

DROITS CIVILS ET INDIVIDUELS

DROIT AU DÉRÉFÉRENCIEMENT

41 L'affaire *Google Inc.* sur le droit au déréférencement : remarques critiques sur un épilogue en queue de poisson

Solution. – La faculté d'imposer une mesure de déréférencement s'appliquant à l'intégralité du traitement liée au moteur de recherche, sans considération des extensions interrogées et de l'origine géographique de l'internaute effectuant une recherche, ne découle pas du droit de l'Union européenne. Quand bien même la loi l'y aurait autorisé, la CNIL ne pouvait imposer une telle mesure à la société *Google Inc.* sans procéder à une mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect à sa vie privée et à la protection des données personnelles la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information.

Impact. – Le présent arrêt ne tire pas pleinement les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 septembre 2019, *Google LLC*. En rejetant l'argumentation de la CNIL quant à la nécessité d'imposer un déréférencement total y compris hors de l'Union européenne lorsque ce droit est invoqué à bon droit, le juge administratif reporte à plus tard une question inéluctable, par l'intermédiaire d'un raisonnement contestable.

CE, 27 mars 2020, n° 399922, *Google Inc.* : JurisData n° 2020-004506 ; publié au Recueil Lebon

[...] 1. Wikimedia Foundation Inc, et la société Microsoft justifient d'un intérêt suffisant à l'annulation de la délibération attaquée. Ainsi, leurs interventions sont recevables.

2. Il résulte de l'instruction que, par une décision du 21 mai 2015, la présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a mis en demeure la société *Google Inc.*, lorsqu'elle fait droit à une demande d'une personne physique tendant à la suppression de la liste des résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, de liens menant vers des pages web, d'effectuer cette suppression sur toutes les extensions de nom de domaine de son moteur de recherche. Par une délibération du 10 mars 2016, après avoir constaté que la société ne s'était pas, dans le délai imparti, conformée à cette mise en demeure, la formation restreinte de la CNIL a prononcé à son encontre une sanction, rendue publique, de 100 000 euros. La société *Google Inc.* demande l'annulation de cette délibération.

3. D'une part, l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa rédaction applicable à la date de la délibération attaquée, dispose que : « 1. – La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction. / Le président de la commission peut également mettre en demeure ce responsable de faire cesser le manquement constaté dans un délai qu'il fixe. En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à cinq jours. / Si le responsable du traitement se conforme à la mise en demeure qui lui est adressée, le président de la commission prononce la clôture de la procédure. / Dans le cas contraire, la formation restreinte peut prononcer à son encontre, après une procédure contradictoire, les sanctions suivantes : / 1° Une sanction pécuniaire, dans les conditions prévues par l'article 47, à l'exception des cas où le traitement est mis en œuvre par l'État ; (...) ». Ces dispositions assuraient la mise en œuvre en droit national des dispositions alors en vigueur de l'article 24 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, qui laissait aux États membres le soin de déterminer les sanctions à appliquer « en cas de violation des dispositions prises en application de cette directive ».

4. D'autre part, l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa rédaction applicable à la date de la délibération attaquée, dispose que : « Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. / Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. / Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement ». Ces dispositions assuraient la mise en œuvre en droit national des dispositions de l'article 12, sous b) et de l'article 14, sous a), de la directive du 24 octobre 1995, desquelles découle un « droit au déréférencement » des données à caractère personnel. Elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ces dispositions, auxquelles s'est substitué l'article 17 du règlement 2016/679 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 du 24 octobre 1995, dit règlement général sur la protection des données, qui consacre un tel « droit à l'effacement », également dénommé « droit à l'oubli ».

5. Par son arrêt du 24 septembre 2019, *Google LLC contre CNIL* (C-507/17), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que : « l'article 12, sous b), et l'article 14, premier alinéa, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995 [...], ainsi que l'article 17, paragraphe 1, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, [...] doivent être interprétés en ce sens que, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche fait droit à une demande de déréférencement en application de ces dispositions, il est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres et ce, si nécessaire, en combinaison avec des mesures qui, tout en satisfaisant aux exigences légales, permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès aux liens qui font l'objet de cette demande ».

6. Ainsi qu'il a été rappelé au point 1, la formation restreinte de la CNIL a sanctionné la société *Google Inc.* au motif qu'elle refuse, lorsqu'elle fait droit à une demande de déréférencement, d'effectuer ce déréférencement sur l'ensemble des noms de domaine de son moteur de recherche et se borne à supprimer les liens en cause des seuls résultats affichés en réponse à des recherches menées depuis les noms de domaine correspondant aux déclinaisons de son moteur de recherche dans les États membres de l'Union européenne. La formation restreinte de la CNIL a par ailleurs estimé insuffisante la proposition complémentaire dite de « géo-blocage » faite par la société *Google Inc.*, après expiration du délai de mise en demeure, de supprimer la possibilité d'accéder, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'État de résidence du bénéficiaire du « droit au déréférencement », aux résultats litigieux à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom, indépendamment de la déclinaison du moteur de recherche qu'a sollicité l'internaute.

7. Il résulte des motifs énoncés au point 4 qu'en sanctionnant la société requérante au motif que seule une mesure s'appliquant à l'intégralité du traitement liée au moteur de recherche, sans considération des extensions interrogées et de l'origine géographique de l'internaute effectuant une recherche, est à même de répondre à l'exigence de protection telle qu'elle a été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne, la formation restreinte de la CNIL a entaché la délibération attaquée d'erreur de droit.

8. Il est vrai qu'ainsi que le fait valoir la CNIL en défense, la Cour de justice a relevé, au point 72 de l'arrêt du 24 septembre 2019, que « si (...) le droit de l'Union n'impose pas, en l'état actuel, que le déréférencement auquel il serait fait droit porte sur l'ensemble des versions du moteur de recherche en cause, il ne l'interdit pas non plus. Partant, une autorité de contrôle ou une autorité judiciaire d'un

État membre demeure compétente pour effectuer, à l'aune des standards nationaux de protection des droits fondamentaux (...), une mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection des données à caractère personnel la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information, et, au terme de cette mise en balance, pour enjoindre, le cas échéant, à l'exploitant de ce moteur de recherche de procéder à un déréférencement portant sur l'ensemble des versions dudit moteur ».

9. Lorsque, saisi d'une requête dirigée contre une sanction prononcée par la CNIL, il constate que la décision contestée devant lui aurait pu être prise, en vertu du même pouvoir d'appréciation, sur un autre fondement que celui qu'a retenu l'autorité de sanction, le juge administratif peut substituer ce fondement à celui qui a servi de base légale à la décision attaquée, sous réserve que la personne sanctionnée ait disposé des garanties dont est assortie l'application du texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée. Une telle substitution relevant de l'office du juge, celui-ci peut y procéder soit à la demande des parties soit de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce dernier cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations sur ce point.

10. Si la CNIL soutient en défense que la sanction contestée trouve son fondement dans la faculté que la Cour de justice a reconnue aux autorités de contrôle d'ordonner de procéder à un déréférencement portant sur l'ensemble des versions d'un moteur de recherche, il ne résulte, en l'état du droit applicable, d'aucune disposition législative qu'un tel déréférencement pourrait excéder le champ couvert par le droit de l'Union européenne pour s'appliquer hors du territoire des États membres de l'Union européenne. Au surplus, il résulte en tout état de cause des motifs énoncés au point 7 qu'une telle faculté ne peut être ouverte qu'au terme d'une mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection des données à caractère personnel la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information. Or, il ressort des termes mêmes de la délibération attaquée que, pour constater l'existence de manquements persistants et reprocher à la société *Google Inc.* d'avoir méconnu l'obligation de principe de procéder au déréférencement portant sur l'ensemble des versions d'un moteur de recherche, la formation restreinte de la CNIL n'a pas effectué une telle mise en balance. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la substitution de base légale demandée en défense par la CNIL.

11. Il résulte de tout ce qui précède que la société *Google Inc.* est fondée à demander l'annulation de la délibération qu'elle attaque. [...]

NOTE : Le 27 mars dernier, dans une relative discrétion liée à l'ampleur de l'actualité juridique mondiale et française à cette date, le Conseil d'État rendait son arrêt dans l'affaire opposant *Google Inc.* à la CNIL (CE, 27 mars 2020, n° 399922, *Google Inc.* : *JurisData* n° 2020-004506), marquant l'achèvement d'une saga jurisprudentielle (C. Crichton, *Portée territoriale du droit au déréférencement : suite et fin ? : Dalloz actualité*, 6 avr. 2020) remarquée par les spécialistes de droit du numérique.

En 2016, la CNIL, se fondant sur la célèbre jurisprudence *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González* : *JurisData* n° 2014-009597C-131/12), avait infligé à la société *Google Inc.* une sanction pécuniaire de 100 000 € pour manquements aux articles 38 et 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Concrètement, la CNIL cherchait à obtenir un déréférencement le plus étendu possible, de sorte qu'à la demande – jugée légitime – d'un individu, il soit impossible à un internaute tapant son nom d'obtenir l'information déréférencée, peu important la localisation dudit internaute. Après plusieurs mois d'échanges peu fructueux avec *Google*, la formation de la CNIL avait estimé que « [s]eule une mesure s'appliquant à l'intégralité du traitement lié au moteur de recherche, sans distinction entre les extensions interrogées et l'origine géographique de l'internaute effectuant une recherche est juridiquement à même de répondre à l'exigence de protection telle que consacrée par la CJUE » (CNIL, *délib. de la formation restreinte* n° 2016-054, 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X). Autrement dit, la CNIL estimait que « seul un déréférencement sur

l'ensemble du moteur de recherche est de nature à permettre une protection effective des droits des personnes » (*Id.*). La société *Google*, défendant une lecture plus restrictive de l'arrêt de la Cour s'agissant de la portée du fameux « droit à l'oubli » numérique et considérant que le droit européen n'impose qu'un déréférencement sur le territoire européen, n'a pas manqué de contester la délibération devant le Conseil d'État. Ce dernier jugea en 2017 pertinent de poser trois questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CE, 19 juill. 2017, n° 399922, *Google Inc.* : *JurisData* n° 2017-014619), qui trouvèrent réponse deux ans après (CJUE, gr. ch., 24 sept. 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* : *JurisData* n° 2019-016166). Tirant 6 mois plus tard les conséquences de l'arrêt de la CJUE, lequel ne se caractérise pas toujours par sa clarté, l'arrêt final du juge administratif du 27 mars 2020 comporte lui aussi de nombreuses zones d'ombre.

Le juge administratif devait déterminer si la CNIL pouvait sanctionner la société *Google Inc.* pour ne pas avoir procédé à un déréférencement mondial de données dont la suppression avait été réclamée. À cette fin, un certain nombre de problématiques techniques et juridiques étaient soulevées devant la CJUE comme devant le Conseil d'État. Le droit européen impose-t-il un déréférencement intra-européen ou mondial ? Dans la première hypothèse, fait-il obstacle à l'existence d'une obligation, nationale, de déréférencement mondial ? Quelles en seraient les modalités techniques, dans la mesure où un simple déréférencement n'est pas jugé efficace, par la CNIL, pour protéger les droits des internautes ? En cas d'absence d'obstacles européens, quelles en seraient les modalités pour qu'une telle obligation soit conforme au droit de l'Union ? Dans l'éventuel silence du droit européen, la CNIL était-elle compétente, sur le fondement du droit interne, pour imposer une telle obligation ? L'on note d'emblée que l'articulation des interrogations soulevées devant les différents juges n'est pas d'un abord aisé, en particulier du fait de la structure de l'argumentation de la CNIL. Celle-ci, en effet, s'appuyait principalement sur l'idée selon laquelle le droit de l'Union européenne n'interdisait pas aux autorités nationales compétentes d'imposer un déréférencement global. Encore fallait-il que la CNIL justifie d'une base de compétence pour pouvoir l'imposer : une substitution de motifs était en ce sens opérée par l'autorité administrative, afin de fonder cette possibilité sur le droit interne et non plus le droit de l'Union.

Les réponses à tous ces points, très attendues, devaient clarifier cet ensemble complexe de questions ; or, les juges se sont globalement attachés à les éluder, à tel point qu'il est loisible de penser que – quasiment – rien n'est réglé sur le fond. Il ressort notamment de la lecture de l'arrêt du 27 mars 2020 que le juge administratif a tout fait pour ne pas avoir à statuer sur certains points dont les implications, en particulier techniques, semblent lui échapper. Nous ne partageons, dès lors, pas l'accueil globalement favorable de la doctrine quant à cette décision (V. not. F. Jault-Seséke, *Portée géographique du droit au déréférencement : le Conseil d'État met en œuvre les directives de la Cour de justice* : *Dalloz IP/IT* 2020, p. 210).

Au support de son argumentation quant à la nécessaire portée mondiale et non seulement intra-européenne de l'obligation de déréférencement et quant aux techniques à déployer à cette fin, la CNIL invoquait ainsi deux séries d'arguments. Les premiers découlait du droit européen, de sorte que la réponse de la Cour de justice était particulièrement attendue. Malgré son caractère parfois évasif, le juge administratif ne peut qu'en tirer les conséquences (1). Mais la Cour ne ferme pas la porte à des dispositions nationales plus protectrices du droit à l'oubli, à partir du moment où l'autorité compétente procède à une « mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection des données à caractère personnel la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information » (CJUE, 24 sept. 2019, aff. C-507/17, *préc.*, § 72). La CNIL, s'engouffrant dans cette brèche, invoquait à titre subsidiaire l'absence de règle européenne interdisant d'imposer un déréférencement mondial et une certaine liberté d'appréciation de sa part. Le

Conseil d'État devait par conséquent statuer également sur cette substitution de motifs (2).

1. Le juge administratif face à la position évasive de la CJUE

L'arrêt rendu par la Cour le 24 septembre 2019 est incomplet. Il ne répond en effet pas pleinement aux questions soulevées par le Conseil d'État, qui n'a d'autre choix que de tenter d'en tirer les conséquences. Deux éléments de la solution européenne étaient particulièrement déterminants pour l'office du juge administratif français.

Le géoblocage : une absence de réponse à une question inadéquate. – Il est incontestable que l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 septembre 2019 est un « grand » arrêt, en ce qu'il précise utilement les contours du droit au déréférencement. Cependant, du point de vue de l'affaire *Google Inc.*, l'on ne peut que constater plusieurs insuffisances. Rappelons d'abord que le juge administratif posait trois questions, liées, à la Cour. La première visait à déterminer si le droit européen devait être interprété comme contraignant l'exploitant d'un moteur de recherche, soumis à une obligation de déréférencement, à déréférencer sur l'ensemble des noms de domaines de son moteur ou non. Dans la négative, la deuxième question invitait à la Cour à préciser si le droit au déréférencement devait s'appliquer uniquement sur la version nationale du moteur dans l'État au sein duquel la demande de déréférencement était effectuée, ou dans les toutes les versions européennes du moteur concerné. La troisième question était plus technique : le déréférencement implique-t-il une simple suppression du moteur de recherche concerné (peu important ses versions), ou convient-il comme le propose *Google* d'y adjoindre un « géoblocage » afin qu'aucun internaute effectuant une recherche effectuée à partir d'une adresse IP d'un État membre ne puisse accéder aux liens concernés par le déréférencement ?

À plusieurs égards, la réponse de la Cour surprend. Si elle répond clairement que le déréférencement doit être européen et non national (*V. infra*), elle ne traite pas frontalement de la troisième question. Il faut concéder que son office n'était pas facilité par le Conseil d'État sur ce point.

Pour échapper à la sanction de la CNIL, *Google* avait substitué, à la détermination de la version utilisée du moteur de recherche par le nom de domaine utilisé –.fr,.de,.uk – un système automatisé qui redirigeait d'emblée l'internaute vers la version correspondant à sa géolocalisation (*V. l'explication claire au § 42 de l'arrêt de la CJUE*). Le juge administratif interrogeait la Cour sur la question de savoir si ce géoblocage proposé par *Google*, c'est-à-dire le mécanisme consistant, à partir de l'adresse IP de l'internaute, à le rediriger automatiquement vers la version nationale du moteur de recherche correspondant à sa localisation, résultait d'une obligation européenne ou non. La question paraît à la réflexion étrange, puisqu'il s'agit finalement de demander à la CJUE si un mécanisme proposé par une société privée est obligatoire, ou non, en vertu du droit européen. Il eût paru plus logique – mais peut-être moins précis – d'interroger les juges européens sur la compatibilité générale du dispositif suggéré par *Google* avec le droit européen. En effet, le juge européen est ici amené à se positionner sur la question de savoir si la société privée a « mieux » compris et mis en œuvre le droit européen que les autorités nationales, ce qui peut paraître philosophiquement gênant.

Au demeurant, telle n'était pas l'argumentation de la CNIL devant le juge administratif. L'autorité administrative ne contestait nullement la compatibilité du dispositif de géoblocage proposé par *Google* avec le droit de l'Union, mais considérait bien au contraire qu'il était insuffisant. La CNIL indique en effet sans détours que « la solution proposée par la société demeure incomplète » (*CNIL, délib. n° 2016-054, préc.*). Dès lors, l'on ne comprend pas pleinement pourquoi le juge administratif n'a posé à la Cour ni la question générale de la compatibilité du dispositif avec le droit de l'Union, ni la question précise de la technique considérée comme adéquate au regard du droit européen. Le Conseil d'État, suivant son rapporteur public, demande ainsi seulement au juge européen « si le déréférencement doit s'effectuer sur l'extension nationale correspondant à l'État 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 » (*concl. A. Bretonneau ss CE, 19 juill. 2017, n° 399922, Google Inc., préc., p. 13*).

Comme le relève le rapporteur public en 2020, la Cour européenne ne répond de toute façon pas à cette troisième question, décidant de la traiter conjointement avec la deuxième : « [é]tonnamment, la Cour s'est bornée à faire référence à la redirection automatique de l'internaute sur la version du moteur correspondant à son État de connexion » (*concl. A. Lallet ss CE, 27 mars 2020, n° 399922, Google Inc., préc., p. 3*). La CJUE semble assumer ce choix. D'emblée, elle écarte la question technique en synthétisant – et donc en tronquant – les questions posées par le Conseil d'État : « la juridiction de renvoi vise à déterminer la portée territoriale qu'il y a lieu de conférer à un déréférencement en pareille situation » (*CJUE, 24 sept. 2019, aff. C-507/17, préc., § 53*). Les questions de savoir si le dispositif de géoblocage est suffisant à garantir l'effectivité du droit de l'Union – position de *Google* – s'il peut être complété par des dispositifs plus contraignants sans méconnaître le droit de l'Union – position de la CNIL – et s'il est obligatoire ou non en vertu du droit de l'Union – question du Conseil d'État – sont donc toutes éludées, à des degrés divers.

Le contenu de l'obligation européenne : « sérieusement décourager » l'internaute. – Le dispositif final de la Cour apparaît, en outre, peu clair. À son terme, les règles européennes « doivent être interprété[s] en ce sens que, lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche fait droit à une demande de déréférencement en application de ces dispositions, il est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres, et ce, si nécessaire, en combinaison avec des mesures qui, tout en satisfaisant aux exigences légales, permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès aux liens qui font l'objet de cette demande » (*ibid.*, dispositif final. Nous soulignons). Le sens de l'expression « si nécessaire », dans ce contexte, reste mystérieux. Le rapporteur public « peine à [la] comprendre » et choisit sans détours de l'ignorer, tout en supposant qu'elle pourrait signifier « s'il y a lieu » (*concl. A. Lallet ss CE, 27 mars 2020, n° 399922, préc., p. 4*). La présence à deux reprises de l'expression, y compris dans les versions anglaise et espagnole de l'arrêt de la CJUE, exclut à tout le moins l'erreur et tend à confirmer cette interprétation. Une troisième voie consiste à l'interpréter comme conférant une certaine liberté à l'autorité nationale en la matière, ce qui aurait dans ce cas pu être exprimé plus clairement, et revient finalement à ne pas répondre à la question posée. Il est en tout état de cause gênant que la réponse à trois questions préjudicielles soit d'une part incomplète, et d'autre part si énigmatique qu'elle conduise le juge administratif à écarter certaines expressions obscures du dispositif.

L'arrêt de la CJUE rendu, l'office du juge administratif consistait à vérifier l'adéquation de la sanction de la CNIL avec l'obligation européenne nouvellement clarifiée. Il ressort des réponses apportées par le juge européen que les deux premières questions étaient tranchées : « l'exploitant d'un moteur de recherche ne saurait être tenu [...] d'opérer un déréférencement sur l'ensemble des versions de son moteur » (*CJUE, 24 sept. 2019, aff. C-507/17, préc., § 65*), mais à l'ensemble des versions européennes. La Cour n'apportant pas de réponse précise à la question du géoblocage, le Conseil d'État était invité à se positionner sur le débat opposant la société *Google* à la CNIL : il « appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, au regard également des modifications récentes de son moteur de recherche [...] les mesures adoptées ou proposées par *Google* satisfont à ces exigences » (*ibid.*, § 71). La feuille de route fixée par la CJUE n'est en tout cas pas des plus claires : les mesures prises doivent être légales et « avoir pour effet d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes dans les États membres d'avoir accès aux liens en cause à partir d'une recherche effectuée sur la base du nom de cette personne » (*ibid.*, § 70).

En d'autres termes, le droit de l'Union ne prévoit pas d'obligation de déréférencement mondiale, de sorte que sur ce point, le

juge administratif doit seulement vérifier que l'internaute est « sérieusement découragé » d'accéder aux liens déréférencés dans l'Union. La notion de « découragement sérieux » étant difficilement définissable, l'exercice d'appréciation des propositions de la société *Google Inc.* s'annonçait délicat. Le Conseil d'État ne s'y livre pas, se bornant à relever la CNIL a excédé la norme européenne, qui ne prescrivait pas d'aller aussi loin que l'imposition d'un déréférencement global (*CE, arrêt commenté, § 7*). Devait-on cependant déduire de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne que la norme européenne interdisait aux autorités nationales d'aller plus loin que le droit de l'Union, et empêchait la CNIL d'exiger un déréférencement global ? Certainement pas, la Cour précisant justement que « le droit de l'Union n'impose pas, en l'état actuel, que le déréférencement auquel il serait fait droit porte sur l'ensemble des versions du moteur de recherche en cause, il ne l'interdit pas non plus » (*CJUE, 24 sept. 2019, aff. C-507/17, préc., § 72*), sous réserve d'une « mise en balance » entre le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles d'une part, et le droit à la liberté d'information d'autre part. L'argumentation de la CNIL, face au juge administratif, consistait dès lors, par une substitution de motifs (*CE, arrêt commenté, § 9 et s.*), à faire valoir son droit à imposer un déréférencement global à la société *Google Inc.* Tel était le véritable enjeu de l'arrêt du Conseil d'État, dont l'on peut néanmoins considérer qu'il ne consacre rien et reporte à plus tard, ou à d'autres que lui, le soin de trancher.

2. Les hésitations du juge administratif en matière de déréférencement

À l'issue du renvoi préjudiciel, deux questions restaient finalement ouvertes devant le Conseil d'État. Le droit européen étant muet sur ces questions, la CNIL pouvait-elle, d'une part, considérer les mesures de géoblocage proposées par *Google* insuffisantes et, d'autre part, conférer en s'appuyant sur des fondements autres qu'euro-péens une portée mondiale au droit de déréférencement ? Privé du secours du juge européen sur ces deux questions, et même en partie mis en difficulté par la porte que ce dernier laisse ouverte, le juge administratif n'avait d'autre choix que d'y répondre. Sa solution est pourtant décevante : le Conseil d'État reporte à plus tard la question du géoblocage à laquelle il aurait très bien pu répondre. Les raisonnements sous-tendant la question de la portée mondiale du droit à l'oubli sont, par ailleurs, discutables.

Un évitement problématique des questions techniques. – D'abord, le juge administratif ne résout pas la question de la suffisance du géoblocage, se bornant à juger qu'il « ne résulte, en l'état du droit applicable, d'aucune disposition législative qu'un tel déréférencement pourrait excéder le champ couvert par le droit de l'Union européenne pour s'appliquer hors du territoire des États membres de l'Union européenne » (*CE, arrêt commenté, § 10*). Autrement dit, le juge administratif ne se prononce à son tour que sur une partie des points litigieux. La Cour de justice de l'Union européenne s'étant abstenue de valider ou d'invalider la solution de géoblocage proposée par *Google*, le juge administratif décide – peu logiquement – d'ignorer lui aussi la question. Son raisonnement suit sur ce point comme sur les autres celui du Rapporteur public, qui relève que les deux techniques proposées – la suppression des moteurs de recherche et le géoblocage – sont complémentaires, avant de conclure sobrement : « pour notre part, et en l'état de notre réflexion, nous les tenons pour suffisantes » (*concl. A. Lallet ss CE, 27 mars 2020, n° 399922, préc., p. 4*). Il en résulte un rejet implicite de l'argumentation de la CNIL, qui estimait le géoblocage insuffisant et mettait pourtant en évidence les nombreuses limites de ce dispositif.

La frilosité du Conseil d'État à se prononcer sur les techniques utilisées pour garantir le droit au déréférencement peut s'expliquer par plusieurs facteurs. L'un des principaux, à notre avis, réside dans le manque de compétence technique des juges, lesquels ne saisissent pas nécessairement les détails des technologies qui leur sont présentées par le rapporteur public. Malgré la conviction des lanceurs d'alerte quant à l'absence de nécessité que les décideurs comprennent les détails des technologies numériques pour les réguler (V. par ex. l'épilogue de l'ouvrage de *C. Wylie, Mind*ck. Cambridge Analytica And The Plot To Break America : New York, Random House, 2019, p. 255 et s.*), il peut d'ailleurs paraître gênant que ceux-ci s'en remettent systé-

matiquement au seul « sachant » présent. Les juges semblent ainsi conduits à suivre sans aucune réserve les conclusions des rapporteurs publics, en l'espèce Alexandre Lallet, nouvellement nommé pour remplacer Aurélie Bretonneau, et chargé des affaires récentes soulevant des problématiques de droit du numérique. Pour convaincre qu'un simple dispositif de géoblocage fondé sur l'adresse IP de connexion est suffisant à dissuader l'internaute d'accéder à des données personnelles non protégées par le droit au déréférencement européen, le rapporteur public suit globalement les arguments de *Google*. En particulier, il invite le juge administratif à ne pas retenir la crainte liée à l'utilisation d'un VPN : « [l]e VPN suppose en principe de télécharger et d'installer un programme informatique puis de se connecter au réseau virtuel par ce biais. L'internaute moyen peut sérieusement hésiter à y recourir, de peur de se perdre voire de faire une mauvaise rencontre dans la jungle des offres disponibles sur le Net, parce qu'il craint que la sécurité de sa navigation ou la confidentialité des données puisse être compromise par des tiers, ou parce qu'il pense, à tort en l'état actuel du droit, qu'il s'agit d'un procédé illégal réservé aux hackers russes » (*concl. A. Lallet ss CE, 27 mars 2020, n° 399922, préc., p. 6*).

Autrement dit, le rapporteur public invite le Palais Royal à s'appuyer sur la mauvaise information des internautes et les croyances infondées des citoyens pour juger suffisante et appropriée la solution proposée par la société *Google*. Une telle argumentation ne peut que surprendre, et soulève au moins trois séries de difficultés. La première tient à la nature même de l'argument, qui semble repris sans réserve par le juge administratif. En matière numérique, le législateur comme le juge semblent souvent s'appuyer sur l'incompétence présumée des internautes – par exemple en limitant la compétence de la HADOPI au *peer-to-peer*, un procédé de téléchargement déjà dépassé au moment de l'entrée en fonction de la cellule. Pourtant, les conséquences d'une éventuelle généralisation de ce raisonnement, fondé sur l'ignorance du public, sont inquiétantes : ce n'est pas parce que le citoyen moyen ne sait pas conduire un char d'assaut qu'il est pertinent de s'abstenir de légiférer sur leur vente et de se contenter d'interdire celle des armes de poing. Au-delà de l'illustration *ab absurdo* évidemment aussi provocante que contestable, ce raisonnement soulève finalement la question de la portée de la règle de droit. L'effectivité du droit au déréférencement – voire ce droit lui-même – est en effet conçue, si l'on suit le rapporteur public, comme modulable *ratione personae*. Le bénéficiaire du droit au déréférencement sera, en conséquence, titulaire d'un droit plus ou moins effectif en fonction des connaissances technique de l'internaute.

La deuxième difficulté est *ratione temporis*. Comme le concède lui-même le rapporteur public, son jugement s'appuie sur l'état – supposé – actuel des connaissances des internautes. Ainsi, « on ne peut exclure qu'une obligation de déréférencement circonscrite aux versions européennes moteur de recherche constitue à l'avenir un puissant facteur d'incitation à recourir à cette technique, on ne peut affirmer, à l'heure actuelle et *a fortiori*, en 2015-2016, que l'internaute moyen recourrait spontanément et couramment à un tel outil pour contourner le déréférencement européen » (*ibid., p. 7*). Ce raisonnement ne peut s'interpréter autrement que comme un acte de procrastination : il est évident que les connaissances des internautes, dont la plupart ne connaissaient pas *Google* il y a 20 ans, augmentent exponentiellement. Dès lors, comment peut-on sérieusement penser que les VPN, dont le marché mondial explose et devrait dépasser les 50 milliards de dollars d'ici 2025, ne seront pas utilisés très rapidement par un nombre massif d'utilisateurs ? Le choix du Conseil d'État consiste pourtant à reporter à plus tard une question inéluctable, que la société *Google* finira par devoir résoudre à plus ou moins court terme, probablement sous la pression des autorités nationales. Il eût paru pertinent de suivre sur ce point la CNIL, dont la position avant-gardiste n'apparaît pas pour autant futuriste pour quiconque suivant quelque peu l'évolution technologique numérique – ce qui n'est pas nécessairement le cas de tous les membres du Conseil d'État.

La troisième difficulté, enfin, est liée la portée du droit au déréférencement *ratione loci*. Si l'on suit le raisonnement adopté par le juge administratif, et sans même qu'il soit question

des compétences présumées ou avérées des internautes, il s'avère que le droit au déréférencement est un droit local et contingent. Comme l'indiquait la CNIL dans la délibération attaquée, « n'importe quel internaute situé en dehors du territoire français ne sera pas concerné par la mesure de filtrage et pourra continuer à avoir accès aux informations déréférencées en interrogeant les extensions non européennes du moteur de recherche [...]. Or, la protection d'un droit fondamental ne peut varier en fonction du destinataire de la donnée » (CNIL, *délib. n° 2016-054, préc.*). L'avis de la CNIL n'est à notre sens discutable que sur un point : au-delà du destinataire lui-même, c'est la question plus large de sa localisation qui est posée. Il suffit en effet qu'un Européen en voyage – professionnel ou personnel – sur un autre continent se connecte sur un réseau local pour qu'il puisse accéder à toutes les informations inaccessibles en Europe. La protection de la vie privée de la personne requérant l'effacement de ses données n'est donc effective que dans la mesure où aucun internaute ne voyage hors du sol européen. Plus pragmatiquement, il paraît difficilement évitable qu'un employeur curieux ne fasse pas à l'avenir appel à des services basés hors du continent européen pour « googliser » un salarié, actuel ou futur, dont il souhaiterait s'enquérir du passé numérique. Or, à l'issue de cette saga jurisprudentielle, rien ne l'en empêche, malgré l'avertissement on ne peut plus clair de la CNIL sur ce point (V. la CNIL, *délib., préc.* et les trois arguments convaincants qu'elle produit sur ce point). À moins que le législateur intervienne, ce que le juge administratif semble appeler de ses vœux, il est fort peu douteux que de futurs abus contraindront le juge administratif à réexaminer la question.

Une double censure discutable de la CNIL. – Dans son arrêt du 27 mars 2020, le juge administratif écarte logiquement l'idée d'une éventuelle norme européenne prescrivant un déréférencement global. Demeurait donc l'épineuse question de la légalité de la décision de la CNIL de l'imposer à *Google Inc.*, que le Conseil d'État rejeta au terme de son raisonnement : « [s]i la CNIL soutient en défense que la sanction contestée trouve son fondement dans la faculté que la Cour de justice a reconnue aux autorités de contrôle d'ordonner de procéder à un déréférencement portant sur l'ensemble des versions d'un moteur de recherche, il ne résulte, en l'état du droit applicable, d'aucune disposition législative qu'un tel déréférencement pourrait excéder le champ couvert par le droit de l'Union européenne pour s'appliquer hors du territoire des États membres de l'Union européenne. Au surplus, il résulte en tout état de cause des motifs énoncés [...] qu'une telle faculté ne peut être ouverte qu'au terme d'une mise en balance entre, d'une part, le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection des données à caractère personnel la concernant et, d'autre part, le droit à la liberté d'information ». Or, il ressort des termes mêmes de la délibération attaquée que, pour constater l'existence de manquements persistants et reprocher à la société *Google Inc.* d'avoir méconnu l'obligation de principe de procéder au déréférencement portant sur l'ensemble des versions d'un moteur de recherche, la formation restreinte de la CNIL n'a pas effectué une telle mise en balance » (*arrêt commenté, § 11*). La CNIL se trouve donc doublement censurée : non seulement elle n'avait pas compétence pour imposer un déréférencement global, mais en outre elle n'a pas procédé à la fameuse « mise en balance » exigée par la jurisprudence européenne.

Le soin que le juge administratif prend à développer l'absence de mise en balance, alors que le motif de légalité externe aurait été amplement suffisant, est notable. Alors que l'économie des motifs et le souci d'en dire le moins possible guident généralement la rédaction de ses décisions, celui-ci ne se contente en effet pas de relever l'absence de compétence de la CNIL pour imposer le déréférencement, ce qui peut interroger. Concrètement, le rapporteur public, là encore suivi par le juge administratif, s'annonce sans motivation supplémentaire « **ferme**ment d'avis que seul le législateur, compétent pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales en vertu de l'article 34 de la Constitution, pourrait prendre l'initiative d'étendre la portée possible ou obligatoire du déréférencement au-delà de la frontière tracée par la Cour de justice, sous le contrôle du Conseil constitutionnel » (*concl. A. Lallet ss l'arrêt*

commenté, p. 10; nous soulignons.). Si l'exposé qui suit directement ce propos, selon lequel le législateur n'a pour l'instant pas entendu conférer une telle compétence à la CNIL, emporte la conviction, l'idée selon laquelle seul le législateur serait compétent en la matière demeure discutable. Les cas dans lesquels la jurisprudence fait œuvre prétorienne du fait de lacunes législatives ne sont pas inconnus du paysage français, de sorte que le Conseil d'État aurait tout à fait pu, juridiquement, entériner cette possibilité. Sans doute la portée extra-territoriale de l'extension du déréférencement, laquelle touche selon les conclusions à des intérêts diplomatiques, justifie-t-elle en partie cette réserve. Sans dénier l'éventuelle vocation pédagogique de la mention conclusive de la mise en balance, l'on peut en tout cas suggérer que cet « avis ferme » du rapporteur public, bien que rejoint par le Conseil d'État, n'a peut-être pas été considéré comme doté d'une inébranlable solidité juridique, de sorte qu'il a paru pertinent de lui adjoindre un motif de légalité interne.

Cependant, la motivation du juge administratif est si elliptique à cet égard qu'il est loisible de se demander si l'arrêt n'est pas entaché d'une erreur d'appréciation. Une lecture de la délibération attaquée indique ainsi qu'une forme de mise en balance a bien été effectuée par l'autorité administrative : « en troisième lieu, la société soutient, en substance, qu'un déréférencement mondial contreviendrait de manière disproportionnée à la liberté d'expression et d'information. D'une part, la formation restreinte rappelle que le déréférencement n'entraîne aucune suppression de contenu sur Internet, ni même de désindexation des pages des sites web concernées (ce qui consisterait en un retrait pur et simple des liens recherchés des résultats du moteur de recherche). Il consiste uniquement, à la demande d'une personne physique, à retirer de la liste des résultats d'une recherche effectuée à partir de ses seuls prénom et nom, des liens renvoyant vers des pages de sites web. Ces pages demeurent accessibles lorsque la recherche est opérée à partir d'autres termes. D'autre part, la décision de déréférencer n'est prise, comme le précise la Cour de justice, que si les conditions d'application des droits d'opposition (soumis à la preuve d'un intérêt légitime) ou de suppression (conditionné notamment à la démonstration du caractère obsolète, incomplet ou erroné de l'information litigieuse) sont réunies. Elle intervient ainsi à l'issue d'un contrôle de proportionnalité destiné à préserver le strict équilibre entre, d'une part, le respect des droits à la vie privée et à la protection des données personnelles des personnes et, d'autre part, l'intérêt du public à accéder à l'information, notamment en cas de rôle joué dans la vie publique par le demandeur » (CNIL, *délib., préc.*). Il est, naturellement, possible de critiquer un tel raisonnement. Sans doute le juge administratif attendait-il de la CNIL de plus amples développements, et il reste de toute manière douteux que la demande de substitution de motifs de la CNIL aurait, dans d'autres circonstances, été couronnée de succès. Mais en l'absence de tout élément permettant à cette dernière de mener à bien la mise en balance souhaitée de la manière qui conviendrait au Conseil d'État, il faut conclure que l'arrêt commenté ne résout rien sur ce point, voire sème la confusion.

La solution du Conseil d'État a pour conséquence de fortement atténuer, en attendant une éventuelle intervention législative, la portée du droit au déréférencement souhaitée par la CNIL. Ce déréférencement s'analyse dès lors, en pratique, comme un droit dont un individu peut se prévaloir à l'égard des résidents du continent européen, à condition que ceux-ci ne sachent pas utiliser un VPN ou croient que cela est interdit, et qu'ils ne se déplacent pas hors de l'Union européenne. Nul doute que ce fragile édifice sera soumis à rude épreuve dans les prochaines années et que la solution transitoire adoptée, consciemment, par le juge administratif ne résistera pas à l'évolution exponentielle des compétences technologiques des internautes.

Raphaël MAUREL,

maître de conférences en droit public, université de Bourgogne, membre du CREDIMI (EA 7532) et membre associé du CMH (EA 4232)

Mots-Clés : Droit au déréférencement - Obligations pesant sur l'exploitant d'un moteur de recherche - Obligation de déréférencement à l'échelle de l'UE

JurisClasseur : Communication, fasc. 690