les internautes les plus dégourdis peuvent installer leur propre VPN, leur permettant de se connecter à internet via une adresse IP localisée par exemple aux Etats-Unis.

Google Inc. a beau souligner que 95% des recherches sont effectuées depuis les terminaisons nationales correspondant aux adresses IP et que la falsification de ces dernières est nécessairement marginale, la CNIL rétorque que les internautes les plus motivés pour débusquer des données personnelles, d'ailleurs incités à le faire par l'avertissement qui paraît sur la page de résultats selon lequel des données personnelles ont pu être déréférencées, peuvent parvenir à leurs fins.

Là encore, ce sont deux visions du droit au déréférencement qui s'opposent : pour *Google Inc.*, le droit au respect des données n'étant pas absolu, sa mise en œuvre par *google search* peut s'accorder d'une marge d'erreur, d'autant plus réaliste que les données restent de toute façon consultables via d'autres moteurs de recherche ou la saisie d'autres mots clefs. Pour la CNIL, la pesée entre le droit au respect des données, qui n'est certes pas absolu, et les autres impératifs qu'il convient de prendre en compte s'effectue en amont du choix de

⁶ *Virtual Private Network.*

déréférencer. Une fois le déréférencement acquis, la bulle qu'il instaure doit, indépendamment de son périmètre, être d'une opacité totale.

S'agissant donc à nouveau de déterminer la consistance du droit inventé par la CJUE, nous estimons qu'il n'appartient qu'à elle de se prononcer. Nous le pensons d'autant plus que l'étude de sa jurisprudence rend sa réponse difficilement prévisible. Car si la volonté de donner un effet utile aux règles européennes l'a parfois rendue allante sur l'extraterritorialité (v., s'agissant d'exporter les valeurs de l'Union en matière d'expérimentations animales, CJUE, *European Federation for cosmetic ingredients*, C-592/14), il lui est aussi arrivé, dans le domaine de la protection des données sur lequel elle se montre pourtant sourcilleuse (CJUE, GC, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources e.a. et Kärntner Landesregierung e.a.*, C-293/12 et C-594/12 ; CJUE, GC, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB et Secretary of State for the Home Department*, C- 698/15 et C- 203/15), de refuser des approches englobantes qui auraient des conséquences extraterritoriales disproportionnées (v. CJCE, 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, retenant une interprétation stricte de la notion de « transfert vers un pays tiers » pour éviter de faire obstacle à la mise en ligne de données chaque fois qu'un seul Etat tiers n'aurait pas assuré un niveau de protection adéquat ; CJCE, GC, 12 juillet 2011, *L'Oreal c. Ebay*, C-324/09, limitant l'application de la directive sur la protection des marques aux cas où les sites de vente en ligne s'adressent à des consommateurs européens, afin de ne pas soumettre indûment au droit de l'Union des sites destinés à des consommateurs d'Etats tiers au seul motifs qu'ils ont consultables depuis le territoire de l'Union).

Ce choix de renvoyer la question à la CJUE se double de fortes considérations d'opportunité.

S'il est toujours bon que le droit de l'Union européenne fasse l'objet d'une application homogène sur l'ensemble du territoire des Etats membres, il en va *a fortiori* ainsi quand est en jeu une question de territorialité. Les risques de conflits de normes que porte en germe l'universalité du réseau qui interconnecte des individus appartenant à des systèmes juridiques distincts seraient encore aggravés si, au sein d'un même ordre juridique, les façons d'appliquer le droit différaient.

Or il n'existe parmi les Etats membres de consensus ni sur la portée territoriale du déréférencement, ni sur les mérites comparés de l'approche par nom de domaine ou du géoblocage. Emblématique sont à cet égard les prises de position du G29, qui n'est jamais sorti d'une certaine ambiguïté. Dans sa publication du 26 novembre 2014, il affirme d'abord que le droit au déréférencement ne doit pas être contourné, mais retient quelques lignes plus loin une formulation prudente affirmant qu'il ne doit pas être aisément contourné. Il affirme tout à la fois qu'un déréférencement limité aux extensions européennes ne suffit pas et qu'il doit être appliqué sur l'extension .com, tout en limitant sa portée aux « domaines pertinents », ce qui semble exclure un déréférencement global. Quant aux solutions techniques, il affirme qu'elles pourraient dépendre de l'organisation interne et de la structure des moteurs de recherche. De leurs côtés, une grande majorité d'Etats membres semble, via les prises de position de leurs autorités de régulation, s'être satisfaits d'un déréférencement sur les seules terminaisons européennes, certains (le Royaume-Uni, l'Espagne, voire le Portugal) ayant exigé en complément un géoblocage national. On recense également une décision de la cour régionale de Hambourg se satisfaisant d'un déréférencement limité au territoire de

l'Allemagne. La position de la CNIL semble à ce jour assez isolée, le Conseil d'Etat français étant du même coup la première juridiction suprême à être saisie de la question.

Dans le reste du monde enfin, la controverse entre défenseurs et détracteurs du droit au déréférencement est loin d'obéir au partage manichéen entre monde anglo-saxon et Europe continentale auquel on le réduit parfois. On fait ainsi grand cas de l'affaire *Equustek* (13 juin 2014, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, BCSC 1063⁷) dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a, pour pallier les effets d'une concurrence déloyale, exigé de *Google* qu'il déréfère les liens menant vers le site de l'entreprise contrevenante sur l'ensemble des extensions de *google search*, seule mesure permettant d'assurer la protection effective des droits de l'entreprise lésée. L'éventail des positions de la doctrine, dont une partie substantielle préconise une voie tierce consistant à ajuster le champ du déréférencement au cas particulier de chaque demande, semble aussi large qu'est vive la controverse à leur sujet. Une position de la CJUE valant pour toute l'Union européenne est particulièrement attendue dans ce contexte.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, nous vous proposons de demander à la CJUE si le droit au déréférencement consacré dans son arrêt *Google Spain* doit être interprété en ce sens que l'exploitant d'un moteur de recherche est tenu, pour y faire droit, de le pratiquer sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur, de sorte que les liens litigieux n'apparaissent plus quel que soit le lieu à partir duquel la recherche sur le nom du demandeur est effectuée, ou s'il lui faut seulement veiller à ce qu'il n'apparaissent plus dans les recherches effectuées depuis l'Europe. Au cas où elle opterait pour la seconde branche de l'alternative, nous proposons de lui demander si le déréférencement doit s'effectuer sur l'extension nationale correspondant à l'Etat du demandeur, ou sur l'ensemble des extensions européennes, et s'il doit s'accompagner ou non d'une mesure dite de géoblocage, dont il faut déterminer le périmètre.

Tel est le sens de nos conclusions.

⁷ NB : Postérieurement à la séance publique et au prononcé de ces conclusions, la Cour suprême du Canada a confirmé l'injonction de déréférencement global en estimant notamment que « L'Internet n'a pas de frontières (...) Son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction atteigne son objectif est qu'elle s'applique là où Google opère – mondialement. »