

Observations de la partie défenderesse au principal

Affaire C-40/17 \*

**Pièce déposée par :**

Verbraucherzentrale NRW

**Nom usuel de l'affaire :**

FASHION ID

**Date de dépôt :**

28 avril 2017

---

**N° de dossier : C-40/17 - 1043167 DE**

**Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Allemagne),**

**N° de dossier de l'Oberlandesgericht Düsseldorf : I-20 U 40/16**

Dans l'affaire

Verbraucherzentrale NRW e.V. (ci-après « Verbraucherzentrale NRW »), représentée par son administrateur, M. Wolfgang Schuldzinski, Mintropstraße 27, D-40215 Düsseldorf, Allemagne,

contre

Fashion ID GmbH & Co. KG (ci-après « Fashion ID »), représentée par son associée personnellement responsable Fashion ID Komplementär GmbH, elle-même représentée par ses dirigeants MM. Horst Clemens, Harro Uwe Cloppenburg, Patrick Cloppenburg, Christian Meermann et M<sup>me</sup> Simone Kerner, Berliner Allee 2, D-40212 Düsseldorf, Allemagne,

autre partie :

Facebook Ireland Limited, représentée par son administrateur, M. Gareth Lambe, Shane Crehan, 4 Grand Canal Square, Dublin 2, Irlande, **[Or. 2]**

nous présentons les observations suivantes :

\* Langue de procédure : l'allemand.

## I. La situation initiale

- 1 En tant qu'association de consommateurs, la Verbraucherzentrale NRW (association centrale des consommateurs de Rhénanie du Nord Westphalie) a le droit de former des actions en cessation en application du droit national (article 3, paragraphe 1, de l'Unterlassungsklagengesetz, [loi allemande relative aux actions en cessation]). Fashion ID a tout d'abord fait l'objet d'un avertissement extrajudiciaire de la Verbraucherzentrale NRW.

Fashion ID exploite pour le compte du groupe de sociétés Peek & Cloppenburg un site de vente en ligne de vêtements.

Initialement, la fonction « j'aime » (bouton « j'aime ») de Facebook a été directement intégrée au site Internet. Pour cela, Fashion ID a mis à disposition un module provenant de Facebook.

À chaque visite du site Internet de Fashion ID, le module permet de charger et d'afficher des contenus de Facebook. À cette occasion, Facebook obtient un grand nombre d'informations, notamment l'adresse IP de l'utilisateur et ce que l'on appelle le browser-string<sup>1</sup>. Par ailleurs, par l'insertion du module de Google<sup>2</sup>, des cookies sont sauvegardés par Google<sup>3</sup> au moment de la visite du site Internet de Fashion ID. Grâce à ces techniques, Facebook est en mesure d'identifier les utilisateurs du site Internet de Fashion ID.

- 2 La Verbraucherzentrale NRW a indiqué à Fashion ID que l'insertion directe du module violait le droit national (article 12, paragraphe 13, alinéa 2, du Telemediengesetz [loi allemande sur les télémedias]). Selon les dispositions pertinentes, les données à caractère personnel ne peuvent être traitées que si la personne concernée y a consenti ou qu'il existe une base légale l'autorisant.

Lors de l'implémentation par Fashion ID, l'utilisateur n'a vraiment aucune possibilité de consentir à l'utilisation du module. Il n'a même pas été valablement informé par Fashion ID de l'utilisation de modules. De toute façon, l'information **[Or. 3]** ne peut ainsi être affichée qu'une fois que Facebook a eu accès aux données de l'utilisateur.

Entre-temps, Fashion ID a modifié le site de sorte que l'utilisateur doit activer lui-même le module. L'objet du contentieux judiciaire est toutefois l'implémentation initiale réalisée par Fashion ID. En dépit de la modification du site Internet, Fashion ID a refusé de reconnaître les prétentions de la Verbraucherzentrale NRW.

<sup>1</sup> Ndt : Chaîne de caractères du navigateur de l'utilisateur, information contenue dans le navigateur de chaque utilisateur.

<sup>2</sup> Ndt : Il convient probablement de lire « Facebook ».

<sup>3</sup> Ndt : Il convient probablement de lire « Facebook ».

- 3 Devant la juridiction nationale compétente, la Verbraucherzentrale NRW a introduit une action en cessation à l'encontre de Fashion ID, au siège de cette société.

Dans le cadre de cette action, la Verbraucherzentrale NRW a invoqué la circonstance que Fashion ID est responsable du traitement de données qui tire son origine de l'utilisation du site Internet de Fashion ID. La responsabilité résulte du fait que seule Fashion ID peut décider des modules qu'elle installe sur son propre site Internet. Ce module provient certes de Facebook, mais Fashion ID doit décider de la manière de l'insérer.

Étant donné que Fashion ID décide du traitement de données sur son propre site Internet, elle doit également informer les utilisateurs du site Internet du traitement de données. Dans la mesure où des tiers ont accès à des données à caractère personnel en raison de la configuration du site Internet, Fashion ID est responsable de la légalité de ce traitement de données. Par conséquent, Fashion ID doit également s'assurer qu'il existe un consentement suffisant si le droit national l'exige. Cependant, Fashion ID n'a en fait pas sollicité le consentement de l'utilisateur.

Fashion ID ne peut pas non plus invoquer le fait que les utilisateurs ont a minima donné leur consentement à Facebook. Cet argument ne pourrait être retenu que si Facebook n'obtenait de telles données que de ses membres. Or, Facebook en obtient également d'utilisateurs qui ne sont pas du tout membres de Facebook ou qui ne s'attendent pas à ce que leurs données soient enregistrées auprès de cet opérateur. **[Or. 4]**

- 4 Partageant la conception de la Verbraucherzentrale NRW, le Landgericht Düsseldorf a condamné Fashion ID à cesser ses agissements.

Dans les motifs du jugement, la juridiction nationale a estimé que Fashion ID devait être considérée comme responsable du traitement de données. Il n'importe pas de savoir si Fashion ID sait comment fonctionne le module de Facebook. Il suffit à cet égard que Fashion ID ait malgré tout intégré le module. Par conséquent, Fashion ID devient la personne responsable, doit se charger de recueillir l'indispensable consentement et informer l'utilisateur.

Étant donné qu'en insérant le module, Fashion ID a permis à Facebook d'avoir accès à des données à caractère personnel, un consentement aurait dû exister à ce sujet. Son absence a finalement conduit à condamner Fashion ID à cesser ses agissements.

- 5 Fashion ID a fait appel du jugement de première instance. Au cours de la procédure en appel, elle a été soutenue par Facebook. Ces deux sociétés ont notamment fait valoir que les dispositions nationales violeraient les exigences imposées par l'Union européenne.

## II. Arrêt et motivation de l'Oberlandesgericht Düsseldorf dans le cadre de la demande de décision préjudicielle

1. L'Oberlandesgericht Düsseldorf considère que les dispositions du Bundesdatenschutzgesetz (loi fédérale sur la protection des données personnelles) et le Telemediengesetz (loi allemande sur les télémedias) sont décisives pour le litige. Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière 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, ci-après la « directive 95/46/CE »). Partant, l'Oberlandesgericht Düsseldorf a posé à la Cour les questions préjudicielles que nous aborderons plus en détail par la suite (au chapitre III).

L'Oberlandesgericht Düsseldorf estime que les dispositions du droit allemand décisives pour le litige seraient complètement harmonisées au regard du droit de l'Union européenne. **[Or. 5]**

De notre point de vue, ce n'est toutefois pas le cas. Au contraire, la directive 95/46/CE n'entraîne qu'une harmonisation partielle. Sur des points particuliers, le législateur allemand dispose ainsi d'une marge de décision. L'harmonisation complète n'interviendra qu'avec le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (JO 2016, L 119, p. 1, ci-après le « règlement 2016/679/UE »).

Jusqu'à présent, la marge de décision existe principalement pour l'aménagement des conséquences en matière civile des violations de la protection des données. La directive 95/46/CE n'indique pas clairement dans quelle mesure des personnes privées peuvent sanctionner des violations de la protection des données. Elle n'indique pas non plus clairement, même en combinaison avec un autre droit dérivé de l'Union européenne, comment les violations de la protection des données doivent être appréciées au regard du droit de la concurrence.

2. L'Oberlandesgericht Düsseldorf ne fait pas de distinction suffisante entre les règles de droit public, concernant les autorités de protection des données, et les règles en matière civile.

Par ailleurs, l'Oberlandesgericht Düsseldorf n'établit pas de distinction entre la configuration des services nécessaire d'un point de vue technique, d'une part, et celle nécessaire au regard du droit de la protection des données, d'autre part. Cette absence de différenciation ressort clairement de l'argumentation de l'Oberlandesgericht selon laquelle la responsabilité au regard du régime de la protection des données rendrait techniquement impossible l'insertion de contenus de tiers. Or, une telle conception ne correspond pas à la réalité. En effet, il est

également possible d'opter pour une configuration technique conforme à la protection des données (voir le chapitre IV).

3. Sur ce point, l'Oberlandesgericht confond par ailleurs la question de la responsabilité au regard du régime de la protection des données de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE et la mise en cause sur le plan civil en cas d'infraction qui n'est toutefois déterminée que par le droit national.

Apparemment, l'Oberlandesgericht craint que les contenus externes les plus divers ne soient plus conformes au régime de protection des données et ne puissent plus être techniquement insérés dans les sites Internet. Ce n'est toutefois pas le cas. Il ne s'agit en fait que de la forme concrète d'insertion de contenus externes à l'instar du bouton « j'aime ». C'est uniquement lorsque, en l'absence de nécessité technique, [Or. 6] l'insertion de contenus externes conduit un tiers à collecter abusivement et de façon injustifiée des données, que l'insertion de contenus externes pose un problème sous cette forme concrète.

### III. Les questions préjudicielles

1. La première question concerne le droit pour la Verbraucherzentrale NRW d'ester en justice en tant qu'association d'utilité publique de défense des intérêts des consommateurs.

La première question appelle une réponse négative. Les dispositions des articles 22 à 24 de la directive 95/46/CE ne déterminent pas de manière exhaustive les possibilités dont disposent les États membres pour transposer en droit interne les principes qu'elle énonce.

- a) Conformément à l'article 24 de la directive 95/46/CE, les États membres prennent les mesures appropriées pour assurer la pleine application des dispositions de la directive. La manière dont ces « mesures appropriées » doivent concrètement être aménagées n'est toutefois pas définie de façon contraignante. C'est à dessein que la directive reste plutôt générale afin de permettre une application souple.

Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 6 novembre 2003, Göta hovrätt/Suède, C-101/01, EU:C:2003:596, points 85 et suivants.

Si les articles 22 à 24 de la directive 95/46/CE étaient interprétés de façon restrictive, les États membres seraient empêchés de remplir leur mission d'aménagement issue de la directive. L'harmonisation du droit national ne doit pas non plus conduire à affaiblir la protection, mais plutôt garantir un niveau élevé de protection dans l'Union européenne. Cet objectif est expressément défini au dixième considérant de la directive 95/46/CE. Ce niveau élevé de protection visé serait menacé si les articles 22 à 24 de la directive 95/46/CE devaient être interprétés en ce sens que seuls des

organismes publics avaient le droit d'adopter des mesures visant à garantir les droits résultant de la directive.

- b) Les mesures appropriées au sens de l'article 24 de la directive 95/46/CE comportent également l'action d'une association intentée dans l'intérêt des consommateurs. **[Or. 7]** L'Oberlandesgericht en est également convaincu (point 12 de la demande de décision préjudicielle).

Le droit d'action des associations ne porte pas atteinte à l'indépendance des autorités de contrôle mentionnée à l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE. Lorsque le consommateur lui-même est en droit de défendre ses intérêts, une association dont l'objectif est précisément de défendre les intérêts correspondants doit également pouvoir le faire.

Le droit d'action des associations sera à l'avenir expressément régi par l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679/UE.

2. Par sa deuxième question préjudicielle, l'Oberlandesgericht cherche à déterminer qui est responsable du processus de traitement de données lorsque l'exploitant d'un site Internet insère le code de programme d'un tiers. Concrètement, l'Oberlandesgericht demande si l'exploitant du site Internet est « responsable du traitement » au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE.

Cette question appelle une réponse affirmative.

- a) conformément à l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE, le « responsable du traitement » est celui qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel.

Dans son arrêt 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, EU:C:2014:317, points 33 et suivants), la Cour a précisé que la notion de « responsable du traitement » doit être interprétée largement. Cette interprétation large est justifiée par le libellé clair de la disposition de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE, d'une part, et par l'objectif de la directive consistant à assurer une protection efficace et complète des personnes concernées, d'autre part (arrêt *Google Spain*, précité, point 34).

- b) Cette compréhension large de la notion de « responsable du traitement » doit également être appliquée à l'espèce. Cela ressort déjà du fait que dans l'arrêt *Google Spain*, précité, l'exploitant du site Internet est plus proche de l'opération de traitement de données que **[Or. 8]** l'exploitant du moteur de recherche. Cependant, c'est en fin de compte ce dernier qui est également considéré comme responsable.

- c) Partant, l'exploitant du site Internet est « responsable du traitement » au sens de l'article 2, sous d), de la directive 95/46/CE. Il décide de la possibilité et de l'opportunité des moyens du traitement de données.

En premier lieu, l'exploitant décide si le contenu externe est inséré sur son site Internet, et donc de l'« opportunité ». En effet, l'exploitant du site Internet dispose lui-même techniquement du pouvoir d'insérer le contenu externe sur son site Internet. C'est cette décision d'insérer le contenu qui rend le traitement de données vraiment possible.

Par ailleurs, l'exploitant du site Internet a lui-même décidé comment concrètement insérer le contenu externe. Le bouton « j'aime » pourrait également être inséré par l'intermédiaire de la « procédure dite des deux clics » sans que le traitement de données ne soit ainsi déclenché lors de la simple consultation du site Internet. Fashion ID a toutefois délibérément choisi une autre solution alors que d'autres possibilités techniques auraient pu exister. Fashion ID a ainsi mis en place les moyens du traitement de données.

3. Il ne doit être répondu à la troisième question que si la deuxième question appelle une réponse négative. En complément à la deuxième question, l'Oberlandesgericht Düsseldorf aimerait savoir si, en raison de la configuration technique, l'exploitant du site Internet est responsable du traitement de données en tant que « perturbateur », étant donné qu'il a permis ce traitement de données grâce à l'insertion du code-programme en cause.

Cette question appelle également une réponse affirmative.

Il faut partir du principe que la directive 95/46/CE n'a pas conduit à une harmonisation complète. La mise en cause sur le plan civil en tant que perturbateur direct ou indirect du droit subjectif protégé n'est précisément pas régie par la directive, mais résulte par conséquent du droit national. L'absence d'harmonisation **[Or. 9]** complète est également révélée par le fait que la responsabilité est désormais expressément régie par le règlement 2016/679/UE.

Conformément au droit allemand, celui qui ne commet pas lui-même la violation, mais dont le comportement la favorise volontairement ou involontairement, est responsable en tant que perturbateur.

L'exploitant du site Internet a fait naître une situation de mise en danger du droit subjectif. En insérant le bouton « j'aime », il a créé un risque de violation de ce droit.

4. Par sa quatrième question, l'Oberlandesgericht Düsseldorf aimerait savoir s'il faut prendre en compte l'exploitant du site Internet ou Facebook pour apprécier l'intérêt légitime au sens de l'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE.

- a) Il faut prendre en compte l'intérêt du responsable du traitement. Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, il s'agit de l'exploitant du site Internet.
- b) L'exploitant du site Internet n'a par ailleurs pas d'intérêt légitime à la collecte de données. Lors de l'insertion de contenus externes, il convient de faire une distinction entre les intérêts techniques et ceux relevant du régime de la protection des données. Il (n')existe un intérêt légitime (que) si l'insertion du contenu externe est nécessaire, par exemple parce qu'elle est indispensable au fonctionnement du site Internet. La nécessité peut résulter des finalités de l'exploitation du site Internet du point de vue de la technique ou du contenu rédactionnel.

Cette interprétation n'entre pas non plus en contradiction avec les conclusions de l'arrêt de la Cour du 19 octobre 2016, Patrick Breyer/République fédérale d'Allemagne, (C-582/14, EU:C:2016:779, points 57 et suivants). La Cour a souligné dans cet arrêt que les dispositions nationales doivent toujours permettre de laisser la place à une pondération des droits et des intérêts opposés en cause (point 62 de cet arrêt). En l'espèce, cette possibilité générale de pondération n'est toutefois pas concernée. C'est plutôt l'« intérêt légitime » qu'il faut tout d'abord définir avant de se livrer à la pondération en question. **[Or. 10]**

- c) Ni l'exploitant du site Internet ni Facebook, ou plutôt le fournisseur externe, n'ont d'intérêt légitime au sens de l'article 7, sous f), de la directive 95/46/CE si le fournisseur externe collecte des données pour son propre compte et de manière déconnectée de toute autre finalité.

L'insertion du bouton « j'aime » n'est pas nécessaire au fonctionnement du site, ni du point de vue technique ni du contenu rédactionnel. Il n'est surtout pas nécessaire que Facebook utilise des cookies également chez des utilisateurs qui ne sont pas membres, afin de pouvoir ainsi générer des profils d'utilisateurs.

En tant que fournisseur de contenu externe, Facebook a certes un intérêt à rassembler les données des utilisateurs. Toutefois, cet intérêt n'est pas légitime au sens de la directive dès lors que la collecte de données se fait uniquement à des fins propres. Cette collecte ne poursuit en effet aucune autre finalité. Le transfert de données n'est précisément pas nécessaire pour insérer techniquement des contenus externes. Cela ne permet pas non plus de poursuivre les finalités relatives au contenu rédactionnel, propres au fonctionnement du site Internet.

5. La réponse à la cinquième question permettrait à l'Oberlandesgericht Düsseldorf de déterminer à qui doit être donné le consentement visé à l'article 7, sous a), et à l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE.

Afin de répondre à cette question, il faut définir qui est responsable du traitement. Il s'agit de l'exploitant du site Internet.



C'est lui qui décide de la possibilité et de l'opportunité des moyens du traitement de données en insérant le bouton « j'aime », et c'est également à lui qu'incombe l'obligation d'obtenir le consentement.

Cela est d'autant plus vrai que l'utilisation de cookies permet la collecte de données même auprès des utilisateurs qui ne sont pas membres de Facebook. En effet, l'utilisateur n'a par hypothèse aucune possibilité d'accepter les conditions générales d'utilisation de Facebook. Dès lors, Facebook serait dans l'impossibilité d'obtenir un consentement de la part de l'utilisateur. Ce dernier **[Or. 11]** devrait ainsi accepter le traitement de données sans pouvoir y consentir ou s'y opposer.

6. La réponse à la sixième question permettrait à l'Oberlandesgericht Düsseldorf de déterminer sur qui pèse l'obligation d'informer prévue à l'article 10 de la directive 95/46/CE.

Afin de répondre à cette question, il convient également de savoir qui est « responsable du traitement », étant donné que, selon le libellé de l'article 10 de la directive 95/46/CE, celui qui est responsable du traitement doit communiquer certaines informations.

Ainsi que nous l'avons déjà expliqué, il s'agit de l'exploitant du site Internet, étant donné qu'il décide de la possibilité et de l'opportunité de l'insertion du bouton « j'aime » et ainsi des moyens de la collecte de données.

Par conséquent, il ne suffit pas que Facebook, en tant que fournisseur du bouton « j'aime », donne les informations adéquates sur son site Internet ou dans ses conditions générales d'utilisation. Il ne suffit pas non plus que l'exploitant du site Internet renvoie aux informations correspondantes de Facebook. Cela résulte encore une fois du fait que des données sont également collectées auprès d'utilisateurs qui ne sont pas membres de Facebook.

#### **IV. Considérations supplémentaires**

1. Cela ne conduira pas à une interdiction générale ou à une exclusion de fait des insertions de contenus de tiers dans les sites Internet. Il convient de faire une distinction entre l'insertion de contenus de tiers nécessaire au fonctionnement du site Internet du point de vue technique ou du contenu rédactionnel, et l'insertion de contenus externes contraire à la protection des données. Des contenus qui sont nécessaires au fonctionnement du site Internet du point de vue technique ou du contenu rédactionnel ou qui répondent à sa finalité peuvent être insérés, conformément à la protection des données, après une pondération des intérêts correspondants (arrêt Breyer du 19 octobre 2016, précité, points 60 et suivants). L'exploitant du site Internet possède en même temps un intérêt légitime en raison de la nécessité de l'insertion. **[Or. 12]**

Il convient d'écarter les contenus de tiers contraires à la protection des données, qui ont pour seul but de collecter abusivement des données d'utilisateurs,

essentiellement afin d'établir des profils d'utilisateurs. Ces contenus de tiers ne sont pas nécessaires du point de vue technique ou du contenu rédactionnel pour répondre à la finalité de fonctionnement du site Internet. Un intérêt légitime à une telle insertion est d'emblée exclu.

2. La Verbraucherzentrale NRW sait que la Cour doit se pencher sur la question de la responsabilité d'un exploitant de site Internet dans le cadre de la demande de décision préjudicielle du 18 juillet 2016, présentée par le Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), dans l'affaire opposant la Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH et le Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein [centre indépendant du Schleswig-Holstein pour la protection des données] (C-210/16, JO C 260 du 18 juillet 2016, p. 18-20). Les questions auxquelles il faut apporter une réponse dans cette affaire ne permettent toutefois pas de résoudre le présent litige. Il ne suffit pas de savoir qui est responsable du traitement. Il faut également tirer au clair s'il est possible, en application des dispositions nationales relatives à la responsabilité, d'intenter une action en justice à l'encontre de l'exploitant d'un site Internet qui ne respecterait pas les obligations légales. Le principe de la responsabilité du perturbateur se fonde sur le droit national de la responsabilité et pourrait conduire à poursuivre l'exploitant même si la deuxième question préjudicielle n'appelait pas une réponse positive.

M<sup>e</sup> Rempe

avocat