

Observations de la demanderesse

Affaire C-40/17 *

Pièce déposée par:

Fashion ID GmbH & Co. KG

Nom usuel de l'affaire:

FASHION ID

Date de dépôt:

11 mai 2017 (original)

Dans l'affaire**C-40/17****Fashion ID (jurisdiction de renvoi : Oberlandesgericht Düsseldorf, Allemagne)**

après la signification le 2 mars 2017 de la demande de décision préjudicielle, nous déposons, au nom et pour le compte de la défenderesse, appelante et défenderesse sur incident Fashion ID GmbH & Co. KG, Düsseldorf, Allemagne (ci-après « Fashion ID ») les observations suivantes : **[Or. 2]**

Plan des observations

La première question préjudicielle.....	3
La deuxième question préjudicielle :	6
La troisième question préjudicielle	10
La quatrième question préjudicielle	12
La cinquième question préjudicielle	13
La sixième question préjudicielle	14

* Langue de procédure : l'allemand.

La procédure au principal et les questions préjudicielles

- 1 La procédure au principal concerne les conditions auxquelles le régime de protection des données permet à Fashion ID d'insérer sur son site internet des contenus externes et plus concrètement un module de la partie intervenante Facebook Ireland Ltd., Dublin, Irlande (ci-après : « **Facebook** »). La demanderesse, intimée et appelante sur incident, Verbraucherzentrale NRW eV (association centrale des consommateurs de Rhénanie du Nord Westphalie, ci-après « **association centrale des consommateurs** ») estime qu'en vertu des dispositions relatives à la protection des données de la loi allemande sur les télémedias, l'insertion d'un tel module requiert le consentement préalable de chaque utilisateur du site internet de Fashion ID. Elle estime qu'il n'est pas donné (valablement). Au demeurant, elle soutient que Fashion ID informe insuffisamment et trop tardivement les utilisateurs du site internet de la nature des opérations de traitement de données liées à l'insertion du module. Fashion ID est selon elle responsable au titre de la protection des données et peut de toute façon être mise en cause sur le plan civil.

- 2 Les sites internet sont généralement conçus dans le langage de programmation HTML. Une des fonctions principales de ce langage de programmation est de permettre de constituer les éléments d'un site internet à partir de l'assemblage de sources les plus variées. La Cour a déjà abordé la question de la technique dite de la « transclusion » (« framing ») au regard des droits d'auteur [**Or. 3**] (ordonnance de la Cour du 21 octobre 2014, BestWater International, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315). De nombreux sites internet utilisent la transclusion afin, par exemple, d'insérer dans leur offre des plans de villes, des informations météorologiques ou des vidéos provenant d'autres sources. Par rapport à un lien statique renvoyant à une source locale, la transclusion permet tout d'abord l'interconnexion qui est une des caractéristiques d'internet : si sur la page de destination une modification est ainsi effectuée par le fournisseur du contenu externe (par exemple l'actualisation des cours de bourse d'un module de téléscripneur, la mise à jour des informations météorologiques etc.), le contenu inséré sera automatiquement actualisé sans que des modifications manuelles soient nécessaires.

- 3 Techniquement, l'insertion d'un élément externe par la voie de la transclusion permet au navigateur de l'utilisateur d'un site internet de recevoir automatiquement l'instruction de charger l'élément externe inséré à partir de l'adresse source indiquée. Le fournisseur de la source obtient ainsi l'adresse IP de l'utilisateur et certaines informations techniques relatives au type de navigateur utilisé (appelé browser string). Cela est techniquement inévitable dans la transclusion étant donné que l'élément externe en question ne pourrait pas être renvoyé au navigateur de l'utilisateur sans l'adresse IP. Sans la transmission de l'adresse IP, accéder à un site internet équivaldrait à une demande de rappel sans laisser le numéro de l'appelant.

Les questions préjudicielles

La première question préjudicielle

- 4 Le droit pour les associations d'utilité publique de défense des intérêts des consommateurs d'agir contre l'auteur d'une atteinte à la protection des données ne peut pas s'appuyer sur la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (JO L 281 du 23 novembre 1995, ci-après la « directive 95/46/CE »).
- 5 Cela relève déjà de la cohérence juridique. En effet, seul le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, abrogeant la directive 95/46/CE (JO L 119, du 4 mai 2016), applicable à compter du 25 mai 2018, prévoit à l'article 80, paragraphe 2, contrairement ce que prévoit le régime actuel, la possibilité pour les États membres d'habiliter des associations à agir collectivement (indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée). Une **[Or. 4]** telle réglementation aurait été inutile si le droit actuel conférait déjà un droit d'action aux associations en question.
- 6 Cela dit, le droit d'agir collectivement menacerait la pleine indépendance en vertu de laquelle les autorités de contrôle doivent agir conformément aux exigences de la directive 95/46/CE. Le principe est la disposition de l'article 28, paragraphe 1, deuxième alinéa, de cette directive. Selon cette disposition, les autorités de contrôle mises en place dans les États membres exercent « en toute indépendance » les missions dont elles sont investies. Selon la jurisprudence de la Cour, la notion de « toute indépendance » doit être interprétée de façon large (arrêt de la Cour du 9 mars 2010, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, point 51). Les autorités de contrôle à mettre en place doivent avoir la possibilité d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression. Les autorités de contrôle doivent assurer un juste équilibre entre le respect du droit fondamental à la vie privée et les intérêts qui commandent une libre circulation des données à caractère personnel (arrêt du 9 mars 2010, précité, point 24). Il y a lieu d'interpréter l'article 28, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 95/46/CE en ce sens que toute injonction ou toute autre influence extérieure sur les autorités de contrôle, même si elle n'était qu'indirecte, doit être exclue (arrêt du 9 mars 2010, précité, point 30). Le seul risque d'une influence politique suffit pour entraver l'indépendance des autorités de contrôle. Le rôle desdites autorités exige que leurs décisions soient au-dessus de tout soupçon de partialité. Cela implique que les autorités de contrôle ne puissent faire l'objet d'aucune pression afin d'adopter des décisions soumises à une « obéissance anticipée » (arrêt du 9 mars 2010, précité, point 36).

- 7 De surcroît, l'harmonisation par la directive 95/46/CE des législations nationales ne se limite pas à une harmonisation minimale, mais aboutit à une harmonisation qui est, en principe, complète (arrêt de la Cour du 24 novembre 2011, ASNEF et FECEMD contre Administración del Estado, C-468/10 et C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777, point 29).
- 8 Les possibilités prévues aux chapitres III et IV de la directive 95/46/CE de déclencher une procédure nationale en cas de violations présumées, résultent d'un système établi [Or. 5] et cohérent : selon l'article 22, d'une part, la personne lésée dispose elle-même d'un recours juridictionnel ou, conformément à l'article 28, paragraphe 4, elle peut, d'autre part, saisir une autorité de contrôle. Indépendamment du pouvoir pour la personne concernée d'ester en justice, l'autorité de contrôle peut exercer de son côté son pouvoir d'intervention (article 28, paragraphe 3).
- 9 La possibilité pour des associations de prendre part à une procédure n'existe en revanche qu'en vertu de l'article 28, paragraphe 4, de la directive 95/46/CE : elle est soumise à la condition que l'association soit mandatée par une personne concernée concrètement pour la représenter (analogie avec l'article 80, paragraphe 1, du règlement (UE) 2016/679 qui s'appliquera à compter du 25 mai 2018).
- 10 Par conséquent, conformément à l'approche de la directive 95/46/CE, le responsable peut être mis en cause par la personne concernée elle-même ou bien par l'autorité de contrôle totalement indépendante. En-dehors de ces deux hypothèses, la directive 95/46/CE n'habilite pas une association à agir contre un responsable pour atteinte à des dispositions relatives à la protection des données.
- 11 Une telle habilitation remettrait en effet durablement en question le pouvoir de décision de la personne concernée ainsi que de l'autorité de contrôle totalement indépendante. Si cette autorité, à la suite d'une mise en balance entre le droit fondamental au respect de la vie privée et l'intérêt de la libre circulation des données à caractère personnel, choisissait de ne pas prendre de mesure à l'encontre d'une atteinte présumée à la protection de données à caractère privé, cette décision pourrait être contrecarrée par l'habilitation d'une association.
- 12 En effet, les associations, à l'instar de l'association centrale des consommateurs, sont notamment financées par des dons. C'est pour cette raison qu'elles sont déjà dans l'obligation de sensibiliser le public par leurs actions. En fait, l'association centrale des consommateurs informe très largement le public des activités qu'elle mène.
- 13 Ainsi que la question préjudicielle le met par ailleurs explicitement en exergue, et ce qu'implique déjà le nom de l'association centrale des consommateurs, les associations concernées en l'espèce ne recherchent précisément pas [Or. 6] un compromis raisonnable entre les intérêts en question, ce qui est le cas des autorités

de contrôle. Les associations concernées défendent plutôt unilatéralement les intérêts réels ou supposés des consommateurs.

- 14 La faculté pour ces associations de poursuivre des atteintes à la protection des données au titre d'une habilitation à agir en justice que leur conférerait la législation interne serait susceptible d'exercer une pression sur les autorités de contrôle. En effet, le public pourrait se demander pourquoi l'autorité de contrôle ne s'est pas déjà saisie d'une situation donnée. Les autorités de contrôle pourraient ainsi être contraintes d'agir sous la pression du public et sans être totalement indépendante.
- 15 Par ailleurs, les associations centrales de consommateurs et d'autres associations visées par la question préjudicielle sont financées sur des fonds publics, pour le moins en Allemagne (voir l'article 4, paragraphe 2 du Unterlassungsgesetz, loi allemande sur les actions en cessation en cas de violation notamment du droit de la consommation, dans sa version officielle du 27 août 2002, Bundesgesetzblatt I, pages 3422 et 4346, modifiée en dernier lieu par l'article 3 de la loi allemande du 11 avril 2016, Bundesgesetzblatt I, page 720). Le financement public de telles associations est également susceptible de compromettre la totale indépendance des autorités de contrôle.
- 16 La dotation suffisante en moyens et en personnel des autorités de contrôle constitue une condition indispensable pour qu'elles puissent assurer leurs missions en toute indépendance. Une dotation trop faible conduirait inévitablement à ce que les autorités de contrôle ne puissent pas assurer correctement leurs missions.
- 17 Une dotation en personnel et en moyens insuffisante peut également résulter du fait que les États membres accordent à d'autres organismes qui assument également des missions de contrôle de la protection des données des ressources plus importantes que celles accordées aux autorités de contrôle. Le financement public accordé à l'association centrale des consommateurs et à d'autres associations de protection des intérêts des consommateurs, combiné [Or. 7] au droit d'agir en justice dont il est question en l'espèce, pourraient ainsi encourager la création de structures parallèles destinées à contrôler la protection des données.
- 18 De telles structures parallèles entreraient en concurrence, ce qui ne fait pas partie des objectifs de la directive 95/46/CE, afin d'obtenir des ressources publiques destinées à contrôler le respect de la protection des données. Les autorités de contrôle pourraient de ce fait être incitées à ne plus adopter leurs décisions en toute indépendance, mais en veillant à tout le moins à statuer dans le sens de la volonté politique présumée. Ainsi, elles n'auraient pas à subir un désavantage financier par rapport à l'association centrale des consommateurs ou d'autres associations bénéficiant de financements publics.
- 19 **Partant il convient de répondre à la première question préjudicielle que les articles 22, 23, 24 et 28 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques**

à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p. 31) s'opposent à une réglementation nationale qui, en marge des pouvoirs d'intervention des autorités de protection des données et des actions en justice de la personne concernée, habilite, en cas d'atteintes, des associations d'utilité publique de défense des intérêts des consommateurs à agir contre l'auteur d'une atteinte.

La deuxième question préjudicielle

- 20 Selon l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE, est responsable du traitement : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel.
- 21 Afin de répondre à la deuxième question préjudicielle, il convient tout d'abord de définir le traitement de données à caractère personnel dont quelqu'un pourrait être responsable.
- 22 Il est incontestable que Fashion ID ne collecte pas elle-même des données à caractère personnel ni ne transmet de telles données à Facebook. Fashion ID a seulement inséré sur son site internet **[Or. 8]** l'indication d'un module proposé par Facebook. Il s'agit de l'une des raisons, et en aucun cas de l'unique, pour lesquelles le navigateur de l'utilisateur contacte directement et immédiatement Facebook afin de charger le module sur place. Dans ce cadre, le navigateur de l'utilisateur indique au fournisseur Facebook l'adresse IP à partir de laquelle le matériel est à ce moment-là relié à internet si l'utilisateur a configuré son navigateur ainsi ou a maintenu une éventuelle configuration de navigateur de ce type.
- 23 Le processus ne peut relever du droit à la protection des données que si l'adresse IP est pour Facebook une donnée à caractère personnel.
- 24 À ce jour, la Cour a seulement répondu à la question de savoir si une adresse IP dynamique enregistrée par un fournisseur de services de médias en ligne à l'occasion de la consultation par une personne d'un site internet constitue une donnée à caractère personnel. C'est le cas, lorsque le fournisseur du site internet dispose de moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée grâce aux informations supplémentaires dont dispose le fournisseur d'accès à internet de cette personne (arrêt de la Cour du 19 octobre 2016, Patrick Breyer contre République fédérale d'Allemagne, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779).
- 25 La Cour n'a pas encore répondu à la question de savoir si cela s'applique également aux adresses IP que le fournisseur ne stocke pas d'emblée. En effet, Facebook a exposé dans la procédure au principal qu'il est techniquement inévitable que l'adresse IP soit utilisée pour délivrer le module sans toutefois que l'adresse IP soit précisément stockée. (en effet cette dernière est rendue immédiatement et effectivement anonyme). Fashion ID ne stocke pas non plus

l'adresse IP étant entendu que Fashion-ID n'est incontestablement pas impliquée dans l'échange technique de données entre le navigateur de l'utilisateur et Facebook.

- 26 Tant qu'elle n'est pas stockée, l'adresse IP ne possède toutefois pas de caractère personnel. En effet, sans ce stockage ni Facebook ni Fashion ID ne peuvent savoir quelle connexion ou quel appareil a été associé à l'adresse IP à un moment donné. Dans **[Or. 9]** une telle situation, il n'existe aucun traitement de données dont Fashion ID pourrait être tenue responsable en ayant fait l'insertion.
- 27 Indépendamment de cela, celui qui comme Fashion ID fait l'insertion n'a aucune influence sur la décision relative aux modalités de traitement des données à caractère personnel chez le fournisseur du contenu externe (en l'espèce Facebook). Il appartient au seul fournisseur de décider si l'adresse IP est stockée chez lui et si une donnée à caractère personnel est ainsi générée et traitée. Celui qui fait l'insertion n'est pas en mesure de prendre de décisions relatives à un traitement éventuel et n'a pas non plus d'influence sur les finalités et moyens d'un tel traitement. C'est ce que la juridiction de renvoi a souligné à juste titre (au point 13 de la demande de décision préjudicielle).
- 28 Lors de l'appréciation, il convient d'adopter une approche fonctionnelle, l'accent étant mis sur le point de savoir si une ou plusieurs parties décident des finalités et moyens (paragraphe III, point 1, sous d) de l'avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », adopté le 16 février 2010 par le Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, WP 169). En effet, si l'adresse IP était une donnée à caractère personnel, Facebook serait incontestablement responsable du traitement. La seule question est ainsi de savoir si, en plus du fournisseur du contenu externe, celui qui fait l'insertion est également responsable du traitement.
- 29 Un organisme qui n'exerce ni influence de droit ni influence de fait pour déterminer la manière dont les données à caractère personnel seront traitées ne saurait être considéré comme le responsable du traitement (paragraphe III, point 1, sous a) de l'avis 1/2010 précité).
- 30 Selon ce critère, Fashion ID n'est pas responsable d'un éventuel traitement de l'adresse IP. Elle n'a pas le pouvoir de déterminer seule les finalités et moyens du traitement et n'agit pas non plus conjointement avec Facebook au titre par exemple d'une convention sur le traitement des ordres. L'insertion du contenu externe se distingue ainsi par exemple du contrat liant le propriétaire d'un site à une agence de publicité qui insère de la publicité destinée aux utilisateurs en se **[Or. 10]** fondant sur l'évaluation personnalisée réalisée pour le compte des propriétaires de sites (« behavioral targeting » ou ciblage comportemental).
- 31 En effet, l'insertion de contenus externes se fait sans relation contractuelle. Une telle insertion correspond d'un point de vue technique plutôt au placement d'un lien sur un autre site internet. Par ailleurs, au regard des droits d'auteur, il est

même généralement permis sans l'autorisation du fournisseur du contenu externe (arrêt de la Cour du 8 septembre 2016, GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV e.a., C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644). Dans ce contexte, la Cour a souligné « l'importance particulière » qu'internet revêt effectivement pour la liberté d'expression et d'information garantie par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi que la Cour l'a exposé dans cet arrêt, les liens hypertexte (en raison de leur similitude technique, rien d'autre ne peut s'appliquer à la transclusion) sont essentiels au fonctionnement d'internet compte tenu des immenses quantités d'informations présentes sur ce réseau (arrêt du 8 septembre 2016, précité, point 45).

- 32 Par ailleurs, dans ce contexte, la Cour a indiqué à juste titre que, pour celui qui insère sur son site internet une référence à une offre étrangère, il peut s'avérer difficile de vérifier les contenus de cette offre. La vérification ne serait d'ailleurs que de nature ponctuelle étant donné que le fournisseur externe peut modifier son offre à tout moment. On ne peut décemment pas attendre de celui qui fait l'insertion qu'il prenne régulièrement connaissance de l'offre du tiers (arrêt du 8 septembre 2016, précité, points 46 et 47).
- 33 La (co)responsabilité de celui qui fait l'insertion aurait une répercussion négative sur le bon fonctionnement d'internet. Pour éviter d'engager sa propre responsabilité au titre de la protection des données pour des atteintes à la protection des données commises le cas échéant par le fournisseur du contenu externe, celui qui fait l'insertion serait tenu d'obtenir l'engagement contractuel de ce dernier avant d'opérer l'insertion afin de pouvoir à tout le moins se retourner le cas échéant contre lui. Il pourrait aussi totalement renoncer à **[Or. 11]** insérer le contenu externe, ce qui sera le cas le plus probable eu égard aux coûts de transaction et au risque de perte dans le cadre de tels recours. C'est à juste titre que la juridiction de renvoi y a fait allusion dans la décision de renvoi en parlant d'une « [insertion] pratiquement impossible » (point 14 de la demande de décision préjudicielle).
- 34 Dans une telle configuration, l'objet de l'article 2, sous d), de la directive 95/46 n'impose pas d'interprétation large de la notion de « responsable du traitement ». Au contraire, l'objet porte à croire que la notion doit être comprise de façon restrictive lorsque, comme en l'espèce, une responsabilité commune de plusieurs acteurs est en cause.
- 35 L'interprétation doit permettre et garantir l'application effective et le respect de la protection des données dans la pratique. En cas de doute, la solution la plus à même de favoriser de tels effets est à privilégier. Ainsi, en fonction des réalités de l'organisation, la différenciation de la responsabilité peut rendre la détermination du droit national applicable plus difficile lorsque divers systèmes juridiques sont concernés (paragraphe II, point 3, de l'avis 1/2010 précité).
- 36 Dans ce contexte, la configuration de l'espèce se distingue des circonstances qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour du 13 mai 2014, Google Spain SL et Google

Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González (C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317). Dans cet arrêt, il s'agissait d'un traitement de données effectué par l'exploitant de moteurs de recherche intervenant de manière additionnelle par rapport à l'activité des éditeurs de sites web et qui était susceptible de l'affecter significativement et de manière autonome (arrêt du 13 mai 2014, précité, point 38). Cette atteinte à la vie privée additionnelle et autonome par rapport à la première publication rendait nécessaire d'imputer à l'exploitant de moteurs de recherche une responsabilité propre à cet égard.

- 37 En l'espèce, du point de vue de la personne concernée, il n'est pas seulement satisfaisant de pouvoir s'en tenir au fournisseur du contenu externe, donc à Facebook. Si l'on veut protéger efficacement les données à caractère personnel et la vie privée, **[Or. 12]** il est plus logique de concentrer la responsabilité dans le chef du fournisseur du contenu externe que séparer artificiellement les responsabilités. C'est en effet chez le fournisseur du contenu externe que tous les traitements de données ont lieu (si tel est le cas, voir ci-dessus). Lui seul a la possibilité de sauvegarder les adresses IP et éventuellement de réaliser d'autres traitements à caractère personnel.
- 38 Pour toutes ces questions, le fournisseur extérieur est lié par le droit auquel il est soumis. En l'espèce, le siège de Facebook se trouve en Irlande et cette société doit ainsi respecter les exigences de la directives 95/46/CE en raison de l'harmonisation complète qui vaut pour tous les traitements de données. Facebook est soumis au contrôle de l'autorité irlandaise de contrôle de la protection des données à laquelle les utilisateurs peuvent s'adresser éventuellement indirectement par l'intermédiaire de l'autorité de contrôle de leur pays de résidence. Il n'y a dès lors en tout cas aucune lacune dans la protection de la personne concernée lorsque le fournisseur du contenu externe relève de la directive 95/46/CE.
- 39 L'imputation claire serait en revanche affaiblie si Fashion ID, en tant que gestionnaire de site internet, était en outre tenue pour coresponsable des traitements de données de Facebook. Des gestionnaires de sites internet tels que Fashion ID seraient ainsi soumis à un risque de responsabilité objective abstraite, sans pour autant avoir eux-mêmes éventuellement commis d'atteinte à la protection des données ou sans pouvoir exercer une quelconque influence de droit ou de fait sur cette atteinte. Même s'il peut être certes en principe intéressant pour l'intéressé de bénéficier d'une personne responsable supplémentaire, une telle conception serait toutefois inadéquate dans la mesure où celui qui fait l'insertion n'a pas commis d'acte illicite. Étant donné que dans la procédure au principal, Fashion ID et Facebook relèvent par ailleurs d'ordre juridiques différents dans le champ d'application de la directive 95/46/CE, on se demanderait en outre quel droit national s'appliquerait à l'opération.
- 40 **Partant, il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle que dans un cas comme celui de l'espèce, où quelqu'un insère dans son site un**

code programme permettant au navigateur de l'utilisateur de solliciter des contenus d'un tiers et de transmettre à cet effet au tiers des données à caractère personnel, celui [Or. 13] qui fait l'insertion n'est pas « responsable du traitement » au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE.

La troisième question préjudicielle

- 41 L'idée de base de la directive 95/46/CE est que seul le responsable du traitement au sens de l'article 2, sous d), de cette directive peut être mis en cause. Cette disposition est exhaustive.
- 42 C'est déjà ce que suggère son libellé. En effet, le terme « responsable » implique dans un raisonnement a contrario que des personnes qui ne sont pas elles-mêmes « responsables » ne répondent précisément pas du traitement des données.
- 43 Cette conclusion résulte également de l'économie générale de la directive. L'article 2 de la directive définit tous les rôles qui peuvent exister dans le traitement de données. Parallèlement au responsable du traitement, la directive définit les « personnes concernées » (article 2, sous a)) et les « sous-traitants » (article 2, sous e)). Celui qui n'appartient à aucune de ces catégories est considéré comme un « tiers » conformément à la définition de la directive (article 2, sous f)).
- 44 Toutefois, rien dans la directive n'impute à un tiers d'obligations au titre de la protection des données. Selon l'article 6, paragraphe 2, de la directive, il incombe plutôt au responsable du traitement d'assurer le respect des principes de base du traitement de données. Cela signifie que toutes les dispositions établissant des conditions d'un traitement licite visent essentiellement le responsable du traitement (paragraphe II, point 1, de l'avis 1/2010 précité).
- 45 Les objectifs de la directive 95/46/CE énoncés dans son article premier impliquent une interprétation selon laquelle la possibilité d'une mise en cause sur le plan civil se limite au responsable du traitement.
- 46 La notion de responsable du traitement selon l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE est suffisamment souple pour permettre [Or. 14] et garantir par son interprétation, une bonne application et le respect de la protection des données dans la pratique au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive (paragraphe II, point 3, de l'avis 1/2010 précité). Cette notion assure que le destinataire des obligations liées à la protection des données soit celui qui a réellement une influence sur la protection des personnes physiques dans le traitement de données à caractère personnel (cet aspect ressort mieux de la version anglaise de la directive et du terme « Controllers » que de la version allemande). Partant, l'objet de la directive n'exige pas de pouvoir mettre en cause des personnes qui ne prennent part au traitement des données qu'à titre subalterne sans être elles-mêmes responsables.

- 47 En revanche, la mise en cause sur le plan civil de personnes qui ne sont pas responsables serait contraire à l'objectif principal de la directive qui est de permettre la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres (article 1^{er}, paragraphe 2, ainsi que considérant 8 de la directive 95/46/CE).
- 48 Selon le considérant 8 de la directive 95/49/CE, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel il est nécessaire de coordonner les législations des États membres pour que le flux transfrontalier de données à caractère personnel soit réglementé d'une manière cohérente et conforme à l'objectif du marché intérieur. La Cour a jugé à ce titre que l'harmonisation des législations nationales ne se limite pas à une harmonisation minimale, mais aboutit à une harmonisation qui est, en principe, complète (arrêt du 24 novembre 2011, précité, point 29).
- 49 Les articles 22 à 24 de la directive 95/49/CE déterminent exhaustivement qui peut être mis en cause sur le plan civil au regard des obligations définies par la directive. L'article 23 régit la mise en cause du responsable du traitement. Il ressort du considérant 55 que le contrôle juridictionnel que permet l'article 22 vise également la méconnaissance des droits des personnes concernées par le responsable du traitement de données. Le considérant ajoute que des sanctions visées à l'article 24 doivent être appliquées à toute personne qui ne respecte pas les dispositions nationales prises en application de la présente directive. De telles sanctions supposent **[Or. 15]** ainsi que cette personne puisse même être liée par des dispositions de transposition dans le cadre de l'harmonisation totale.
- 50 Précisément, dans les situations transfrontalières comme celle de l'espèce, le flux de données à caractère personnel dans le marché intérieur serait sérieusement entravé chaque fois que des responsabilités supplémentaires de tiers pourraient être établies au titre des ordres juridiques nationaux. En effet, les risques ingérables de responsabilité en découlant pour celui qui fait l'insertion conduiraient selon toute probabilité à éviter d'emblée et à titre préventif un tel flux de données, qu'il soit ou non licite.
- 51 **Partant, il convient de répondre à la troisième question préjudicielle que l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE 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 doit être interprété en ce sens qu'il régit exhaustivement la responsabilité en ce sens qu'il s'oppose à la mise en cause sur le plan civil d'un tiers qui n'est certes pas « responsable du traitement » mais est à l'origine du processus de traitement des données sans avoir d'influence sur celui-ci.**

La quatrième question préjudicielle

- 52 La quatrième question préjudicielle n'intéresse la procédure au principal que dans la mesure où, contrairement à ce que pense Fashion ID, celui qui fait l'insertion peut être tenu responsable d'un traitement de données.
- 53 L'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE exige de mettre en balance les intérêts en faveur d'un traitement avec les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée. D'après le libellé de la disposition, il faut se référer à l'intérêt légitime « poursuivi » par le responsable du traitement ou par celui qui reçoit les données. Par conséquent, il ne faut précisément pas se limiter à l'intérêt personnel du responsable. Le considérant 30 de la directive précitée va également dans ce sens en visant de manière encore plus générale l'intérêt « d'une [quelconque] personne ». **[Or. 16]**
- 54 Ainsi, pour le traitement de données il faut tenir compte à la fois des intérêts de celui qui fait l'insertion, de l'intérêt légitime du fournisseur du contenu externe (en l'espèce Facebook) et également de l'intérêt des visiteurs du site internet de celui qui fait l'insertion.
- 55 Celui qui fait l'insertion possède un intérêt légitime à présenter son site internet comme il l'entend. Ainsi que nous l'avons exposé, l'attrait et l'actualité de son propre site internet sont significativement améliorés par la transclusion de contenus externes.
- 56 Le fournisseur du contenu externe a également intérêt à élargir la portée de son offre au-delà de son propre site internet par l'interconnexion avec les sites de tiers.
- 57 Par ailleurs, la Cour a déjà décidé qu'il faut également tenir compte de l'intérêt légitime des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à l'information (arrêt Google Spain précité du 13 mai 2014, point 81). Il convient de soigneusement tenir compte de l'ensemble des intérêts concernés par le traitement de données ou sa suppression.
- 58 Pour un propriétaire de site internet, la possibilité d'insérer le contenu externe est essentielle pour la présentation de son site internet et ainsi pour son droit à la liberté d'expression (article 11, paragraphe 1, alinéa 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et pour sa liberté d'entreprise (article 16 de la Charte). La possibilité d'insérer sur son propre site internet des contenus qui ne sont pas stockés sur son propre serveur élargit considérablement les possibilités de présentation. Par conséquent, les contenus externes représentent une partie naturelle de la plupart des sites internet. La centrale des consommateurs, par exemple, insère également des contenus externes sous l'URL <http://www.verbraucherzentrale.nrw/lageplanDrittinhalte> (en l'espèce un plan d'accès de la OpenStreetMap Fondation). Pour la centrale des consommateurs, comme pour la plupart des propriétaires de sites internet, il ne serait pas rentable d'acheter des cartes géographiques, de les stocker sur ses propres serveurs et de les mettre ensuite à jour régulièrement. Cela vaut également pour tous **[Or. 17]** les

autres contenus possibles comme par exemple les vidéos, les flux d'informations ou les informations météorologiques.

- 59 **Partant, il convient de répondre à la quatrième question préjudicielle que, dans un contexte comme celui de l'espèce, l' « intérêt légitime » à prendre en compte dans la mise en balance à faire au titre de l'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE, est à la fois l'intérêt de celui qui fait l'insertion, du fournisseur du contenu externe ainsi que les intérêts des visiteurs à la recherche d'informations sur le site internet de celui qui fait l'insertion.**

La cinquième question préjudicielle

- 60 La cinquième question préjudicielle ne présente elle aussi d'intérêt que si la responsabilité ou la mise en cause de celui qui fait l'insertion était retenue et que la mise en balance à faire au titre de l'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE, ne penchait pas pour la licéité du traitement des données.
- 61 Aux termes de l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE le consentement de la personne concernée est toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. Afin de justifier un traitement de données, la personne concernée doit avoir indubitablement « donné » son consentement (article 7, sous a), de la même directive).
- 62 D'après l'esprit et l'objectif de la directive, il faut considérer qu'un tel consentement ne peut être donné qu'à celui qui s'assure au préalable que le consentement donné soit « informé ». Toutefois, il faut tenir compte du fait que concrètement la déclaration de consentement sur internet n'est pas rédigée par l'utilisateur mais (doit) inévitablement (être) imposée par le propriétaire d'un site internet. Partant, en pratique, on ne peut pas faire la lumière sur la réalité des choses sans passer par la demande de déclaration de consentement.
- 63 Même si on voulait retenir une (co-)responsabilité ou une mise en cause sur le plan civil de celui qui fait l'insertion, ce dernier ne serait néanmoins le plus souvent pas en mesure [Or. 18] d'informer correctement la personne concernée sur l'étendue de son consentement. Ce serait une erreur que d'exiger de celui qui fait l'insertion de recevoir un consentement s'il n'est pas lui-même en mesure d'assurer que le consentement donné soit « informé ». Le risque de nullité du consentement pèserait sur celui qui fait l'insertion sans qu'il puisse maîtriser ce risque.
- 64 Reconnaître à celui qui fait l'insertion le pouvoir de recueillir les consentements aboutirait par ailleurs au résultat paradoxal que celui qui fait l'insertion, sans envisager lui-même de stocker des données à caractère personnel, serait tenu de traiter des données à caractère personnel afin de s'acquitter d'obligations au titre de la protection des données. En effet, celui qui fait l'insertion serait tenu, à des fins de vérification, d'enregistrer et de sauvegarder les consentements donnés au

moins en les associant aux adresses IP relatives à l'utilisateur. Une telle obligation concernerait également le fournisseur en droit allemand qui prévoit l'enregistrement des consentements donnés par voie électronique (article 13, paragraphe 2, point 2, de la loi allemande sur les télémedias du 26 février 2007, Bundesgesetzblatt I, p. 179, modifiée en dernier lieu par l'article 1^{er} de la loi allemande du 21 juin 2016, Bundesgesetzblatt I, p. 1766). Il serait contraire au principe de l'article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive 95/46/CE de devoir collecter et sauvegarder des données à caractère personnel uniquement pour recueillir un consentement alors que le responsable ou la personne mise en cause sur le plan civil n'a elle-même absolument pas besoin de ces données.

- 65 **Il convient de répondre à la cinquième question préjudicielle que, dans un contexte comme celui de l'espèce, le consentement visé à l'article 7, sous a), et à l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE doit être donné au tiers à l'origine du contenu inséré.**

La sixième question préjudicielle

- 66 Dans une situation comme celle de l'espèce, l'obligation d'informer tirée de l'article 10 de la directive 95/46/CE ne peut peser que sur le tiers, c'est-à-dire sur Facebook. **[Or. 19]**
- 67 Aux termes de l'article 10 de la directive 95/46/CE, la personne concernée obtient les informations correspondantes du « responsable du traitement ou de son représentant ». Celui qui fait l'insertion n'est pas responsable du traitement au sens de l'article 2, sous d), de cette directive (voir l'exposé relatif à la deuxième question préjudicielle). Il n'est pas non plus le représentant du fournisseur du contenu externe. Il n'existe pas de relation juridique qui chargerait Fashion ID de représenter Facebook.
- 68 Même si Fashion ID était coresponsable ou mise en cause, d'une manière ou d'une autre, d'un quelconque traitement de données effectué par Facebook, ce qui n'est pas le cas, il n'en résulterait pas pour autant d'obligation d'informer de ce traitement de données. En effet, imposer une telle obligation implique que celui qui se voit imposer une telle obligation soit en mesure de respecter cette obligation. Ainsi que la juridiction de renvoi l'a déjà exposé, imposer à celui qui fait l'insertion une obligation d'informer de l'étendue et de la finalité du traitement de données qui a lieu chez le fournisseur du contenu externe rendrait pratiquement impossible l'insertion de contenus externes dans la mesure où celui qui fait l'insertion ne peut pas en avoir de connaissance fiable.
- 69 Avant d'imposer à celui qui fait l'insertion une quelconque obligation d'informer, il faudrait que, de son côté, il soit informé. Il devrait par ailleurs pouvoir compter obtenir les informations exactes et être préalablement informé en temps utile d'éventuelles modifications dans le processus de traitement. Si les informations obtenues du fournisseur du contenu externe par celui qui fait l'insertion n'étaient

(plus) pas exactes, ce dernier méconnaît l'obligation d'informer lui incombant sans avoir d'influence sur ce risque.

- 70 Partant, l'obligation d'informer ne peut concerner que celui qui propose le contenu externe. Il n'y aurait aucun problème à ce qu'une telle information puisse également être fournie dans le cadre du module (par exemple par l'intermédiaire d'un hyperlien dans le module).
- 71 Même si l'on retenait une obligation d'informer incombant à celui qui fait l'insertion, se poserait la question de l'étendue de cette obligation d'informer. Raisonnablement, une telle obligation ne pourrait pas être fonction de l'étendue et de la finalité des traitements de données intervenant chez le fournisseur du contenu externe. **[Or. 20]** Dans le meilleur des cas, l'obligation d'informer devrait se limiter à signaler que le contenu d'un tiers est inséré et à indiquer le responsable de ce contenu. Il ne fait aucun doute que Fashion ID a donné une telle information.
- 72 **Partant, il convient de répondre à la sixième question préjudicielle que l'obligation d'informer en vertu de l'article 10 de la directive 95/46/CE dans une situation telle que celle qui se présente en l'espèce pèse non pas sur le gestionnaire du site qui a inséré le contenu d'un tiers et est ainsi à l'origine du traitement des données à caractère personnel fait par un tiers, mais sur le tiers lui-même.**

Résumé :

- 73 **Il convient de répondre à la première question préjudicielle que les articles 22, 23, 24 et 28 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p.31) s'opposent à une réglementation nationale qui, en marge des pouvoirs d'intervention des autorités de protection des données et des actions en justice de la personne concernée, habilite, en cas d'atteintes, des associations d'utilité publique de défense des intérêts des consommateurs à agir contre l'auteur d'une atteinte.**
- 74 **Il convient de répondre à la deuxième question préjudicielle que dans un cas comme celui de l'espèce, où quelqu'un insère dans son site un code programme permettant au navigateur de l'utilisateur de solliciter des contenus d'un tiers et de transmettre à cet effet au tiers des données à caractère personnel, celui [Or. 13] qui fait l'insertion n'est pas « responsable du traitement » au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE.**
- 75 **Il convient de répondre à la troisième question préjudicielle que l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement [Or. 21] des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données doit être interprété en ce sens qu'il régit exhaustivement la responsabilité en ce sens qu'il s'oppose à la mise en**

cause sur le plan civil d'un tiers qui n'est certes pas « responsable du traitement » mais est à l'origine du processus de traitement des données sans avoir d'influence sur celui-ci.

- 76 Il convient de répondre à la quatrième question préjudicielle que, dans un contexte comme celui de l'espèce, l'« intérêt légitime » à prendre en compte dans la mise en balance à faire au titre de l'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE, est à la fois l'intérêt de celui qui fait l'insertion, du fournisseur du contenu externe ainsi que les intérêts des visiteurs à la recherche d'informations sur le site internet de celui qui fait l'insertion.**
- 77 Il convient de répondre à la cinquième question préjudicielle que dans un contexte comme celui de l'espèce, le consentement visé à l'article 7, sous a), et à l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE doit être donné au tiers à l'origine du contenu inséré.**
- 78 Il convient de répondre à la sixième question préjudicielle que l'obligation d'informer en vertu de l'article 10 de la directive 95/46/CE dans une situation telle que celle qui se présente en l'espèce pèse non pas sur le gestionnaire du site qui a inséré le contenu d'un tiers et est ainsi à l'origine du traitement des données à caractère personnel fait par un tiers mais sur le tiers lui-même.**

(Nebel)

avocat