

Paris, le 7 décembre 2016

Décision du Défenseur des droits n° MSP-2016-311

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits et notamment l'article 33 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses articles 7 et 8 ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment ses articles 1 et 8 ;

Vu 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 des données ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Saisi par C du recours exercé par la société X contre la délibération de la C n° 2016-054 du 10 mars 2016 devant le Conseil d'Etat,

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'Etat sur le fondement de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil d'Etat sur le fondement de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

I. Faits et procédure

A la suite de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») du 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*¹ (« arrêt Google ») et de saisines de réclamants, ressortissants français, C a adressé à la société X plusieurs demandes de déréférencement sur l'ensemble des extensions du nom de domaine de son moteur de recherche.

Le 21 mai 2015, C a adopté une mise en demeure enjoignant à X de procéder auxdits déréférencements sous un délai de 15 jours.² Le 30 juillet 2015, la société a exercé un recours gracieux auprès de C afin d'obtenir le retrait de sa décision de mise en demeure. Ce recours a été rejeté.

Après avoir engagé une procédure de sanction et recueilli les observations de la société, C a, par une délibération du 10 mars 2016,³ prononcé une sanction pécuniaire d'un montant de 100 000 euros à l'encontre de la société.

La société a exercé un recours devant le Conseil d'Etat.

II. Observations du Défenseur des droits

Par les présentes observations, le Défenseur des droits souhaite appeler l'attention du Conseil d'Etat sur les points suivants.

Le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles : un droit fondamental

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte ») garantit le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel, respectivement à ses articles 7 et 8.

L'article 8 ajoute que ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Il prévoit également que tout individu a le droit d'accéder aux données collectées le concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention européenne ») protège elle aussi les données personnelles au titre de l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée. La Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») l'a notamment rappelé dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*⁴ : « La

¹ C-131/12.

² Décision n° 2015-047 du 21 mai 2015.

³ N°2016-054.

⁴ CEDH, GC, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 103.

*protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention ».*⁵

Ces droits sont également inscrits dans la Directive 95/46/CE du Parlement européen 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 des données (« Directive 95/46/CE »). Ses articles 12 et 14 relatifs aux droits d'accès et d'opposition imposent aux Etats membres de garantir à toute personne concernée :

- le droit d'obtenir du responsable du traitement de données personnelles la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données;
- le droit de s'opposer, dans certains cas visés par la directive, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national.⁶

Ces dispositions ont été transposées en droit interne aux articles 38 et 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

La reconnaissance d'un « droit au déréférencement » et la responsabilité des exploitants de moteurs de recherches en droit européen

Interrogée dans le cadre d'un recours préjudiciel sur l'interprétation à donner aux articles 12 et 14 de la Directive 95/46/CE dans l'affaire *Google*, la CJUE reconnaît, sans le dire explicitement, « un droit au déréférencement » au titre des articles 7 et 8 de la Charte, qui peut s'exercer sous certaines conditions. Elle a en effet statué comme suit :

« (...) un traitement de données à caractère personnel, tel que celui en cause au principal, réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvable sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi d'établir un profil plus ou moins détaillé de celle-ci. En outre, l'effet de l'ingérence dans lesdits droits de la personne concernée se trouve démultiplié en raison du rôle important que jouent Internet et les moteurs de recherche dans la société moderne, lesquels confèrent aux informations contenues dans une telle liste de résultats un caractère ubiquitaire.

*(...) même un traitement initialement licite de données exactes peut devenir, avec le temps, incompatible avec cette directive lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées. Tel est notamment le cas lorsqu'elles apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé (...).*⁷

⁵ Voir également la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108).

⁶ Voir également le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE qui garantit à l'article 17, le droit à l'effacement (« droit à l'oubli »). Il sera applicable dans tout Etat membre à partir du 25 mai 2018 (article 99).

⁷ CJUE, arrêt *Google*, §§ 80, 93.

En consacrant le droit au déréférencement, la CJUE permet ainsi aux individus d'avoir la pleine maîtrise de leurs données personnelles sur Internet.⁸

La Cour estime que les droits protégés par les articles 7 et 8 de la Charte prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt du public à trouver ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne.

Cependant, ce droit n'est pas absolu et automatique. Le bien-fondé de chaque demande de déréférencement devra être attentivement examiné par l'autorité de contrôle et/ou le juge et un contrôle de proportionnalité devra être opéré.

Ainsi qu'il est rappelé dans l'arrêt, dans certaines situations, peuvent entrer en jeu d'autres droits et libertés fondamentaux à prendre nécessairement en compte dans l'examen de la demande de déréférencement, telles que la liberté d'expression et la liberté d'accès à l'information, protégées tant par la Charte⁹ que par la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la CEDH¹⁰. A cet égard, la CJUE précise que le droit au déréférencement pourrait être écarté « *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 position de la CJUE semble aller dans le sens de la jurisprudence de la CEDH très soucieuse de voir qu'un juste équilibre soit toujours ménagé entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, laquelle garantit non seulement le droit de communiquer des informations mais également celui, pour le public, d'en recevoir¹¹. La CEDH n'a, à cet égard, cessé de rappeler que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.¹² L'autorité de contrôle et/ou le juge devront déterminer si le déréférencement sollicité ou obtenu est « proportionné au but légitime poursuivi », à savoir la protection des données personnelles, tout en tenant compte du rôle du requérant dans la vie publique, du contenu de l'information et de l'intérêt du public à accéder à cette information.

Par ailleurs, le droit au déréférencement ne consiste pas à supprimer le contenu de l'information d'Internet mais à « *supprimer 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* ».¹³

De ce droit au déréférencement découlent des obligations pour les exploitants de moteurs de recherche sur Internet soumis à législation européenne.

Dans l'arrêt *Google*, la CJUE considère qu'en recherchant de manière automatisée, constante et systématique des informations publiées sur Internet, l'exploitant d'un moteur de

⁸ Conseil d'Etat, Etude « *Le numérique et les droits fondamentaux* » de 2014, p.184.

⁹ Article 11 de la Charte.

¹⁰ Article 10 de la Convention.

¹¹ CEDH, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59 b.

¹² Voir, par exemple, CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A no 24.

¹³ CJUE, arrêt *Google*, § 82.

recherche procède à une « collecte » des données et que les opérations¹⁴ qu'il opère constituent un « traitement » au sens de la directive 95/46/CE. La Cour juge par ailleurs que l'exploitant du moteur de recherche est le « responsable » de ce traitement, au sens de la directive, étant donné que c'est lui qui en détermine les finalités et les moyens. Concernant le champ d'application territorial de la directive, la Cour observe que Google Spain constitue une filiale de Google Inc. sur le territoire espagnol et, partant, un « établissement » au sens de la directive. Dans ces circonstances, l'exploitant du moteur de recherche doit se conformer au droit européen et respecter les droits protégés par la Directive et la Charte des droits fondamentaux, y compris le droit au déréférencement, lorsque les conditions sont satisfaites.¹⁵

Assurer l'effectivité du « droit au déréférencement » : un enjeu pour la protection des données personnelles

Ainsi que le souligne C, la question soumise au Conseil d'Etat dans le cadre du présent recours porte principalement sur les conséquences à tirer du droit européen sur le champ du déréférencement.

X considère que le droit européen n'ouvre qu'un droit partiel au déréférencement, tandis que C invoque un droit au déréférencement global, au motif que les droits fondamentaux des personnes soumises à un traitement de données personnelles au droit européen et national sont pleins et entiers.

Le présent litige pose ici la question de l'effectivité du droit au déréférencement et à la protection des données personnelles.

Il y a lieu de se demander si le fait de limiter géographiquement le champ d'application du droit au déréférencement d'un individu – à la France et/ou à l'Union européenne, comme en l'espèce – irait à l'encontre de l'esprit et de l'objectif des règles relatives à la protection des données personnelles.

A cet égard, l'arrêt de la CJUE *Google* comme la Directive 95/46/CE sont éclairants ; ils rappellent que « *les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme et qu'ils doivent, quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée* »¹⁶ et qu'une protection efficace et complète des personnes concernées doit être garantie.¹⁷

Dans ce même arrêt, la CJUE affirme également que la protection accordée par la Directive 95/46/CE doit s'appliquer aux résidents européens, sans possibilité de contournement :

« 54. 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.

(...) 58. Dans ces conditions, il ne saurait être accepté que le traitement de données à caractère personnel effectué pour les besoins du fonctionnement dudit moteur de recherche soit soustrait aux obligations et aux garanties prévues par la directive 95/46, ce qui porterait

¹⁴ L'exploitant « extrait », « enregistre » et « organise » ces données dans le cadre de ses programmes d'indexation avant de les « conserver » sur ses serveurs et, le cas échéant, de les « communiquer » à ses utilisateurs et de les « mettre à la disposition » de ces derniers sous forme de listes de résultats.

¹⁵ § 89.

¹⁶ Directive, point (2).

¹⁷ Voir à cet égard l'arrêt *Google*.

atteinte à l'effet utile de celle-ci et à la protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques qu'elle vise à assurer (voir, par analogie, arrêt L'Oréal e.a., EU:C:2011:474, points 62 et 63), notamment celui au respect de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, auquel cette directive accorde une importance particulière ainsi que le confirment notamment son article 1er, paragraphe 1, et ses considérants 2 et 10 ».

Ainsi que le soutient C, la portée globale du déréférencement n'est qu'un effet de l'application à un traitement de données personnelles unique de X, dont l'une de ses filiales est une entreprise établie en Europe.

X refuse que le droit au déréférencement qui serait prononcé au titre de la Directive 95/46/CE s'applique à l'ensemble des extensions de ses domaines, en particulier à celles qui seraient en dehors de l'Union européenne.

Le fait de faire varier les effets du droit au déréférencement selon les extensions locales du moteur de recherche nuirait à l'effectivité de ce droit et de la protection des données personnelles et pourrait vider le droit de sa substance. Prenons l'hypothèse suivante : un individu qui obtient, en application du droit européen, le droit au déréférencement à l'égard du moteur de recherche, X, et ce dernier refuse qu'il puisse s'en prévaloir sur les extensions qui se trouvent en dehors de la zone de l'Union européenne, au motif que le droit européen ne serait pas applicable. On peut d'emblée imaginer les difficultés auxquelles cet individu va être confronté pour faire valoir son droit au déréférencement, si, comme le soutiendrait Google, il existe autant de traitements liés au service X que d'extensions locales du moteur de recherche¹⁸ : l'impossibilité de se prévaloir de son droit au déréférencement en raison de sa méconnaissance de la législation étrangère sur la protection des données personnelles et des recours possibles – à supposer que ces derniers existent et qu'ils soient effectifs au sens de l'article 13 de la Convention européenne, ainsi que la multiplication des démarches et recours auprès des autorités compétentes, et sans assurance d'obtenir des décisions favorables et concordantes.

Le droit au déréférencement se doit d'être également effectif à l'égard des mineurs, que ce soit au sein de l'Union européenne ou en dehors de cette zone. Dans le rapport du Défenseur des droits de 2012 « *Enfants et Ecrans : grandir dans le monde numérique* » puis dans son rapport d'appréciation sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant remis au Comité des droits de l'enfant de l'ONU en 2015,¹⁹ la question du « droit à l'oubli numérique » se posait avec une importance accrue pour les enfants. Le Défenseur préconisait déjà la mise en place d'un droit effectif pour plusieurs raisons : l'intense exposition des enfants sur Internet, lesquels n'ont pas conscience des risques liés à la mise en ligne de leurs données personnelles (divulgaration de données, usurpation d'identité, cyberharcèlement, etc.) ; la capacité limitée de l'enfant à se préserver des risques pour sa vie privée et celle des autres ; la continuité de la vie numérique de l'enfant, et par la suite de l'adulte, et la nécessité que celui-ci puisse corriger les éventuelles erreurs du passé. Une protection renforcée doit donc être garantie aux enfants, conformément à ce qu'imposent le droit européen et la Convention relative aux droits de l'enfant, et elle implique que les droits prévus par la Directive 95/46/CE et la loi Informatique et Libertés puissent être exercés et être effectifs.

¹⁸ Délibération précitée.

¹⁹ Rapport du Défenseur des droits de 2012 « *Enfants et Ecrans : grandir dans le monde numérique* » (<http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/rapports/rapports-annuels-droit-de-lenfant/enfants-et-ecrans-grandir-dans-le-monde>) ; Rapport du Défenseur des droits au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, 27 février 2015 (http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/150717-rapport_enfants-onu_sans.pdf).

Par ailleurs, en ne reconnaissant pas que constitue une restriction illicite du droit au respect de la vie privée, le fait de permettre l'utilisation de données personnelles par des entreprises qui participent au traitement des données de ses ressortissants depuis son territoire dans un Etat tiers à la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'en application du droit interne et européen, le droit au déréférencement doit être respecté, l'Etat français pourrait voir sa responsabilité engagée devant la CEDH sur le fondement de l'article 8 de la Convention.

L'article 1 de la Convention fonderait en ce cas la Cour à reconnaître les circonstances exceptionnelles qui justifient sa compétence du fait des liens qui existent entre les réclamants et l'Etat. La Cour serait compétente pour connaître de la responsabilité de l'Etat du fait de l'effet extraterritorial d'un acte commis par l'Etat sur son propre territoire.

L'ineffectivité du dispositif légal de protection des données personnelles en vigueur en France et en Europe - visant à prévenir et à limiter les effets extraterritoriaux de l'utilisation des données personnelles par un moteur de recherche par l'autorité de contrôle, ici C, et, le cas échéant, le juge, pourrait être imputable à l'Etat comme s'apparentant à un acte commis par l'Etat sur son propre territoire. L'absence de diligence de l'Etat constituerait un manquement à l'obligation horizontale de faire respecter de manière effective le droit au respect de la vie privée de toute personne relevant de sa juridiction.

Enfin, dans son étude « *Le numérique et les droits fondamentaux* » de 2014, le Conseil d'Etat préconisait, au niveau individuel, de « *mettre en œuvre de manière efficace le droit au déréférencement reconnu par la CJUE* » dans l'arrêt *Google*.²⁰ Il identifiait à cet égard trois difficultés qui pourraient nuire à l'efficacité de cette mise en œuvre, dont l'une d'entre elles était : « *le déréférencement risque d'être aisément contourné si les exploitants de moteur de recherche ne l'appliquent qu'à certaines versions linguistiques de leur site* » ; le Conseil d'Etat considère que ce contournement ne serait pas conforme au champ d'application du droit de l'Union européenne.²¹

La présente affaire est l'occasion pour le Conseil d'Etat de garantir l'effectivité du dispositif légal de protection des données personnelles et la mise en œuvre efficace du droit au déréférencement reconnu par la CJUE dans son arrêt *Google* du 13 mai 2014, à l'heure où la circulation des données personnelles sur Internet ne connaît pas de frontières.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

²⁰ Conseil d'Etat, Etude « *Le numérique et les droits fondamentaux* » de 2014.

²¹ *Ibid*, p.277.