



HAL
open science

L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) – Commentaire de l'article 3

Ludovic Pailler

► **To cite this version:**

Ludovic Pailler. L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) – Commentaire de l'article 3. *Journal du droit international (Clunet)*, 2018, *Doctrine* 9 (n° 3/2018), pp. 823-850. hal-01897796

HAL Id: hal-01897796

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01897796>

Submitted on 24 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) - Commentaire de l'article 3

Le règlement général sur la protection des données¹, plus couramment désigné sous l'acronyme RGPD, est applicable depuis le 25 mai 2018. Le délai de 24 mois entre l'adoption et l'entrée en application de ce texte devait, notamment, laisser le temps aux responsables de traitement soumis à la directive 95/46/CE² et aux responsables de traitement en cours à la date du 27 avril 2016 de se mettre en conformité avec le nouvel instrument³. Ce délai s'imposait encore pour permettre aux différents opérateurs concernés de prendre toute la mesure du contenu très riche de ce nouvel instrument tant attendu : 173 considérants et 99 articles ! Il n'est pas sûr, en revanche, qu'il leur ait permis de bien apprécier, comme aux personnes concernées par ces traitements, la portée spatiale de l'instrument telle qu'elle résulte de l'article 3 du RGPD⁴ :

« Champ d'application territorial

1. *Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union.*
2. *Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées:*
 - a) *à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou*
 - b) *au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.*
3. *Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public. »*

Alors que ce texte détermine le champ d'application territorial du RGPD, il n'est pas celui qui a suscité le plus grand intérêt de la doctrine⁵ malgré les changements qu'il emporte. Pourtant, son objet provoque d'emblée une certaine circonspection puisque les principaux défis du RGPD concernent les traitements de données à caractère personnel réalisés sur le réseau des réseaux qu'est Internet, un réseau global qui ignore largement les contraintes territoriales. Or, l'article 3 du RGPD commande la jouissance du degré élevé de protection contre les traitements de données à caractère personnel qu'assure le droit de l'Union. Il ne manquera pas d'avoir un rôle clé lorsque des personnes concernées par des traitements se prévaudront des droits que leur confère le RGPD contre des responsables de traitement ou des sous-traitants établis hors de l'Union.

¹ 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 (règlement général sur la protection des données), *JOUE*, 4 mai 2016, L 119, p. 1.

² 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, *JOUE*, 23 nov. 1995, L 281, p. 31.

³ Ce délai n'est pas sans complication. Il est de deux ans et court à compter du vingt-cinquième jour à compter de la publication de l'instrument au journal officiel, soit le 29 mai 2018. Or, la directive est abrogée à la date du 25 mai 2018.

⁴ Les journaux et magazines se sont fait l'écho de nombreux débats agitant les grands acteurs mondiaux du traitement de données à caractère personnel jouant de la soumission volontaire au RGPD comme d'un argument susceptible de redorer une image écornée par un scandale, ou se résignant à se soumettre au RGPD pour la totalité de leurs traitements parce que compartimenter les traitements aurait un coût plus élevé.

⁵ V., toutefois, F. JAULT-SESEKE et C. ZOLINSKY, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé », *D.* 2016, p.1874, P. CADIO et T. LIVENNAIS, « Photographie du champ territorial du règlement données personnelles : de nouveaux opérateurs concernés ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 347, J. EYNARD, « Une application systématique du RGPD ? », *JurisTourisme* 2018, n° 207, p. 19.

En effet, et c'est devenu un truisme, la société de surveillance n'est plus seulement incarnée par l'État⁶ mais également par le pouvoir économique⁷ et plus particulièrement par les sociétés du monde numérique qui est par essence transnational. Pour ces sociétés, les données à caractère personnel constituent un minerai brut dont elles extraient des informations sources de leurs revenus⁸ parce qu'elles leur permettent d'avoir une connaissance approfondie de la personnalité et des inclinations de la personne concernée. Le danger qu'elles représentent pour chacun est d'autant plus grand que le nombre de rapports de droit nés en ligne va croissant, qu'il s'agisse de commander un repas, d'acheter un bien ou un service, de consulter ou de diffuser un contenu, de converser avec des soi-disant amis⁹. Chacune de ces activités en ligne implique un traitement de données, dont celles qui sont livrées par la personne concernée ne forment que la partie émergée de la masse collectée. Or, les acteurs les plus importants du monde numérique, les *GAFAM*¹⁰, qui sont également les principales personnes privées responsables de traitement, sont majoritairement établis hors de l'Union, et plus précisément aux États-Unis. Dès lors, comment nier l'importance de la détermination du droit applicable aux traitements ainsi mis en œuvre lorsque les services du moteur de recherche le plus utilisé en France, *Google*, sont réputés être fournis par une société établie aux États-Unis¹¹ où le traitement des données à caractère personnel est l'objet d'une protection moindre¹². La question est d'autant plus importante que nombre de conditions générales soumises aux internautes comportent une clause de choix de loi qui parfois désigne le droit d'un État tiers¹³ et laisse accroire à la personne non avertie qui aura pris le temps de les lire que le traitement en cause échappe au droit de l'Union.

Cette observation révèle une première difficulté tenant à l'articulation entre la règle directe d'applicabilité de l'article 3 du RGPD et les règles indirectes d'applicabilité du droit international privé que sont les règles de conflit de lois. Une telle question était inéluctable¹⁴. En effet, le droit de la

⁶ La loi française « informatique et liberté » du 6 janvier 1978 a été adoptée après l'affaire « SAFARI », du nom d'un fichier que le ministère de l'intérieur souhaitait mettre en place afin d'interconnecter les fichiers administratifs et le répertoire des individus à l'aide du numéro INSEE et de créer une base de données centralisée de la population.

⁷ V. déjà, F. RIGAUX, « La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *RCDIP* 1980, p. 441, spéc. n° 2, P. ANCEL, « La protection des données personnelles. Aspects de droit privé », *RIDC* 1987, p. 609.

⁸ En 2017, le revenu que tirait *Facebook* d'un utilisateur européen était de 8,86\$, soit environ 7,26€ (N. TIKU, « Europe's new privacy law will change the web, and more », *Wired*, consulté le 23 avr. 2018, [<https://www.wired.com/story/europes-new-privacy-law-will-change-the-web-and-more/>]).

⁹ V., par ex., la croissance prévue d'un portail d'accès aux applications mobiles, « Pourquoi les dépenses sur l'App Store vont exploser d'ici 2022 », *La Tribune*, 2 juin 2018, p. 23.

¹⁰ *Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft*.

¹¹ Conditions d'utilisation de *Google*, version du 25 oct. 2017, [<https://policies.google.com/terms?hl=fr&gl=FR>].

¹² Cela ressort indirectement de l'arrêt de la Cour de justice par lequel elle a annulé la décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes (CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, C-362/14, Schrems, *Rec. num.*, D. 2016, p. 88, note C. CASTETS-RENARD, *ibid.*, p. 111, note B. HAFTEL, *Europe* 2015, comm. 468, obs. D. SIMON, *JCP G* 2015, 1258, note A. DEBET, *RLDI*, nov. 2015, p. 25, note E. DERIEUX, *ibid.*, p. 50, note Y. PADOVA, *RTDE* 2015, p. 786, obs. M. BENLOLO-CARABOT) ainsi que de la nécessité de substituer au *Safe Harbor* invalidé un *Privacy Shield* (décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis) également critiqué (v., notamment, Opinion 1/2016 on the EU-U.S. Privacy Shield draft adequacy decision, Article 29 data protection working party, WP 238, 13 avr. 2016 ; avis 4/2016 concernant le « Bouclier vie privée UE-États-Unis » (*Privacy Shield*), Projet de décision d'adéquation, Contrôleur européen de la protection des données, 30 mai 2016).

¹³ V., par ex., les conditions générales du service *Instagram* (11,8 millions d'utilisateurs actifs en France en 2017, [<https://blog.digimind.com/fr/tendances/instagram-30-chiffres-2017-a-connaître-en-france-et-dans-le-monde/>]), rubrique « Droit applicable et juridiction compétente » ou encore les conditions d'utilisation de *Snapchat* (8 millions d'utilisateur actifs en France en septembre 2016, [<https://www.blogdumoderateur.com/chiffres-snapchat/>]), rubrique « 19. Choix de la loi applicable ». Il est à noter que certains fournisseurs de service ont adapté leurs conditions d'utilisation au droit de l'Union. Tel est le cas de *Facebook* qui désormais informe de l'application de la loi de la résidence habituelle du societaute s'il est un consommateur, et fait le choix de la loi irlandaise pour les autres cas (conditions d'utilisation de *Facebook*, rubrique « Litiges »).

¹⁴ La doctrine l'a d'ailleurs envisagée très tôt (F. RIGAUX, *loc. cit.* ; voir, plus récemment et notamment B. HAFTEL, « Protection des données personnelles : autorité de contrôle compétente et loi applicable », *RCDIP* 2016, p. 377).

protection des données est dans cette zone grise entre le droit public et le droit privé dès lors que son contenu vaut tant pour les relations privées que pour les relations entre une personne privée et l'État ou ses organes pris comme responsables de traitement. Ainsi la Cour de justice a-t-elle été indirectement confrontée à cette difficulté sous l'empire de la directive 95/46/CE. Dans l'affaire *Verein für Konsumenteninformation* contre *Amazon*¹⁵, la Cour de justice était invitée, sur le fondement de l'article 4 de la directive 95/46/CE, à indiquer si le droit applicable à un traitement de données auquel donne lieu la conclusion de contrat avec des consommateurs par voie électronique est exclusivement celui de l'État membre dans lequel l'entreprise a son établissement qui procède au traitement ou bien si cette entreprise est tenue de respecter, en outre, les règles de protection des données des États membres vers lesquels elle dirige son activité économique. Alors qu'était en cause la licéité de clauses relatives au traitement de données¹⁶ d'un contrat international de consommation relevant de la matière civile et commerciale, dès lors soumis, en principe, au règlement « Rome I »¹⁷, la Cour de justice ne fait pas référence à ce dernier pour répondre à la dite question, à la différence de l'avocat général¹⁸. Toutefois, à rechercher une forme de cohérence entre le droit de la protection des données à caractère personnel et le droit international privé de l'Union, c'est à l'article 23 du règlement « Rome I » qu'il convient de se reporter. Celui-ci réserve l'application des seules « règles de conflit de lois » que le droit de l'Union aurait prévu dans des domaines particuliers. À défaut de règlement préalable d'un tel conflit entre les lois allemande, autrichienne et luxembourgeoise au moyen du règlement « Rome I » dans l'arrêt précité et à supposer que le droit de l'Union forme un système, la Cour de justice aurait tacitement qualifié l'article 4 de la directive 95/46/CE de règle de conflit de lois au sens du règlement « Rome I » pour faire prévaloir son application sur celles des règles uniformes de conflit de lois relatives aux obligations contractuelles. Cette qualification conflictuelle de l'article 4 de la directive 95/46/CE, que confirme son intitulé « droit national applicable », vaut également pour les rapports de droit privé extra-européens. Dans l'arrêt *Google Spain* et *Google Inc.*¹⁹, la Cour de justice a immédiatement recouru à ce texte pour déterminer le droit applicable à un traitement de données entrepris par la société *Google*, établie aux États-Unis, et concernant une personne physique, de nationalité espagnole et résidant en Espagne sans s'interroger sur les règles indirectes d'applicabilité.

L'article 3 du RGPD s'impose comme l'unique règle d'applicabilité du RGPD aux traitements de données à caractère personnel. Certes, l'intitulé de son article 3 ne lui confère plus pour objet de déterminer le droit national applicable. En effet, cet instrument uniformise le droit de la protection des données à caractère personnel dans les États membres de sorte que, dans l'hypothèse de traitements de données intra-européens²⁰, il n'existe plus de conflit de lois s'agissant des questions qu'il règle²¹.

¹⁵ CJUE, 28 juillet 2016, C-191/15, *Rec. num.*, D. 2016, p. 2315, note F. JAULT-SESEKE, *JDI* 2017, p. 1478, note L. D'AVOUT, *RCDIP* 2017, p. 112, note S. CORNELOUP, *RJC* 2017, p. 206, note A. RECLUS.

¹⁶ Pt. 32.

¹⁷ Ce « règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale » (art. 1.1). L'applicabilité matérielle du règlement n'est pas exclue pour la raison que les clauses en cause intéressent la protection des données à caractère personnel. Seule sont exclues les obligations contractuelles mettant en cause l'exercice de prérogatives de puissance publique. En outre, le règlement « Rome I » détermine notamment la validité d'une disposition d'un contrat (art. 10.1). Au cas d'espèce, cet instrument devait par ailleurs être appliqué aux fins de déterminer le droit interne en application duquel il convenait d'examiner le caractère abusif des autres clauses litigieuses (CJUE, *Verein für Konsumenteninformation* c. *Amazon*, *préc.*, pts. 49 et s.).

¹⁸ Concl. de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe, pt. 108.

¹⁹ CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, C-131/12, *Rec. num.*, CCE 2014, étude 13, note A. DEBET, *D.*, 2014, p. 1476, note V.-L. BENABOU et J. ROCHFELD, *ibid.*, p. 1481, note N. MARTIAL-BRAZ et J. ROCHFELD, *JCP G* 2014, 768, note L. MARINO, *RTDE* 2014, p. 283, édito J.-P. JACQUÉ.

²⁰ Sont ainsi désignés les traitements qui sont uniquement opérés par un responsable de traitement ou un sous-traitant établi dans l'Union européenne et concernant une personne se trouvant sur le territoire de l'Union, quel que soit le lieu où ce traitement est effectué, de sorte qu'ils n'ont de rattachement pertinent qu'avec les ordres juridiques des États membres.

²¹ Il ne met toutefois pas un terme à la diversité des lois des États membres en la matière dès lors qu'il leur réserve, à plusieurs occasions une marge de manœuvre (v., par ex., concernant certaines situations particulières de traitement, l'article 85, relatif au traitement et à la liberté d'expression et d'information, ainsi que l'article 88, relatif au traitement de données

Quant aux traitements véritablement internationaux, en ce qu'ils ont des rattachements avec un États tiers au moins, ils sont envisagés par l'article 3 du RGPD. Ce dernier tient compte de la localisation extra-européenne de l'établissement du responsable de traitement afin de « *garantir qu'une personne physique ne soit pas exclue de la protection à laquelle elle a droit en vertu du présent règlement* »²². La règle directe d'applicabilité issue de l'article 3 du RGPD est spéciale puisqu'elle ne vaut que pour les dispositions du RGPD. Elle devrait ainsi déroger aux règles indirectes d'applicabilité que sont les règles de conflit de lois générales, qu'elles relèvent du droit de l'Union²³ ou du droit international privé commun par application, pour ce dernier, du principe de primauté. Cette solution s'impose d'autant plus que la réalisation de l'objectif d'assurer « *un niveau cohérent et élevé de protection des personnes physiques* » suppose d'exclure le choix de la loi applicable tout comme l'instrumentalisation des critères de rattachement objectif des règles de conflit de lois propres à l'évincer. Ainsi l'article 3 RGPD détermine seul l'applicabilité du RGPD à la licéité des clauses relatives à un traitement, à la licéité du consentement donné par la personne concernée au traitement de ses données, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un mineur, ou encore à l'exercice des droits que confère le règlement aux personnes concernées.

L'article 3 du RGPD reprend ainsi le flambeau de l'article 4 de la directive 95/46/CE. Toutefois, bien que le premier conserve une partie de la lettre du second, l'esprit de la règle d'applicabilité est changé. En effet, l'article 4 de la directive 95/46/CE visait à soumettre au droit communautaire de la protection des données « *tout traitement de données à caractère personnel effectué dans la Communauté* »²⁴. Autrement dit, l'applicabilité était fondée, à l'origine du moins, sur la localisation de l'activité de traitement dans un État membre laquelle ressortait soit de la localisation dans un État membre d'un établissement du responsable dans le cadre des activités duquel il effectuait ce traitement²⁵ soit, à défaut, de la localisation dans un État membre de moyens, automatisés ou non, utilisés par le responsable pour effectuer ce traitement²⁶. La localisation de l'activité de traitement est un critère de rattachement qui fut rapidement dépassé par l'évolution des technologies et des pratiques. En effet, l'activité de traitement peut être dissociée en ce sens que les différentes opérations qui sont susceptibles de la constituer (collecte, enregistrement, organisation, structuration, conservation, etc.)²⁷ pourraient se dérouler dans différents États, voire n'être pas ou difficilement localisables lorsqu'il est recouru au *Cloud*²⁸. Quant aux pratiques, le possible contournement de la lettre de l'article 4 de la directive 95/46/CE est illustré par les circonstances de l'affaire *Google Spain et Google Inc.* précitée dans laquelle le traitement en cause était réputé être effectué aux États-Unis alors que l'établissement espagnol de la société en cause n'avait qu'une activité publicitaire.

Aussi l'objectif de localisation de l'activité de traitement a-t-il été abandonné par le RGPD sans que ne lui soit explicitement substitué un autre critère. L'article 3 du RGPD est divisé en trois paragraphes. Le premier détermine l'applicabilité du règlement à raison de la localisation de l'établissement du

dans le cadre des relations de travail). Le RGPD ne prévoit pas de quelle façon il conviendra de régler les conflits de lois *ad intra*, laissant le soin aux droits nationaux de résoudre cette question. L'article 10 de la loi n° 2018-493 relative à la protection des données prévoit que les dispositions adoptées dans ce texte qui adaptent et complètent les droits et obligations prévus par le règlement « *s'appliquent dès lors que la personne concernée réside en France, y compris lorsque le responsable de traitement n'est pas établi en France* ». S'agissant des traitements réalisés à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire (visés par l'article 85.2 du RGPD), les dispositions d'adaptation et de complétion ne s'appliqueront qu'aux responsables de traitement établis en France.

²² Cons. 23.

²³ Cf. art. 23 du règlement « Rome I ».

²⁴ Cons. 18 de la directive 95/46/CE.

²⁵ Art. 4.1, *litt.* a et b.

²⁶ Art. 4.1, *litt.* c.

²⁷ Cf. art. 4, 2), RGPD.

²⁸ Le *Cloud*, ou nuage, désigne l'« *ensemble des matériels et des logiciels accessibles par l'internet, qu'un prestataire met à la disposition de ses clients sous la forme de services en ligne* » (*JO*, 24 avr. 2016, p. 7545).

responsable de traitement ou du sous-traitant, le second à raison de la localisation des personnes concernées par le traitement sur le territoire de l'Union. Le troisième étend l'application du règlement aux établissements déjà visés qui sont situés hors de l'Union mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public. Les trois paragraphes fondent ainsi l'applicabilité spatiale du RGPD sur deux critères de localisation géographique définis par rapport au territoire de l'Union mais d'inspirations en apparence distinctes, le lieu d'établissement du responsable de traitement ou du sous-traitant – en somme des opérateurs du traitement – et la localisation des personnes concernées par le traitement. Le second ne s'applique que si le « *responsable de traitement ou un sous-traitant [...] n'est pas établi dans l'Union* »²⁹. Malgré cette rédaction maladroite³⁰, le second critère de localisation est subsidiaire par rapport au premier. Le champ d'application du RGPD s'en trouve considérablement étendu par rapport à celui de la directive. Le critère de la localisation d'un établissement du responsable de traitement ou du sous-traitant sur le territoire de l'Union y contribue moins que celui tenant à la localisation subsidiaire de la personne concernée par le traitement sur le territoire de l'Union puisqu'il soumet au nouvel instrument de nombreux opérateurs de traitement établis hors de l'Union.

Pour autant, tout deux procèdent, à l'analyse, d'une revalorisation du paradigme qui était déjà celui de la directive 95/46/CE, à savoir garantir un degré de protection élevé des personnes physiques contre les traitements de données. Au critère sous-jacent d'applicabilité qu'est la localisation de l'activité de traitement a été substitué celui de la localisation du public visé par le traitement ou une activité liée à ce dernier, commun au paquet européen « protection des données »³¹. Le critère permet ainsi d'appliquer le RGPD aux personnes concernées chez qui l'activité de l'opérateur a suscité une attente légitime de protection³². Cela ressort moins directement de la lettre du critère principal tenant à la localisation de l'établissement de l'opérateur de traitement sur le territoire de l'Union que de celle du critère subsidiaire de localisation de la personne concernée par le traitement sur le territoire de l'Union. Néanmoins, c'est l'interprétation par la Cour de justice du premier sous l'empire de la directive 95/46/CE qui a préfiguré le second. En conséquence, dans le RGPD, le critère principal de l'établissement de l'opérateur de traitement (I) et le critère subsidiaire de la personne concernée (II) participent effectivement d'un même esprit de protection des personnes visées par l'activité de traitement ou l'activité liée à ce dernier.

²⁹ Art. 3.2.

³⁰ Cf. II.A.

³¹ La proposition de règlement concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques (COM(2017) 10 final) est appelée à se substituer à la directive « vie privée et communication électronique ». Elle est qualifiée de *lex specialis* (*ibid.*, pt. 1.2) par rapport au RGPD. Son article 3 détermine son champ d'application territorial. Aux termes de ce texte, éclairé par le considérant 9, la directive proposée devrait s'appliquer à la fourniture et à l'utilisation des services de communications électroniques par des utilisateurs finaux dans l'Union ainsi qu'à la protection des informations liées aux équipements terminaux des utilisateurs finaux situés dans l'Union.

³² Comp., sur la méthode de la focalisation proposée pour adapter les règles de conflits de lois et de juridictions aux spécificités d'Internet, O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Bibl. de droit privé t. 365, LGDJ, 2002, Préf. Ph. Fouchard, n° 107 et s.).

I – Le critère principal de l'établissement de l'opérateur de traitement

L'article 4.1, *litt.* a et b, de la directive 95/46/CE et l'article 3, points 1 et 3, du RGPD sont largement identiques, sous quelques réserves. Le RGPD reprend les termes de l'article 4.1, *litt.* b, de la directive lorsqu'il étend son applicabilité aux traitements de données par un responsable de traitement « *qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public* ». Pour le reste, l'article 3.1 du RGPD n'envisage pas la situation d'un responsable établi dans plusieurs États membres puisqu'il procède à une uniformisation du droit de la protection des données dans chacun. En revanche, l'établissement en cause n'est plus seulement celui du responsable de traitement mais également celui du sous-traitant. Même si ce second ajout est important, le troisième l'est plus encore. L'indifférente localisation du traitement qu'il traduit tend à déjouer les stratégies de contournement des obligations du RGPD par la technique informatique ou juridique³³. Ainsi l'établissement de l'opérateur sur le territoire de l'Union (A) et l'indifférente localisation du traitement (B) manifestent, à des degrés différents, que l'applicabilité du RGPD tient à la direction de l'activité de traitement vers le territoire de l'Union, vers le public européen.

A – L'établissement de l'opérateur sur le territoire de l'Union

La notion d'établissement est un critère de rattachement courant en droit international privé comme en droit de l'Union. La directive 95/46/CE le qualifiait d'opportun³⁴, ce qui tient certainement à la possibilité pour les autorités de l'État sur lequel la personne est établie, juges³⁵ comme autorité de contrôle³⁶ d'user, le cas échéant, de moyens coercitifs.

La notion d'établissement n'est pas définie par le RGPD, comme c'était déjà le cas dans la directive 95/46/CE. Toutefois, son évolution sous la plume de la Cour de justice, que reprend tacitement à son compte le RGPD, en a fait l'indice d'une volonté du responsable de traitement de diriger son activité de traitement ou l'activité liée à ce dernier vers le territoire de l'Union.

Le règlement précise que la notion d'établissement doit être entendue de façon large, comme elle l'était sous l'empire de la directive 95/46/CE. Elle reçoit ainsi une « *signification autonome* »³⁷ qui permet de saisir les diverses formes de l'implantation d'une personne qui effectue un traitement sur le territoire de l'Union. Sur ce point, les motifs du RGPD reproduisent ceux de la directive 95/46/CE donnant à la notion d'établissement une continuité de l'un à l'autre qui permet de transposer au premier texte les interprétations du second. L'établissement « *suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable* », quelle que soit la forme juridique de ce dispositif, « *qu'il s'agisse d'une simple succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique* »³⁸. La formule est délibérément souple qui rejette le formalisme et insiste sur l'effectivité et la permanence. Dans son arrêt *Weltimmo*³⁹, la Cour de justice en a déduit, s'agissant de la directive 95/46/CE, que la notion

³³ À titre de comparaison, afin de contourner les stratégies de *Microsoft* visant à échapper à une injonction américaine de divulgation de courriels enregistrés sur des serveurs situés en Irlande, le Congrès américain a adopté le *CLOUD Act (Clarifying Lawf Overseas Use of Data Act*, 6 févr. 2018) qui permet aux autorités américaines d'ordonner aux opérateurs établis sur leur territoire de divulguer des informations enregistrées à l'étranger dès lors que sont concernées des citoyens américains ou des personnes légalement admises à résider de façon permanente sur le territoire américain.

³⁴ Cons. 18.

³⁵ Art. 79.2 RGPD.

³⁶ Sur la correspondance entre droit applicable et compétence de l'autorité de contrôle, v. notamment, CJUE, Gde ch., 5 juin 2018, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, *Rec. num.*, pt. 52.

³⁷ Concl. de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe sous CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, *préc.*, pt. 114.

³⁸ Cons. 22 du règlement ; cons. 19 de la directive.

³⁹ CJUE, 1^{er} oct. 2015, C-230/14, *Weltimmo*, *Rec. num.*, pt. 31, *CCE* 2015, comm. 101, obs. A. DEBET, *D.* 2016, p.1045, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 47, obs. N. METALLINOS, *RCDIP* 2016, p. 377, note B. HAFTEL, *RUE* 2016, p. 597, note R. PERRYAY.

d'établissement ne saurait être restreinte par une exigence d'enregistrement de l'installation de la personne qui effectue le traitement dans un État membre donné. En conséquence, l'existence d'un établissement doit se faire à l'aune « *du degré de stabilité de l'installation [ainsi] que [de] la réalité de l'exercice des activités [de la personne dans l'État membre considéré] en tenant compte de la nature spécifique des activités économiques et des prestations de services en question* », notamment s'agissant d'offre de services exclusivement sur Internet⁴⁰. À cela s'ajoute l'objectif de protection de la vie privée qui requiert d'évincer toute manœuvre propre à exclure l'application du règlement. En conséquence, la Cour retient de la notion d'établissement qu'elle « *s'étend à toute activité réelle et effective, même minime, exercée au moyen d'une installation stable* »⁴¹. Aussi admet-elle qu'un responsable de traitement enregistré dans un premier État membre puisse être considéré comme étant établi dans un second État membre vers lequel il dirige son activité économique impliquant un traitement de données et dans lequel il dispose d'une personne qui le représente tant à l'égard de sa clientèle que des autorités administratives et judiciaires, d'un compte bancaire ainsi que d'une boîte aux lettres. La fragilité des arguments relatifs à une installation stable dans l'acception de la notion d'établissement donne un poids déterminant au critère de la direction de l'activité en lien avec le traitement⁴², ce dont la Cour de justice a explicitement pris acte par une interprétation de l'article 4.1, *litt. a*, de la directive 95/46/CE postérieure à l'adoption du RGPD⁴³.

Il faut encore noter que l'applicabilité du RGPD ne dépend pas de la localisation sur le territoire de l'Union de l'établissement principal du responsable ou du sous-traitant. Un simple établissement y suffit sans quoi la protection que fournit le règlement pourrait être trop facilement éludée. Il est seulement requis que le traitement en cause soit effectué dans le cadre des activités de l'établissement localisé dans l'Union⁴⁴. Ainsi *Google* a-t-il été soumis au droit espagnol transposant la directive 95/46/CE à raison de l'établissement en Espagne de l'une de ses filiales et alors que son principal établissement est situé aux États-Unis⁴⁵.

La notion d'établissement à laquelle recourt le RGPD a également évolué *ratione personae*. Dans la directive 95/46/CE, était visé le seul établissement du responsable de traitement. Cette dernière qualité recevait cependant une acception large afin de garantir une « *protection efficace et complète des personnes concernées* »⁴⁶. Cette qualification fut ainsi appliquée à un moteur de recherche⁴⁷ ainsi qu'à l'administrateur d'une page fan sur le réseau *Facebook*⁴⁸. Le règlement a étendu son applicabilité au traitement effectué dans le cadre des activités de l'établissement du sous-traitant du responsable de traitement. Il n'innove pas véritablement dans la mesure où le groupe « Article 29 »⁴⁹ avait déjà suggéré de le qualifier comme un moyen justifiant l'applicabilité du droit national concerné aux termes de l'article 4.1, *litt. c*⁵⁰. Le sous-traitant est défini à l'article 4, 8°, du RGPD comme « *la*

⁴⁰ *Ibid.*, pt. 29.

⁴¹ *Ibid.*, pt. 31.

⁴² A. DEBET, note sous l'arrêt *Weltimmo*, *loc. cit.*

⁴³ CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, *préc.*, pt. 81.

⁴⁴ V. *infra* sur le sens de cette expression.

⁴⁵ CJUE, Gde ch., *Google Spain et Google Inc.*, *préc.*, pts. 42 et s.

⁴⁶ CJUE, Gde ch., *Google Spain et Google Inc.*, *préc.*, pt. 34

⁴⁷ CJUE, Gde ch., *Google Spain et Google Inc.*, *préc.*, pts. 21 et s.

⁴⁸ CJUE, Gde ch., *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, *préc.*, pts. 25 et s.

⁴⁹ Il s'agit du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE. Composé de représentants des autorités de contrôle des États membres, il peut être consulté par les institutions de l'Union ou se saisir lui-même de questions relatives à la protection des données à caractère personnel.

⁵⁰ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Avis 8/10 sur le droit applicable », WP129, spéc. p. 23 ; v. également les motifs de la délibération n° 2011-023 du 20 janvier 2011 dispensant des traitements automatisés effectués sur le territoire français par des prestataires agissant pour le compte de responsables de traitement établis hors de l'Union européenne et concernant des données personnelles collectées hors de l'Union européenne (dispense n° 15).

personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ». Il est celui qui réalise effectivement le traitement de données ou l'une des opérations qui le composent lorsqu'il peut être distingué du responsable de traitement qui seul détermine les finalités et les moyens du traitement⁵¹, ce qui recouvre des réalités variées⁵². De la sorte, l'absence d'établissement dans l'Union du commanditaire du traitement ne fait pas échapper le traitement à l'application du RGPD dès lors qu'il y sous-traite une opération de collecte, de structuration ou encore de conservation des données aux fins et selon les moyens qu'il prévoit. Toutefois, l'application des dispositions protectrices du RGPD sera limitée au traitement effectué par le sous-traitant, de sorte qu'un dépeçage du traitement peut encore permettre de faire échapper certaines opérations à l'empire du RGPD, sous réserve des dispositions relatives au transfert de données hors de l'Union⁵³. Toujours est-il que l'extension aux sous-traitants se substitue partiellement à l'ancien critère tiré de la localisation des moyens de traitement, et participe tout autant d'une applicabilité déduite d'une activité de traitement dirigée vers le territoire de l'Union⁵⁴.

L'établissement considéré pour déclencher l'applicabilité du RGPD peut être ainsi perçu comme l'indice d'une volonté du responsable de traitement de diriger ce dernier vers le territoire de l'Union, tout particulièrement lorsqu'il ne s'agit pas de l'établissement principal du responsable de traitement ou du sous-traitant. L'indifférente localisation du traitement confirme très nettement cette lecture de l'article 3.1.

B – L'indifférente localisation du traitement

L'ajout le plus déterminant, réalisé à l'initiative du Parlement européen⁵⁵, résulte de la dernière proposition de l'article 3.1, qui tire explicitement les conséquences de l'évolution des modèles techniques et économiques des activités liées au traitement des données⁵⁶. Il procède également de la particulière difficulté qu'il peut y avoir à localiser un traitement, notamment lorsqu'il est réalisé au moyen d'un *Cloud*, sans compter que les opérations qui le composent peuvent être plurilocalisées⁵⁷. Ce faisant, le législateur de l'Union a entendu consacrer explicitement la jurisprudence de la Cour de justice qu'avait préfigurée le groupe de travail de l'article 29⁵⁸. Toutefois, il faut noter que cette avancée prétorienne reposait sur une expression du texte originel par ailleurs maintenue dans le

⁵¹ Pour une définition du responsable de traitement, art. 4, 7°, RGPD.

⁵² Le guide du sous-traitant de la CNIL mentionne ainsi, à titre d'exemple, les hébergeurs, les sociétés de sécurité informatique ou encore les agences de marketing dès lors qu'ils traitent des données à caractère personnel pour le compte de leur client (CNIL, *Guide du sous-traitant*, éd. Sept. 2017, p.2, disponible sur [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/rupd-guide_sous-traitant-cnil.pdf]). V. également, Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « Avis 1/2010 sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant » », WP 169, p. 26 et s.

⁵³ Art. 44 et s. RGPD.

⁵⁴ V., considérant que la localisation des moyens revenait à identifier le lieu vers lequel l'activité de traitement était dirigée, M. BOURGEOIS, *Droit de la donnée. Principes théoriques et approche pratique*, LexisNexis, 2017, spéc. p. 51.

⁵⁵ Rapport du 22 novembre 2013 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (règlement général sur la protection des données) (A7-0402/2013).

⁵⁶ La législation de certains États s'inscrit plutôt en réaction à cette évolution. Il en va ainsi de la législation russe qui impose de localiser sur le territoire de la Fédération les données concernant les internautes russes (sur ce point, v. A. DESFORGES, « Les stratégies européennes dans le cyberspace », in A. BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Larcier, 2016, p. 81, spéc. p. 88).

⁵⁷ Ainsi, dans l'affaire *Google Spain*, l'avocat général Niilo Jääskinen note dans ses conclusions que les « activités européennes [de Google] sont, dans une certaine mesure, coordonnées par sa filiale irlandaise[que cette société] dispose actuellement de centres de données à tout le moins en Belgique et en Finlande [et que] les informations relatives à la situation géographique exacte des fonctions relatives à son moteur de recherche ne sont pas rendues publiques » (pt. 62).

⁵⁸ « Avis 8/2010 sur le droit applicable », 16 déc. 2010, WP 179, p. 9-10.

RGPD, de sorte que la lecture de l'article 3.1 n'en est pas simplifiée, sauf à y voir une traduction du critère sous-jacent de l'activité dirigée vers le public de l'Union.

La proposition terminale est la transposition dans le droit écrit de l'interprétation large que la Cour de justice a retenu de l'expression « *dans le cadre des activités* » de l'établissement situé sur le territoire d'un État membre dans son arrêt *Google Spain et Google Inc.*⁵⁹. Dans cette affaire, le litige s'était élevé devant les juridictions espagnoles après que l'autorité locale de protection des données eut donné une suite favorable à la demande formulée contre les deux sociétés *Google* sur le fondement du droit espagnol transposant la directive 95/46/CE et visant à la suppression ou à l'occultation de certains résultats de recherches obtenus à partir du nom de la personne concernée. Or, la société *Google Spain* est établie en Espagne mais cette filiale de *Google Inc.* n'a pour seule activité que la promotion et la vente d'espaces publicitaires sur le moteur de recherche. Le traitement de données à caractère personnel en lien avec l'activité consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet, à les indexer, à les stocker et à les mettre à la disposition des internautes relève de la société *Google Inc.* établie aux États-Unis d'Amérique. Dans ces circonstances, devait immanquablement se poser la question de l'applicabilité du droit espagnol transposant la directive 95/46/CE, question dont fut saisie la Cour de justice à titre préjudiciel. C'est alors que l'objectif d'assurer une « *protection efficace et complète des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques, notamment du droit à la vie privée* » ainsi que la volonté affirmée de ne pas exclure de cette protection la personne concernée en recourant à une définition large du champ d'application territorial de la directive⁶⁰ ont été mobilisés par la Cour de justice pour justifier l'interprétation extensive de l'expression « *dans le cadre des activités* ». Celle-ci ne requiert pas que le traitement ait été effectué par l'établissement concerné. En conséquence, elle relève à dessein que « *les activités de l'exploitant du moteur de recherche et celles de son établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le moteur de recherche en cause économiquement rentable et que ce moteur est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités* »⁶¹. La Cour de justice conclut à l'applicabilité de la directive 95/46/CE au traitement de données réalisé au sein d'un établissement situé dans un État tiers lorsque celui-ci est indissociablement lié à l'activité autre d'un établissement du responsable situé dans un État membre⁶².

S'il est heureux que la Cour de justice ait ainsi déjoué les stratégies de contournement de la directive 95/46/CE mises en œuvre par les acteurs du numérique afin de priver les internautes de la protection européenne ou de la protection fournie dans un État membre, il est regrettable que sa consécration soit intervenue de façon aussi maladroite. La proposition finale de l'article 3.1 en trouble plus la lecture qu'elle ne l'éclaircit car elle n'intègre pas dans le RGPD la totalité de l'interprétation des termes « *dans le cadre des activités* ». Plus précisément, la nature du lien requis entre l'activité de traitement réalisée hors de l'Union et celle de l'établissement situé dans l'Union n'est pas explicitée. Pour autant, la transposabilité de la jurisprudence *Google Spain* au RGPD n'est pas douteuse eu égard au maintien et au renforcement de l'objectif qui était celui de la directive 95/46/CE. Elle ne vaut que pour l'article 3.1, et à ce titre tant pour le responsable de traitement que pour le sous-traitant, à l'exclusion de l'article 3.3⁶³. Ce dernier comprend d'ailleurs un vecteur d'applicabilité potentiellement plus large. En effet, bien qu'il ne vise pas le sous-traitant, il permet d'appliquer le RGPD dès lors que le responsable

⁵⁹ CJUE, Gde ch., *préc.*

⁶⁰ Pts. 53 et 54.

⁶¹ Pts. 55 et 56.

⁶² V., pour une application ultérieure, CJUE, Gde ch., *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, préc.*, pt. 60.

⁶³ En effet, l'article 3.3 ne fait pas référence au traitement effectué dans le cadre des activités d'un établissement mais au « *traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement* ».

de traitement a un établissement en un lieu où, en vertu du droit international public, s'applique le droit d'un État membre, ce qui vise une ambassade, un aéronef ou un navire, sans qu'il soit expressément requis que le traitement soit effectué dans cet établissement.

Il est encore regrettable qu'en consacrant la jurisprudence *Google Spain* et *Google Inc.*, le RGPD n'ait pas limité la portée de l'article 3.1 quant aux personnes susceptibles d'user des prérogatives qu'il confère. Au contraire, il est clairement affirmé dans les motifs du texte que « [l]a protection conférée par le présent règlement devrait s'appliquer aux personnes physiques, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence, en ce qui concerne le traitement de leurs données à caractère personnel »⁶⁴. En d'autres termes, comme cela pouvait déjà se déduire de l'arrêt précité, toute personne, quelle que soit sa nationalité ou son lieu de résidence, pourra se prévaloir des droits que confère le RGPD lorsque les conditions de l'article 3.1 sont remplies⁶⁵. *A priori*, rien n'empêcherait un citoyen béninois, indonésien ou encore et surtout chinois⁶⁶, qui n'aurait jamais mis un pied sur le territoire de l'Union, d'invoquer le RGPD contre un responsable de traitement n'ayant dans l'Union qu'un établissement dont l'activité est indissociablement liée au traitement réalisé aux États-Unis ou dans un autre pays tiers⁶⁷.

Pourvu qu'ils en aient les moyens, le RGPD facilite l'action des personnes concernées sans lien avec l'Union. En effet, elles pourront s'adresser à l'autorité de contrôle de l'État membre sur le territoire duquel est établi le responsable de traitement ou le sous-traitant pour qu'elle assure le respect du RGPD⁶⁸. L'existence de procédures en ligne faciliterait leur saisine⁶⁹. En outre, le RGPD ouvre la compétence du juge de l'État membre dans lequel est établi le responsable de traitement ou le sous-traitant⁷⁰. La décision pourrait alors être exécutée efficacement dans le même ordre juridique puisque la notion d'établissement suppose que le responsable de traitement ou le sous-traitant y dispose de moyens matériels susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée, et ainsi contraindre indirectement au respect du RGPD.

Les responsables de traitement et sous-traitants doivent-ils s'attendre à ce que le RGPD soit ainsi invoqué par des personnes concernées par un traitement lié à une activité sans lien aucun avec l'Union européenne ?

Que le RGPD bénéficie à des personnes concernées par le traitement mais sans lien avec l'Union suppose que le traitement de données soit lui-même techniquement unique quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes concernées. En conséquence, dans la configuration envisagée, les responsables de traitement et sous-traitant pourraient échapper à l'application du RGPD

⁶⁴ Cons. 14.

⁶⁵ Comp., C. KUNER, « The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and internet Search Engines », *LSE Law, Society and Economy Working Papers 3/2015*, [<http://ssrn.com/abstract=2496060>], p. 11.

⁶⁶ Le citoyen chinois paraît être celui qui aurait le plus intérêt à se prévaloir du RGPD pour obtenir la suppression de contenus en ligne qui pourraient porter préjudice à son évaluation sociale laquelle conditionne, notamment, la possibilité d'acquiescer des billets de trains ou d'avions (« En chine, le système de notation des citoyens pourrait les priver de train ou d'avion », Numerama.fr, [<https://www.numerama.com/politique/336744-en-chine-le-systeme-de-notation-des-citoyens-pourrait-les-priver-de-train-ou-davion.html>]).

⁶⁷ V., sur la potentialité d'une telle interprétation, C. KUNER, *loc. cit.*, p. 11-12.

⁶⁸ L'article 55 du RGPD, déterminant la compétence des autorités de contrôle reprend en substance la règle de compétence de l'article 27.1 de la directive 95/46/CE. Or, sous l'empire de ce dernier texte, la Cour de justice a clairement établi que l'applicabilité du droit d'un État membre impliquait la compétence de l'autorité de contrôle de cet État quand bien même le traitement est effectué dans un autre État membre (CJUE, Gde ch., *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, *préc.*, pts. 61 à 63 ; v. déjà, pour un ex., délibération de la formation restreinte de la CNIL n° 2016-054 du 10 mars 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X). Rien dans le RGPD n'exclut que la solution prétorienne précitée lui soit transposable, sous réserve des règles relatives aux traitements transfrontaliers qui organisent la coopération des autorités nationales de contrôle en désignant une autorité chef de file (art. 56 et 60 et s. RGPD).

⁶⁹ V., par ex., le système de plaintes en ligne de la CNIL, [<https://www.cnil.fr/fr/plaintes>].

⁷⁰ Art. 79.2 RGPD.

en dissociant les traitements en lien avec l'activité dudit établissement de ceux qui sont sans lien avec celle-ci parce qu'ils concernent des personnes n'ayant aucun lien avec l'Union. Dans l'hypothèse de l'affaire *Google Spain*, un citoyen russe ne pourrait ainsi se prévaloir du RGPD si la société parvenait à démontrer que le traitement le concernant est distinct de celui indissociablement lié à l'activité de l'établissement espagnol de la firme américaine. C'était la stratégie que pourrait utiliser *Facebook* qui possède un établissement en Irlande. Cette filiale n'est censée déterminer les finalités et les moyens du seul traitement de données concernant les seules personnes qui contractent avec elles depuis le territoire de l'Union. Ceux qui souscrivent à ces services depuis une autre partie du monde sont réputés être liés au siège californien et dès lors ne pas pouvoir se prévaloir du RGPD, sauf à ce que *Facebook* leur applique de sa propre initiative⁷¹.

Toutefois, il n'est pas certain qu'il soit nécessaire à l'opérateur de rompre l'unité technique du traitement pour échapper à l'invocation du RGPD par une personne sans lien avec l'Union. En effet, l'activité de l'établissement indissociablement liée à l'activité de traitement, ne devrait-elle pas cadrer le champ d'application du RGPD et traduire ainsi l'exigence d'un lien suffisant avec l'Union ? En d'autres termes, étant requis que le traitement soit exercé dans le cadre des activités de l'établissement espagnol, l'applicabilité du règlement devrait être à la mesure de ces activités, autrement dit limitée au public qu'elles visent⁷². Même si l'Union a l'ambition que le RGPD soit un modèle de protection des personnes physiques contre les traitements de données qui encourage d'autres législateurs à l'imiter⁷³, rien n'indique qu'elle entende donner aux dispositions du RGPD un champ d'application exorbitant. Dans l'affaire *Google Spain*, la Cour de justice a tenu compte du fait que le traitement en cause était « effectué dans le cadre de l'activité publicitaire et commerciale de l'établissement du responsable de traitement sur le territoire d'un État membre »⁷⁴ et que cette activité visait les « habitants de cet État membre »⁷⁵, ce que le groupe de travail de l'article 29 n'a pas manqué de souligner⁷⁶. Cet indice a permis de déterminer l'applicabilité de la directive 95/46/CE tant à l'égard d'un responsable de traitement dont l'activité de traitement était localisée dans un établissement situé dans un État tiers (affaire *Google Spain*) qu'à l'égard d'un responsable de traitement dont l'activité de traitement était localisé dans un établissement situé dans un État membre autre que celui dont le public était visé⁷⁷. La Cour de justice admettait ainsi qu'un même traitement, d'un point de vue technique, puisse être

⁷¹ Le créateur du réseau social, Mark Zuckerberg, a annoncé que les mesures de mise en conformité avec le RGPD seraient étendues à l'ensemble des utilisateurs (« Facebook va appliquer le règlement européen sur la protection des données au monde entier », France info, 24 mai 2018, [https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/facebook/facebook-va-appliquer-le-reglement-europeen-sur-la-protection-des-donnees-au-monde-entier_2767923.html]).

⁷² V. en ce sens, « Avis 8/10 sur le droit applicable », *préc.*, p. 15-16 ; comp., restreignant l'exercice du droit au déréférencement aux situations présentant un lien avec l'Union, c'est-à-dire celles dans lesquelles les personnes concernées ont la nationalité ou résident dans un État membre, (« Guidelines on the implementation of the Court of justice of the European Union judgment on « Google Spain and Inc v. Agencia Española de protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González » C-131/12 », *loc. cit.*).

⁷³ Cela ressort très nettement des propos de la Commission européenne selon laquelle : « *Le cadre juridique de l'UE en la matière a souvent servi de référence aux pays tiers pour réglementer la protection des données. Son incidence et ses effets, tant à l'intérieur qu'en dehors de l'Union, ont été de la plus haute importance. L'Union européenne doit donc continuer de jouer un rôle moteur dans l'élaboration et la promotion des normes juridiques et techniques internationales dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, sur la base des instruments pertinents de l'UE et des autres instruments européens relatifs à la protection des données* » (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », COM(2010) 609 final, p. 19).

⁷⁴ CJUE, Gde ch., *préc.*, pt. 57.

⁷⁵ *Ibid.*, pt. 60 et pt. 2 du dispositif ; comp. sur l'indifférente nationalité des personnes concernées, CJUE, Weltimmo, *préc.*, pt. 41.

⁷⁶ Update of Opinion on applicable law in light of the CJEU judgment in *Google Spain*, WP 179 update, 16 déc. 2015, p. 4.

⁷⁷ CJUE, Gde ch., *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, *préc.*, pt. 58 ; v. également en ce sens, concl. de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe sous CJUE, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, *préc.*, pt. 128. Cependant, la Cour de justice, dans cette dernière affaire, a renvoyé à l'appréciation du juge national la détermination du droit applicable sans préciser les indices dont il conviendra de tenir compte (*Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, *préc.*, pt. 79).

soumis aux lois de plusieurs États membres⁷⁸ dans lesquels le responsable pourrait être établi⁷⁹ entre lesquels il convenait de distinguer en fonction du critère de l'activité dirigée. Autrement dit, la Cour de justice entend bien distinguer juridiquement les traitements en fonction du public visé⁸⁰. Ainsi a-t-elle envisagé l'applicabilité du droit hongrois au traitement mis en œuvre par un responsable principalement établi en Slovaquie, où il avait son siège, mais dont l'activité économique liée au traitement en cause était exclusivement dirigée vers la Hongrie dès lors qu'était en cause l'exercice, par des personnes se trouvant en Hongrie, des droits conférés par la directive⁸¹. Non sans lien avec la volonté de protéger les personnes concernées, considérées comme faibles, la Cour de justice privilégie, dans l'appréhension de la relation que fait naître le traitement de données, l'application du droit de l'État dont le public a été visé à celle du droit d'un autre État dans lequel la société est principalement établie sans exclure pour autant l'application de ce dernier s'agissant des autres obligations qu'impose le droit de la protection des données.

L'interprétation proposée de l'expression « dans le cadre des activités », dont se rapproche la règle d'applicabilité française des dispositions complétant le RGPD⁸², aurait l'avantage de permettre de dissocier juridiquement un traitement technique unique en n'astreignant pas un responsable de traitement aux dispositions protectrices du RGPD s'agissant des personnes qui n'ont aucun lien avec l'Union. Ces dernières n'ont pas vocation à protéger toutes les personnes concernées par un traitement, où qu'elles se trouvent et nonobstant l'absence de tout lien avec l'Union. En revanche, le RGPD, lorsqu'il est applicable, devrait s'appliquer pleinement aux personnes concernées par un traitement sans quoi la protection qu'il octroie, et qui se veut la mise en œuvre du droit fondamental à la protection des données, ne saurait être complète et efficace, selon le leitmotiv de la Cour de justice⁸³, sur le réseau global Internet⁸⁴.

En dernier lieu, l'interprétation proposée de l'article 3 du RGPD, sur le fondement de la jurisprudence relative à l'article de la directive 95/46/CE, qui participe d'une applicabilité guidée par le critère du public visé, nous paraît indirectement confirmée par la subsidiarité du critère tiré de la localisation de

⁷⁸ Dans l'affaire *Verein für Konsumenteninformation*, elle recherche le droit applicable à un traitement dont le responsable, *Amazon*, était principalement établi au Luxembourg mais éventuellement établi en Allemagne, pays qui donnait son extension au nom de domaine du site de vente en ligne en cause, ainsi qu'en Autriche, pays vers lequel était notamment dirigée l'offre de biens et de services sur le site *Amazon.de*.

⁷⁹ V. déjà, « Avis 8/10 sur le droit applicable », *préc.*, p. 14 ; v. également, pour une application, Délibération de la formation restreinte de la CNIL SAN-2017-006 du 27 Avril 2017 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND.

⁸⁰ Cela ressort notamment de l'arrêt *Verein für Konsumenteninformation* précité dans lequel elle indique que « *si la juridiction de renvoi venait à établir que l'établissement dans le cadre duquel Amazon EU procède au traitement [des données en question dans le cadre des activités d'un établissement situé dans un État membre autre que le Luxembourg] est situé en Allemagne, il appartiendrait au droit allemand de régir ce [c'est nous qui soulignons] traitement* » (pts. 79 et 80 ; v. également, s'agissant de déterminer l'applicabilité du droit français dans des circonstances comparables, Délibération de la CNIL SAN-2017-006 du 27 Avril 2017, *préc.*).

⁸¹ CJUE, *Weltimmo*, *préc.*, pts. 19 et s.

⁸² L'article 10 de la loi relative à la protection des données fonde, en principe, leur applicabilité sur la résidence en France de la personne concernée.

⁸³ V., par ex., CJUE, *Weltimmo*, *préc.*, pt. 30 ; comp., admettant qu'il soit conférée une étendue mondiale à une injonction interlocutoire visant à déréférencer un site internet des listes de résultats d'un célèbre moteur de recherche lorsque cela est nécessaire afin d'empêcher un préjudice irréparable, Cour suprême du Canada, 28 juin 2017, *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34 ; *contra*, sur le refus de conférer une telle étendue à une injonction, District Court of South Australia *Duffy v Google INC & Anor* [2011] SADC 178, High Court of New Zealand *A v Google New Zealand Ltd* [2012] NZHC 2352.

⁸⁴ Le Conseil d'État a saisi la Cour de justice de question de l'étendue du droit au déréférencement. Il s'agit plus précisément de déterminer si l'effet de l'exercice de ce droit est limité aux extensions françaises du moteur de recherche ou s'il vaut pour toute ses extensions (CE, 19 juill. 2017, n° 399922, mentionné aux tables du recueil *Lebon* 2017, *CCE* 2017, comm. 85, obs. A. DEBET, *RFDA* 2017, p. 972, concl. A. BRETONNEAU). Dans cette affaire, la CNIL a pris clairement position en faveur d'un déréférencement universel en arguant notamment que « *seules [étaient] en cause les personnes ayant leur résidence en France, dont il convient de faire respecter les droits de manière efficace et complète* » (délibération de la formation restreinte de la CNIL n° 2016-054 du 10 mars 2016, *préc.*).

la personne. En effet, à défaut pour le critère de l'établissement d'avoir permis l'application du RGPD, il est prévu de la fonder sur le fait que l'activité du responsable de traitement ou du sous-traitant a visé un public se trouvant sur le territoire de l'Union. Le critère subsidiaire reflète plus fidèlement la véritable *ratio* de l'applicabilité du RGPD dont l'établissement ne serait qu'une forme indirecte mais opportune.

II – Le critère subsidiaire de la personne concernée

L'article 3.2 est inédit par sa lettre. C'est dire qu'il ne reprend pas le critère subsidiaire de l'article 4.1, *litt. c*, de la directive 95/46/CE tenant à la localisation des moyens d'effectuer le traitement sur le territoire d'un État membre. En revanche, il conserve l'idée qui en est à l'origine et selon laquelle le critère de l'établissement n'est pas suffisant pour assurer un degré de protection élevée des personnes physiques auxquels devrait s'appliquer le droit de l'Union contre les traitements de données. Il serait alors trop facile aux responsables de traitement et sous-traitants d'échapper aux contraintes du RGPD. Aussi le critère principal est-il complété par un critère subsidiaire centré sur les personnes qu'il s'agit de protéger et inspiré des travaux du groupe de travail de l'« article 29 »⁸⁵. Ce nouveau critère, qui participe d'une tendance observable dans d'autres législations⁸⁶, traduit nettement la volonté du législateur de l'Union de garantir le droit fondamental à la protection des données. En outre, le rattachement choisi a le mérite de sa souplesse qui le rend mieux à même d'appréhender et d'anticiper l'évolution des technologies et des modèles économiques à l'œuvre sur Internet lesquels marginalisent le besoin d'une installation stable dans l'État vers lequel l'activité de traitement ou liée au traitement est dirigée. Le responsable de traitement ou sous-traitant non établi dans l'Union mais visant une personne qui s'y trouve, par le marché intérieur est des plus attractifs, ne pourra pas échapper aussi facilement au RGPD qu'à l'imposition⁸⁷. La localisation de la personne concernée serait toutefois insuffisante pour justifier de soumettre au RGPD des responsables de traitement ou sous-traitants qui ne sont pas directement sous la contrainte d'un État membre de par la localisation de leur établissement hors de l'Union⁸⁸. Aussi le RGPD n'est-il applicable que si la personne concernée a été visée⁸⁹, ce qui suggère une action consciente du responsable de traitement ou du sous-traitant. Ce sont du moins les premières observations qui ressortent de l'exigence cumulative de la présence sur le territoire de l'Union (A) de la personne visée par l'activité du responsable de traitement ou du sous-traitant (B).

⁸⁵ « Avis 8/2010 sur le droit applicable », *préc.*, p. 36.

⁸⁶ CNUCED, *Data protection regulations and international data flows : Implications for trade and development*, 2016, p. 20.

⁸⁷ V., par ex., sur les stratégies mises en œuvre pour éluder l'impôt en Europe, A. BUZELAY, « À propos des pratiques d'optimisation fiscale en Europe », *RUE* 2015, p. 167.

⁸⁸ Les institutions de l'Union paraissent être conscientes des difficultés juridiques que peut entraîner le fait de soumettre à une loi locale des personnes établies en dehors du territoire concerné. En effet, au considérant 115, il est écrit que « l'application extraterritoriale [des lois, des règlements et autres actes juridiques qui visent à réglementer directement les activités de traitement effectuées par des personnes physiques ou morales qui relèvent de la compétence des États membres] peut être contraire au droit international [public] et faire obstacle à la protection des personnes physiques garantie dans l'Union par le présent règlement ».

⁸⁹ Certaines législations nationales n'imposent le respect de leurs dispositions nationales aux responsables de traitement établis à l'étranger qu'en raison de la nationalité des personnes concernées (v., par ex., soumettant à certaines dispositions de la loi japonaise les responsables de traitement établis en dehors du Japon dès lors qu'ils collectent des informations relatives aux citoyens japonais, *Data protection regulations and international data flows : Implications for trade and development, op. cit.*, p. 19 ; v., également, sur l'applicabilité de la loi taïwanaise de protection des données aux responsables de traitement, quel que soit le lieu de leur établissement, dès lors qu'ils concernent des personnes de nationalité taïwanaise, D. COOPER et C. KUNER, « Data Protection Law and International Dispute Resolution », *Recueil des cours de l'académie de droit international*, 2017, t. 382, p. 9, spéc. n° 2.80).

A – La présence de la personne concernée sur le territoire de l'Union

L'article 3.2 *in limine* comporte un critère positif et un critère négatif. Le critère négatif marque la subsidiarité de ce texte. Il tient à l'absence d'établissement d'un responsable du traitement en cause ou du sous traitant sur le territoire de l'Union. Littéralement, ce critère négatif combiné avec l'interprétation retenue de l'article 3.1 aurait pour conséquence d'exclure du champ d'application du RGPD le traitement effectué hors l'Union par un responsable ayant un établissement dans l'Union, sans que ce dernier n'ait une activité indissociablement liée au traitement de données en cause et alors même que les autres conditions de l'article 3.2 seraient remplies. Une telle lecture stratégique du dispositif serait contraire aux objectifs de protection du droit fondamental à la protection des données qu'explicite le considérant 23. Selon ce dernier, l'article 3.2 a pour objectif « *de garantir qu'une personne physique ne soit pas exclue de la protection à laquelle elle a droit en vertu du présent règlement* ». Aussi convient-il de retenir du critère négatif de l'article 3.2 une lecture compréhensive. En ce sens, il doit être lu comme un complément à l'article 3.1. Aussi l'absence d'établissement que vise l'article 3.2 doit-elle s'entendre de l'absence d'un établissement dans l'Union d'un responsable ou d'un sous-traitant dans le cadre des activités duquel serait effectué le traitement de données en cause. L'article 3.2 s'applique alors dans les situations où l'article 3.1 ne permet pas de donner application au RGPD.

Le critère positif de l'article 3.2 *in limine* tient au fait que la personne concernée se *trouve* sur le territoire de l'Union, pour reprendre le verbe flou du RGPD⁹⁰. La proposition initiale prévoyait un élément de localisation mieux circonscrit et plus significatif puisqu'il s'agissait de la résidence de la personne concernée sur le territoire de l'Union, sans qu'il soit toutefois exigé qu'il s'agisse d'une résidence habituelle⁹¹. Le critère était alors inapproprié parce que combiné aux *litterae* a et b alors proposées, il aurait notamment permis l'application du RGPD à tout traitement en lien avec une pratique de suivi du comportement du résident européen où que ce comportement ait eu lieu⁹², autrement dit à des traitements de données sans lien suffisant avec l'Union. C'est à l'initiative du Parlement européen⁹³ que l'applicabilité du règlement a été subordonnée à la simple présence de la personne concernée par le traitement sur le territoire de l'Union par une formule corrigée par le Conseil qui a exclu du champ d'application du RGPD le suivi du comportement survenu hors l'Union⁹⁴.

L'exigence d'une simple présence de la personne concernée sur le territoire de l'Union est la marque d'une combinaison d'une intensité inédite entre une règle de détermination du droit applicable et un

⁹⁰ Comp., sur l'applicabilité de règles de protection contre les traitements de données à tout enfant de 13 ans sans autre précision tenant à sa nationalité, ou à sa localisation, §6501, 1, US Code, issu du *Children's Online Privacy Protection Act*, 1998.

⁹¹ Sur le recours au critère de la résidence s'agissant des dispositions françaises complétant le RGPD, art. 10 de la loi relative à la protection des données ; comp. recourant au critère de la nationalité et de la présence continue et non limitée dans le temps, *Australian Privacy Act 1988*, Section 5B, 2, a et b, disponible sur [<https://www.legislation.gov.au/details/c2014c00076>].

⁹² « *Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel appartenant à des personnes concernées ayant leur résidence sur le territoire l'Union, par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées:*

a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union;

ou b) à l'observation de leur comportement. » (art. 3.2 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil 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 (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final).

⁹³ Rapport précité.

⁹⁴ Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du RÈGLEMENT DU CONSEIL 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 (règlement général sur la protection des données) - Adoptée par le Conseil le 8 avril 2016 (5419/1/16).

droit fondamental. Au-delà de ce qui pouvait être l'objectif initial d'adaptation aux nouvelles réalités technologiques et pratiques, dont l'indifférence du lieu où est réalisé le traitement est une traduction, l'article 3.2 est marqué profondément par le caractère universel du droit à la protection des données. L'article 8 de la charte le confère à « toute personne »⁹⁵. Comme en écho, le considérant 14 du RGPD indique que « [l]a protection conférée par le présent règlement devrait s'appliquer aux personnes physiques, indépendamment de leur nationalité ou de leur résidence ». La simple présence, même temporaire, pourrait suffire. Exit donc l'élément de rattachement privilégié en droit international privé de l'Union, à savoir la résidence habituelle, qui a l'avantage de conférer une certaine stabilité au rapport de droit considéré. En revanche, le droit à la protection des données a eu une influence moindre pour la détermination du juge compétent. Ainsi la résidence habituelle constitue-t-elle l'un des deux critères de compétence internationale directe de sorte qu'il n'y aurait pas systématiquement de concordance entre le *for* et le *jus*. La personne concernée dépourvue de résidence habituelle dans l'Union pourra seulement s'adresser à l'autorité locale de protection des données, pourvue que celle-ci ne limite pas son contrôle au seul profit des personnes ayant la nationalité ou une résidence habituelle dans un État membre⁹⁶.

La faiblesse du rattachement spatial de l'article 3.2 est d'autant plus regrettable que le règlement ne traite toutes les difficultés temporelles de la localisation. Certes, la concomitance entre la présence sur le territoire de l'Union et l'activité de traitement liée à l'offre de biens ou de services ou bien au suivi du comportement de la personne concernée est requise par les articles 3.2, *litt.* a et b. Le texte ne règle toutefois pas la question du conflit mobile qui, par l'instabilité du rattachement exigé, ne devrait pas manquer de se poser. Lorsque la personne concernée ne se trouve plus sur le territoire de l'Union après que, d'une part, une offre de biens ou de services lui a été faite ou après que son comportement a été suivi sur ce dernier et que, d'autre part, ces actions ont donné lieu à un traitement, peut-elle encore se prévaloir des dispositions du RGPD ? L'objectif de protection d'un droit fondamental invite à répondre par la positive à cette dernière question car il ne saurait admettre qu'une personne perde la maîtrise sur ses données que lui a conféré le RGPD pour la seule raison qu'ensuite elle a franchi les frontières extérieures de l'Union. La personne concernée doit avoir un droit acquis à la protection des données dans la mesure où le RGPD a été applicable. Néanmoins, celui-ci ne devrait s'appliquer qu'aux données relatives au seul comportement suivi dans l'Union, et non à celles concernant le comportement ultérieur de la personne concernée survenu hors de l'Union que le Conseil a exclu du champ d'application du RGPD⁹⁷ même si elles participent d'un même traitement. Ainsi le touriste européen ne pourra-t-il pas invoquer le RGPD devant le juge de l'État membre de sa résidence habituelle⁹⁸ lorsqu'est en cause un traitement consécutif au suivi de son comportement hors de l'Union.

Ainsi appréhendé, le critère d'applicabilité de l'article 3.2 n'est pas sans rappeler l'article 1^{er} de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« CEDH ») lequel oblige les Hautes parties contractantes à reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » qu'elle définit. Cet article est sans équivalent dans la charte même si les traités contribuent à en établir le champ d'application territorial⁹⁹. La protection des

⁹⁵ La combinaison n'est pas totale dès lors que le RGPD ne protège contre les traitements de données que les personnes physiques tandis que l'article 8 de la charte ne distingue pas entre personnes physiques et personnes morales alors même qu'il a notamment été conçu sur le fondement de la directive 95/46/CE qui protège uniquement les premières.

⁹⁶ Le système de plainte en ligne de la CNIL requiert que la personne déclare qu'elle est de nationalité française ou a sa résidence principale en France. De la sorte, il semble que l'exercice de ses droits par la personne concernée soit subordonnée à l'un de ces deux critères.

⁹⁷ Cf. note 93.

⁹⁸ Art. 79.2 RGPD.

⁹⁹ Art. 52 TUE et 355 TFUE.

personnes physiques contre le traitement des données est ainsi garantie, dans une perspective de droit international public, pour tout le territoire de l'Union et à toute personne qui s'y trouve. Dans cette même idée, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté un protocole d'amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel¹⁰⁰. Il est ainsi envisagé de modifier l'article 3 de cette dernière relatif au champ d'application de sorte que « [c]haque partie s'engage à appliquer la présente Convention aux traitements de données relevant de sa juridiction¹⁰¹ dans les secteurs public et privé, garantissant ainsi à toute personne le droit à la protection de ses données à caractère personnel »¹⁰². L'objectif poursuivi à travers cet amendement est de permettre à la convention de « mieux résister à l'épreuve du temps et de permettre de s'adapter aux progrès technologiques constants »¹⁰³.

Le seul critère de la présence de la personne concernée sur le territoire de l'Union pourrait constituer une arme de régulation massive et unilatérale du réseau internet puisqu'elle mettrait les responsables de traitement et sous-traitant devant l'alternative de se priver du marché européen ou de se soumettre à son droit. Le règlement lui adjoint deux exigences alternatives qui en tempèrent les excès dans une mesure qui reste cependant incertaine.

B – L'activité visant la personne présente sur le territoire de l'Union

Sans les *litterae* a et b de l'article 3.2, le champ d'application spatial de l'article 3.2 serait excessivement vaste. Toutefois, il n'est pas certain que ces exigences supplémentaires, alternatives entre elles, restreignent significativement les termes de l'article 3.2 bien qu'elles exigent que le responsable ait dirigé son activité de traitement vers le territoire de l'Union. Cela est moins vrai pour la première que pour la seconde.

En effet, la *littera* a envisage l'application du RGPD au responsable de traitement qui n'est pas établi dans l'Union lorsque son activité de traitement est liée à l'offre de biens ou de services aux personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union¹⁰⁴, sans qu'il soit nécessaire qu'un paiement soit exigé d'elles. Cette dernière précision vise à embrasser l'ensemble des services de la société de l'information et plus particulièrement ceux qui, sous une apparence de gratuité, se rémunèrent par l'exploitation des données personnelles que leur livrent les utilisateurs. Quant à la notion d'offre de biens ou de services liée à l'activité de traitement, elle est précisée par le considérant 23 du RGPD. Elle ne correspond pas à la simple accessibilité d'un site internet sur lequel serait diffusée l'offre mais elle ressort de l'intention du responsable ou du sous-traitant d'offrir des biens ou des services à des personnes concernées dans un ou plusieurs États membres¹⁰⁵. Les termes de ce considérant sont inspirés des motifs par lesquels la Cour de justice a explicité la notion d'activité dirigée¹⁰⁶ par un professionnel vers un consommateur laquelle est un des critères subordonnant, pour les contrats internationaux,

¹⁰⁰ Convention STE n° 108 du 28 janvier 1981.

¹⁰¹ C'est nous qui soulignons.

¹⁰² Art. 4.1 du Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) adopté par Comité *ad hoc* sur la protection des données (CAHDATA) lors de la 128^{ème} session du Comité des Ministres, Elsenør, Danemark, 17-18 mai 2018, .

¹⁰³ Rapport explicatif sous le protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), pt. 25.

¹⁰⁴ Comp., sur le recours à l'offre de biens ou de services pour caractériser une activité dirigée et déterminer l'applicabilité de dispositions de protection contre les traitements de données, §6501, 1, A, US CODE, issu du *Children's Online Privacy Protection Act*, 1998.

¹⁰⁵ Le considérant 23 indique qu' « il y a lieu d'établir s'il est clair que le responsable du traitement ou le sous-traitant envisage d'offrir des services à des personnes concernées dans un ou plusieurs États membres de l'Union ».

¹⁰⁶ V., sur les indices susceptibles de caractériser une activité dirigée vers un Etat membre en application de l'article 15 du règlement « Bruxelles I », devenu l'article 17 du règlement « Bruxelles I » refondu, CJUE, 7 déc. 2010, C-585/08 et C-144/09, Pammer et Hotel Alpenhof, *Rec.* I-12527, pts. 76 et s., *D.* 2011, p. 5, obs. C. MANARA, *ibid.*, p. 990, note M.-E. PANCAZI, *RCDIP* 2011, p. 414 note O. CACHARD, *RTDE* 2011, p. 475, obs. E. GUINCHARD.

l'applicabilité des règles protectrices du consommateur en matière de compétence judiciaire et législative¹⁰⁷. En effet, la notion d'activité dirigée avait été forgée par le législateur de l'Union afin de tenir compte du développement du commerce électronique¹⁰⁸. Parmi les indices susceptible de déclencher l'applicabilité du RGPD pourront ainsi figurer l'emploi de la langue d'un État membre, l'usage de l'extension d'un nom de domaine d'un État membre, la proposition d'un paiement dans la monnaie d'un État membre, la présentation de témoignages de clients d'un État membre ou encore la mention d'un numéro de téléphone portant le préfixe international d'un État membre¹⁰⁹. Il conviendra de rapporter l'existence d'un faisceau d'indices pour établir l'intention du responsable ou du sous-traitant de façon substantielle¹¹⁰. Cela requiert que ces différents éléments se concentrent vers des personnes situées dans un même État membre, ou que des séries d'indices démontrent respectivement un ciblage substantiel de plusieurs États membres. À cet égard, il paraît difficile d'admettre que le RGPD puisse être invoqué par une personne de passage dans le ou les États membres visés et dans lesquels elle aurait pu consulter une offre ; les indices relevés tendent à circonscrire l'applicabilité sur le fondement de l'article 3.2, *litt.* a, aux seules personnes auxquels le sollicitant pouvait légitimement s'attendre qu'elles parviennent, c'est-à-dire aux résidents. En revanche, il n'est pas requis que l'offre ait été acceptée, ni d'ailleurs qu'elle ait été effectivement reçue. La seule sollicitation donnera lieu à application du RGPD dès lors qu'elle est liée à un traitement antérieur, concomitant ou postérieur de données se rapportant aux destinataires qui se trouvent sur le territoire de l'Union. En revanche, il n'est pas exclu que le critère de l'article 3.2, *litt.* a, soit pris en défaut lorsque l'offre de biens ou de services est destinée à une audience générale, sans que le territoire de l'Union ou de certains de ses États membres ne soit particulièrement visé. Que l'on songe à des sites dépourvus de noms de domaine nationaux (« .com », « .org »), accessibles dans la langue officielle de divers États du monde comme l'anglais ou le français et n'acceptant de paiement qu'en cybermonnaie comme le *bitcoin*.

La *littera* b pourra éventuellement pallier ce défaut. Elle envisage une hypothèse d'applicabilité beaucoup plus large, qui permet d'attirer dans le champ d'application du RGPD celles des situations d'offres de biens et de services qui ne relèveraient pas de la *littera* a ainsi que les traitements mis en œuvre depuis un État tiers dans l'espoir d'échapper au droit de l'Union par l'absence d'établissement dans un État membre¹¹¹. En effet, elle prévoit l'application du RGPD à un responsable ou à un sous-traitant qui suit le comportement d'une personne se trouvant dans l'Union et dans la mesure où ce comportement a lieu au sein de l'Union. Il n'est pas expressément requis que cette personne ait été visée à raison de cette localisation. À défaut de précision dans les motifs du RGPD, la Cour de justice aura à déterminer si le terme suivi doit être lu objectivement, en s'attachant à la seule circonstance qu'une personne a été suivie, ou subjectivement, en n'appliquant le RGPD qu'au suivi sciemment opéré par le responsable de traitement ou le sous-traitant. Le comportement en cause peut se manifester matériellement, comme c'est le cas du déplacement d'une personne ou de la fréquentation de certains lieux ou personnes. En est-il de même du comportement en ligne d'une personne, qu'il s'agisse de sa navigation d'un site à l'autre, de ceux qu'elle consulte régulièrement, pour une durée

¹⁰⁷ Art. 17.1, *litt.* c, du règlement « Bruxelles I » refondu et 6.1, *litt.* b, du règlement « Rome I ».

¹⁰⁸ Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(1999) 348 final.

¹⁰⁹ La Cour de justice a fait une application anticipée de ce critère de l'activité dirigée en retenant l'applicabilité du droit hongrois transposant la directive 95/46/CE à une société immatriculée en Slovaquie dont l'établissement en Hongrie a été déduit de ce qu'elle exploitait un sites d'annonces immobilières concernant des biens immobiliers situés en Hongrie rédigées dans la langue de cet État et que la société y disposait d'un représentant chargé de recouvrer les créances résultant de cette activité et de la représenter dans les procédures administratives et judiciaires relatives au traitement (CJUE, *Weltimmo*, *préc.*, pts. 23 et s.).

¹¹⁰ Comp. CJUE, *Pammer et Hotel Alpenhof*, *préc.*, pt. 82.

¹¹¹ L'arrêt *Google Spain* pouvait être lu comme encourageant les responsables de traitement à ne plus avoir d'établissement dans l'Union pour échapper aux dispositions de la directive 95/46/CE tout en continuant à diriger leur activité vers un ou plusieurs États membres, sauf à tomber dans les prévisions de l'article 4.1, *litt.* c.

plus ou moins longue, ou encore du type de contenu auquel elle accède ? Internet est un espace aterritorial, ce dont il résulte une localisation difficile et incertaine des comportements qui s'y déroulent, sauf à considérer qu'il s'agit du comportement de l'utilisateur d'un terminal, utilisateur qui demeure géographiquement localisable. Le législateur de l'Union prend garde de ne pas préciser les pratiques de suivi concernées, certainement pour conserver à l'article 3.2 une certaine adaptabilité. Tout au plus le considérant 24 du RGPD vise-t-il plus particulièrement le profilage que l'article 4, 4°, définit comme « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique* ». Même si devraient être seules concernées les données relatives au suivi, le RGPD n'en est pas moins doté d'un champ d'application considérable puisque le suivi du comportement des personnes sur internet est devenu une pratique des plus courantes, notamment au moyen de l'implantation de témoins de connexion sur les terminaux des internautes¹¹². Rares sont les services de l'Internet à ne pas y recourir et les principaux sont établis hors de l'Union européenne¹¹³.

Les *litterae* a et b traduisent l'exigence d'un lien entre le traitement de données et l'Union. Toutefois, elles ne dissipent pas directement le flou quant au public visé lequel résulte de l'indifférence nationalité ou localisation de la résidence des personnes concernées. Si la *littera a* pourrait être circonscrite aux résidents de l'Union¹¹⁴, rien circonscrit plus précisément le cercle des personnes visées par la *littera b*. Dès lors, la configuration envisagée par cette dernière englobe toute personne se trouvant sur le territoire de l'Union, à telle enseigne que ce texte pourrait permettre aux simples touristes de passage ou personnes voyageant pour affaire, de se prévaloir du RGPD à l'égard d'un responsable de traitement ou d'un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union mais y aurait suivi leur comportement. L'exercice par ces dernières personnes des droits tirés du RGPD, qui, certes, est peu probable, n'est-il pas alors imprévisible pour les responsables de traitement et sous-traitant qui ne pouvaient légitimement s'attendre à devoir en respecter les dispositions ? N'y a-t-il pas là un défaut de sécurité juridique auquel devait pourtant remédier le RGPD¹¹⁵ ? Que l'on songe tout particulièrement à l'opérateur établi dans un État tiers qui basculerait sous l'empire du RGPD pour la seule raison que la personne concernée, jusqu'alors totalement étrangère à l'Union et dont il suit le comportement par le truchement de son téléphone intelligent, a effectué un court séjour touristique ou pour affaire dans un ou plusieurs États membres. Il n'est pas certain que l'imprévisibilité de l'applicabilité du RGPD pour l'opérateur fasse obstacle à son application, cette considération majeure du droit international privé de l'Union¹¹⁶ n'étant pas prégnante dans les termes de l'article 3 du RGPD.

Pourtant, une interprétation trop large de l'article 3.2, *litterae* a et b, ne pourra que nuire à l'effectivité du RGPD. Certes, l'article 27.2, *litt. a*, décharge les responsables de traitements et sous-traitants établis hors de l'Union et ne traitant qu'occasionnellement des données dans les circonstances de

¹¹² En témoigne, à la suite de l'entrée en application du RGPD, les nombreuses demandes de consentement aux politiques de traitement des données ainsi que le blocage de l'accès à certains sites américains depuis l'Europe alors même pour ces derniers qu'ils sont essentiellement destinés à un public américain (C. WOITIER, « RGPD : des médias américains coupent l'accès aux européens », *Le Figaro Économie*, 26 mai 2018, p. 26).

¹¹³ 87% des dispositifs de traçage utilisés par les cent premiers acteurs d'internet appartiennent à des sociétés établis aux États-Unis (*Étude annuelle 2014 du Conseil d'Etat – Le numérique et les droit fondamentaux*, p. 241). Il faut toutefois souligner l'émergence de services en ligne qui s'engagent à ne pas tracer l'internaute. Le moteur de recherche *Qwant* en fait partie, qui affirme n'utiliser « *aucun cookie ni aucun dispositif de traçage qui permettrait de suivre votre navigation ou d'établir votre profil* » [<https://about.qwant.com/fr/legal/confidentialite/>].

¹¹⁴ Cf. *supra*.

¹¹⁵ Cons. 9 et 13.

¹¹⁶ V., par ex., cons. 16 du règlement « Rome I ».

l'article 3.2 de l'obligation de désigner un représentant, leur épargnant une mesure coûteuse et sans doute disproportionnée. Ce faisant, le texte sous-entend une applicabilité extensive du RGPD et notamment des droits qu'il confère aux personnes concernées. À l'inverse, les dispositions relatives aux transferts des données hors de l'Union n'excluent pas de leur champ d'application les opérateurs destinataires du flux, établis dans un État tiers mais soumis au RGPD en application de son article 3. N'est pas le signe d'un réalisme des rédacteurs du nouvel instrument quant à l'inapplication spontanée du RGPD par ces opérateurs non établis dans l'Union¹¹⁷ ? L'interprétation trop large nuira également à l'effectivité des décisions des autorités de contrôle compétentes à défaut pour elle de pouvoir exercer leur pouvoir et recourir à toute coercition dès lors que, par hypothèse, le responsable de traitement ou sous-traitant n'est pas établi sur le territoire de l'Union. Elle priverait également les personnes de passage dans l'Union de juge puisque l'article 79.2 du RGPD ne donne compétence qu'au juge de l'État membre dans lequel est établi le responsable de traitement ou le sous-traitant et à celui de l'État membre dans lequel la personne concernée a sa résidence habituelle. Nul doute que ces personnes ne parviendront qu'avec de grandes difficultés à obtenir du juge d'un État tiers qu'il fasse application du RGPD, notamment lorsque le responsable de traitement ou le sous-traitant dispose d'un établissement dans cet État.

À retenir une interprétation stricte de l'article 3.2, *litterae* a et b, l'absence d'établissement du responsable de traitement ou du sous-traitant sur le territoire de l'Union n'en relativisera pas moins l'effectivité de la protection conférée par le RGPD. Certes, l'article 79.2 donne alternativement compétence au juge de l'État membre dans lequel la personne concernée a sa résidence habituelle. Ce juge pourra ainsi faire droit aux réclamations des personnes résidant habituellement dans l'Union sur le fondement du RGPD. Toutefois, les décisions de ce juge, comme celle de l'autorité de contrôle compétente, ne pourront, par hypothèse, contraindre immédiatement le responsable de traitement ou le sous-traitant¹¹⁸. Tout au plus ce juge pourra-t-il le contraindre indirectement si le responsable de traitement ou le sous-traitant dispose, dans l'État considéré, d'un établissement dont l'activité n'est pas indissociablement liée au traitement en cause ou de biens. À défaut, et sauf à rechercher la responsabilité du représentant que le responsable de traitement ou le sous-traitant doivent désigner dans la configuration qu'envisage l'article 3.2 du RGPD¹¹⁹, il appartiendra à la personne concernée qui aura obtenu gain de cause de poursuivre l'exécution dans un État tiers dans lequel le responsable de traitement est établi ou dispose de biens. L'effectivité du règlement sera alors diminuée par la difficulté qu'il y aura pour les personnes concernées à obtenir des juges des États tiers qu'ils donnent effet aux décisions prises par les juges des États membres sur le fondement du RGPD. En effet, il existe en matière de protection des données à caractère personnel un fort clivage dans le monde. L'Europe fournit un niveau de protection plus important que la plupart des autres pays du monde, dont les États-Unis¹²⁰. Ainsi la décision condamnant un traitement illicite du point de vue du RGPD pourrait-elle ne pas produire effet dans un pays tiers dont la loi considérerait que le traitement est licite. Il en irait de même de l'exercice de certains droits tirés du RGPD qui pourraient être perçus comme une atteinte excessive à la liberté d'expression ou à la liberté d'entreprise telle qu'elle est conçue dans certains États tiers. Il y a ainsi lieu de craindre que certains acteurs de traitements de données ne perçoivent le RGPD comme aboyant plus qu'il ne mord dès lors qu'en s'établissant hors de l'Union ils pourraient échapper aux sanctions de son non-respect.

¹¹⁷ V. note 88.

¹¹⁸ É. TREPPOZ, « L'extraterritorialité des injonctions sur un site internet », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit « Les relations privées internationales »*, LGDJ, 2014, p. 657, spéc. p. 665.

¹¹⁹ Art. 27 RGPD.

¹²⁰ Voir, sur ce clivage et ses origines, B. COTTIER, « Gouvernance d'Internet : Protection de la vie privée et des données personnelles », *RSDIE* 2016, p. 255, spéc. p. 258.

Enfin, quant aux personnes concernées se trouvant sur le territoire de l'Union mais qui n'ont pas été visées au sens de l'article 3.2, *litterae* a et b, parce que, par exemple, elles ont accepté une offre de biens ou de services qui n'était pas dirigée vers l'Union, le RGPD ne leur est pas applicable. En outre, ce dernier ignore le droit des États tiers, dont il ne prévoit pas les hypothèses d'application ni l'éventuel cumul avec le RGPD. L'éventualité d'un conflit négatif qui pourrait exister en cas de traitement opéré par un responsable de traitement ou un sous-traitant sans établissement dans l'Union et concernant une personne qui n'a pas été visée est également passée sous silence. Aussi à défaut d'applicabilité du RGPD, il pourrait être fait application, pour certaines questions du moins, des règles de droit international privé de l'Union en matière contractuelle et nationales en matière délictuelle¹²¹.

À la faveur de la lettre ouverte de l'article 3 du RGPD ainsi que de l'interprétation large dont il sera vraisemblablement l'objet, la quasi-totalité d'internet pourrait tomber dans le champ d'application spatial du RGPD, que le responsable de traitement ou le sous-traitant soit établi dans l'Union ou que la personne visée y soit présente. La réalisation de l'objectif de protection des personnes physiques contre les traitements de données est à ce prix. Il ne faut pas non plus négliger l'opportune concordance entre l'objectif de protection d'un droit fondamental et la volonté de l'Union d'éviter que le jeu de la concurrence sur le marché européen ne soit faussé par les inégales contraintes imposées aux opérateurs à raison de la localisation de leur établissement¹²². Seul un champ d'application si vaste peut garantir, par la régulation de l'activité de traitement des données, le droit fondamental de l'article 8 de la charte face à une problématique globale que souligne l'établissement des plus importants responsables de traitement hors de l'Union européenne (*Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft*)¹²³. Il en résulte que la subsidiarité du critère tenant à la personne concernée est assez largement illusoire. En effet, c'est très généralement la localisation de celle-ci qui, comme le montre déjà la jurisprudence relative à la directive 95/46/CE, déterminera l'applicabilité du RGPD même à recourir formellement au critère de l'établissement. Toutefois, la lettre de l'article 3 du RGPD frappe trop fort. Aussi, bien qu'elle soit à l'origine de l'extension du champ d'application du droit matériel de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel ainsi que du « *printemps* » des données personnelles¹²⁴ que couronne le RGPD, il faut espérer que la Cour de justice saura mesurer les excès de l'article 3 du RGPD en précisant les termes. En effet, la meilleure façon de traiter un problème global comme celui en cause n'est pas d'imposer ses vues mais de coordonner ses actions dans un esprit de courtoisie (*comitas*) dans l'attente d'une uniformisation souhaitable du droit applicable¹²⁵.

Ludovic Paillet
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles
Equipe de droit international, européen et comparé (EA-4185) - CREDIP
Université Jean Moulin - Lyon 3

¹²¹ Le règlement « Rome II », qui détermine le droit applicable aux obligations extracontractuelles ne s'applique pas à celles qui résultent d'atteintes portées aux droits de la personnalité (art. 1.2, *litt. g*, du règlement « Rome II »).

¹²² V., par ex., V. REDING, « The EU data protection Regulation : Promoting technological innovation and safeguarding citizens' rights », discours du 4 mars 2014.

¹²³ V., sur le lien entre déterritorialisation du droit et globalisation, et même plus précisément abolition des distances physiques par la numérisation des signes, A. SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit* 2018/11, p. 151, spéc. p. 160.

¹²⁴ A. DEBET, « La CJCE saisie d'une question préjudicielle sur le *Safe Harbor* », *CCE* 2015, comm. 16.

¹²⁵ Le Conseil de l'Europe encourage l'émergence d'un droit uniforme de la protection des données en ouvrant la Convention n° 108 à la ratification par des États non-membres (art. 23). À ce jour, les États non-membres l'ayant ratifiée sont l'île Maurice, le Sénégal, la Tunisie et l'Uruguay. Ont été invités à la ratifier l'Argentine, le Burkina Faso, le Cap-Vert et le Mexique.