

**Citation suggérée** : Brémand N., L'encadrement de la libre circulation des données à caractère personnel, NADMI 1/2017 part. 5 : Blogdroiteuropeen, février 2017, <http://wp.me/p6OBGR-1z0>

# L'encadrement de la libre circulation des données à caractère personnel

## (Revue Juillet - Décembre 2016)

Par **Nicolas Brémand**, doctorant en droit à l'Université de Nantes ; Résident MSH Nantes)

Cette note couvre des affaires du mois de juillet 2016 à décembre 2016. Elle propose une explication et une mise en perspective des infirmations ou confirmations jurisprudentielles en matière de libre circulation des données.

Parmi les quatre libertés de circulation<sup>1</sup> au sein du marché intérieur<sup>2</sup>, celle des services<sup>3</sup> voit apparaître en son sein une nouvelle forme de liberté de circulation avec la libre circulation des données<sup>4</sup>. Cette dernière fait face à une situation pouvant paraître paradoxale<sup>5</sup>, car il faut concilier la libre circulation des données tout en protégeant les données à caractère personnel<sup>6</sup> en tant que droit fondamental. L'Union s'efforce donc de lier ces deux aspects tout en faisant face à une volonté des « géants du net » comme le GAFA<sup>7</sup> de s'exonérer des contraintes du droit de l'Union européenne. Depuis plusieurs années, la Cour de justice de l'Union européenne s'est emparée de cette question. Elle a commencé par délimiter cette libre circulation des données.

En juillet 2016<sup>8</sup>, la Cour a examiné la détermination de la loi applicable au traitement des données à caractère personnel des consommateurs, question primordiale si l'on veut rendre effective la protection des données à caractère personnel des citoyens de l'Union européenne.

En octobre dernier<sup>9</sup>, la Cour a considéré que l'exploitant d'un site Internet peut avoir un intérêt légitime à conserver certaines données à caractère personnel des visiteurs afin notamment de se défendre contre les attaques cybernétiques.

<sup>1</sup> Les quatre libertés de circulation sont la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

<sup>2</sup> TFUE, Art. 26

<sup>3</sup> TFUE, Art. 56 à 62

<sup>4</sup> Castets-Renard, C., Brève analyse du règlement général à la protection des données personnelles, Le règlement (UE) 2016/679 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 des données du 27 avril 2016», Dalloz IP/IT, 12 juillet 2016, n°7, p. 331.

<sup>5</sup> Grumbach S., Frénot S., « Les données, plus importantes que le pétrole », <http://www.inriality.fr/vie-citoyenne/data/donnees/les-donnees-plus-importantes/>

<sup>6</sup> Les données à caractère personnel sont les principales données qui circulent sur internet.

<sup>7</sup> GAFA : Google, Apple, Facebook et Amazon.

<sup>8</sup> CJUE, 28 juillet 2016, affaire n° C-191/15, Verein für Konsumenteninformation contre Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612.

Enfin, le 21 décembre 2016<sup>10</sup>, la Cour a confirmé sa jurisprudence Digital Right Ireland de 2014<sup>11</sup> et donné des éclaircissements sur les conséquences de l'invalidation de la directive 2006/24/CE<sup>12</sup>. Ainsi, au regard de la protection du consommateur, les États membres ne peuvent pas imposer une obligation générale de conservation de données aux fournisseurs de services des communications électroniques.

**Mots clés:** Marché unique numérique – Données à caractère personnel – données à caractère sensible – Libre circulation des données – Traitement des données à caractère personnel – Attaques cybernétiques – conservation des données à caractère personnel – Privacy Shield -

### **La détermination de la loi applicable au traitement des données personnelles des consommateurs**

[CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 28 juil. 2016, affaire n° C-191/15, Verein für Konsumenteninformation contre Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612](#)

La libre circulation des données pose principalement des problèmes de transfert et de traitement des données au sein de l'Union européenne et hors de l'Union européenne (principalement vers les États-Unis). La sphère numérique<sup>13</sup> qui demeure un espace sans frontières est confrontée à des droits territoriaux<sup>14</sup> qui ne sont pas adaptés à cette réalité. Il est donc souvent peut aisé de déterminer le droit applicable<sup>15</sup>. Cela concerne Facebook en France<sup>16</sup>, mais également l'Allemagne<sup>17</sup>, puis très récemment Amazon en Autriche par l'arrêt CJUE du 28 juillet 2016<sup>18</sup>.

En l'espèce, la Cour suprême autrichienne souhaite savoir comment interpréter les règlements Rome I et Rome II pour notamment déterminer la loi applicable à une action en cessation dirigée contre l'utilisation de clauses contractuelles<sup>19</sup>. Le juge de l'Union va déterminer si une clause relative au droit applicable est abusive en examinant successivement le droit qui lui est appliqué, l'appréciation de son caractère abusif pour enfin considérer que le critère de l'activité dirigée est pertinent.

<sup>9</sup> CJUE, 19 Octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer c/Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2016:779.

<sup>10</sup> CJUE, 21 décembre 2016, dans les affaires jointes n°C-203/15 Tele2 Sverige AB/ Post-och telestyrelsen et n° C-698/15 Secretary of State for the Home Department/Tom Watson e.a. , ECLI:EU:C:2016:970.

<sup>11</sup> CJUE, 8 avril 2014, affaires jointes n° C-293/12 et n° C-594/12, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a., ECLI:EU:C:2014:238.

<sup>12</sup> Dir. (CE) 2006/24 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la dir. (CE) 2002/58.

<sup>13</sup> Bergé, J.-S., Grumbach, S., Sphère des données - La sphère des données et le droit : nouvel espace, nouveaux rapports aux territoires, Journal du droit international (Clunet) Octobre 2016, n°4, var. 6.

<sup>14</sup> Rochfeld, J., L'acquis communautaire, le contrat électronique, in Usunier (Dir.), Economica, 2010 p. 357.

<sup>15</sup> CJUE, 7 avril 2016, affaire n°C-483/14, KA Finanz., ECLI:EU:C:2016:205.

<sup>16</sup> CA Paris, 2-2, 12 février 2016, n° 15/08624, Facebook Inc.

<sup>17</sup> BVerwG 1 C 28.14, 25 févr. 2016 ; mais cette affaire est davantage sous l'angle du droit de la consommation.

<sup>18</sup> Perray R., De la (bonne ?) application de la jurisprudence Weltimmo au bénéfice... d'Amazon et de Facebook, Revue de l'Union européenne, 5 décembre 2016, n°603, p. 597.

<sup>19</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2315.

## **I- L'affirmation du caractère délictuel de la lutte préventive contre les clauses abusives**

La Cour commence par une question préliminaire relative à la qualité du requérant<sup>20</sup>. Selon la Cour, une association de protection des consommateurs peut introduire un recours<sup>21</sup>, car elle considère transposable la jurisprudence<sup>22</sup> relative au règlement Bruxelles I<sup>23</sup>. Ainsi la responsabilité non contractuelle recouvre les atteintes à l'ordre juridique résultant de l'utilisation de clauses abusives que les associations ont pour mission d'empêcher<sup>24</sup>. Pour la Cour, cette particularité du règlement Bruxelles I est transposable au règlement Rome I et Rome II. Ainsi, la distinction d'une action individuelle ou collective<sup>25</sup> n'a pas de conséquence sur la résolution du litige<sup>26</sup>.

La Cour a ensuite précisé que les actions en cessation<sup>27</sup> - qui interdisent de manière générale l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats de consommation<sup>28</sup> - sont soumises par leur nature délictuelle à la loi « du pays où le dommage survient », conformément au règlement Rome II applicable aux obligations non contractuelles<sup>29</sup>. L'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle relève quant à elle de la résidence principale du consommateur au regard du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>30</sup>. La Cour a ainsi éclairé l'application distincte<sup>31</sup> des règlements Rome I et Rome II relatifs aux obligations contractuelles et non contractuelles au cas d'espèce<sup>32</sup>. De plus, la Cour considère, que l'action litigieuse relève de la règle de concurrence déloyale si les clauses abusives au contrat sont susceptibles d'affecter les intérêts collectifs des consommateurs<sup>33</sup> et « d'influencer les conditions de concurrence sur le marché »<sup>34</sup>.

<sup>20</sup> Kessedjan, C., L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe, RDIPP, 1997, n°18.

<sup>21</sup> Conclusion de l'avocat général H. Saugmandsgaard Øe, 2 juin 2016, affaire n° C-191/15, Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:388, notamment points 41 à 61.

<sup>22</sup> CJCE, 1 octobre 2002, affaire n° C-167/00, Henkel, ECLI:EU:C:2002:555, point 50.

<sup>23</sup> Règl. Bruxelles I (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>24</sup> CJCE, 1 octobre 2002, affaire n° C-167/00, Henkel, ECLI:EU:C:2002:555, point 42.

<sup>25</sup> Point 42.

<sup>26</sup> Larrieu, J., Le Stanc, C., Trefigny, P., Droit du numérique ; octobre 2015 - septembre 2016, Recueil Dalloz, 27 octobre 2016, n°36, p. 2141.

<sup>27</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2315.

<sup>28</sup> Point 39.

<sup>29</sup> Règl. Rome II, art. 6.1 et 4.1

<sup>30</sup> Règl. Rome I, art. 6.1; Point 49.

<sup>31</sup> Points 52, 53

<sup>32</sup> Larrieu, J., Le Stanc, C., Trefigny, P., Droit du numérique ; octobre 2015 - septembre 2016, Recueil Dalloz, 27 octobre 2016, n°36, p. 2141.

<sup>33</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2315.

<sup>34</sup> Point 42.

## II- L'appréciation circonstanciée du caractère abusif des clauses de choix de la loi applicable

La validité des clauses de choix de la loi applicable - notamment des « géants du net »<sup>35</sup> - désignant la loi de l'État du siège est très contestée<sup>36</sup>. La clause de choix de la loi applicable est en principe autorisée dans les contrats de consommation, elle ne peut être jugée abusive que sous certaines conditions propres à son libellé ou à son contexte. Ainsi, l'article 3, § 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 - concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs<sup>37</sup> - doit être interprété de manière à ce qu'une clause des conditions générales de vente d'un professionnel - déterminant la loi de l'État membre du siège de ce professionnel applicable au contrat en ligne - est abusive sous plusieurs conditions cumulatives. Elle ne doit pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle. Derrière cette première exigence, il y a l'idée du respect au droit à l'information et l'exigence d'un consentement éclairé<sup>38</sup>. De plus, le caractère abusif est établi, si elle induit le consommateur en erreur. La clause doit engendrer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties<sup>39</sup>. Il appartient à la juridiction nationale de vérifier cette condition au regard de toutes les circonstances pertinentes. Ainsi, la clause d'un contrat d'adhésion conclue avec un consommateur désignant la loi de l'État membre du siège du professionnel sera jugée abusive « *pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6, § 2, du règlement Rome I, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause* »<sup>40 41</sup>.

## III- L'application du droit de l'Etat membre vers lequel l'activité de l'entreprise de commerce électronique est dirigée

L'article 4, § 1, sous a), de la directive 95/46/CE<sup>42</sup>, doit être interprété de manière à ce qu'un traitement de données à caractère personnel effectué par une entreprise de commerce électronique soit régi par le droit de l'État membre vers lequel cette entreprise dirige ses activités. La Cour, dans les affaires Google Spain<sup>43</sup> et Weltimmo<sup>44</sup> a défini largement l'activité dirigée. Il s'agit de toute activité réelle et effective, même minime, exercée au

<sup>35</sup> Il faut notamment penser au GAF : Google Apple Facebook et Amazon.

<sup>36</sup> Larrieu, J., Le Stanc, C., Trefigny, P., Droit du numérique ; octobre 2015 - septembre 2016, Recueil Dalloz, 27 octobre 2016, n°36, p. 2141.

<sup>37</sup> Dir. n°93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

<sup>38</sup> Notamment, Stoffel-Munsck, P., L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD Com., 18 février 2013, n°4, p. 705-720.

<sup>39</sup> Point 67.

<sup>40</sup> Point 71.

<sup>41</sup> Larrieu, J., Le Stanc, C., Trefigny, P., Droit du numérique ; octobre 2015 - septembre 2016, Recueil Dalloz, 27 octobre 2016, n°36, p. 2141.

<sup>42</sup> Dir. (CE) 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.

<sup>43</sup> CJUE 13 mai 2014, affaire n° C-131/12, Google Spain, ECLI:EU:C:2014:317, points 50 et s.

<sup>44</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> oct. 2015, affaire n° C-230/14, S<sup>te</sup> Weltimmo, ECLI:EU:C:2015:639, point 29.

moyen d'une installation stable. Néanmoins, selon l'arrêt VKI c/ Amazon, cette interprétation large ne saurait conduire à déduire de l'accessibilité d'un site internet, la présence d'un établissement<sup>45</sup>. L'entreprise doit donc procéder au traitement des données en question dans le cadre des activités d'un établissement situé dans cet État membre. Il appartient alors à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas<sup>46</sup>. La Cour empêche ainsi les « géants du net » de s'exonérer des règles impératives par des clauses contractuelles.

Cet arrêt reprend le critère de l'activité dirigée<sup>47</sup> amené par le considérant 36 du nouveau règlement européen sur la protection des données à caractère personnel<sup>48</sup>. Toutefois, la Cour demande un critère supplémentaire, car l'entreprise doit avoir un siège dans un État membre.

Le raisonnement de la Cour semble appliquer successivement le règlement Rome I et Rome II, ce qui complexifie la situation. La loi applicable à l'action étant également celle applicable à la clause<sup>49</sup>, il paraît plus simple de localiser les rapports de consommations sur le fondement du critère de l'activité dirigée. Cette jurisprudence vient confirmer que les plateformes en ligne ne font plus, par leurs conditions générales, tout à fait la loi<sup>50</sup>. Le consommateur doit être protégé des clauses de loi applicable abusives<sup>51</sup>. Cette jurisprudence en matière de droit applicable est le prolongement des évolutions en matière de clause d'attribution<sup>52</sup>. Les solutions énoncées par la Cour ont vocation à s'appliquer à tous les contrats de commerce en ligne affectés d'un élément d'extranéité<sup>53</sup>.

<sup>45</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2317.

<sup>46</sup> Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, Protection des consommateurs : loi applicable au traitement des données personnelles, Arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 28 juillet 2016.

<sup>47</sup> Point 43.

<sup>48</sup> Règl. (UE) n°2016/679, du Parlement 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 dir. (CE) 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), entrant en vigueur en mai 2018.

<sup>49</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2317.

<sup>50</sup> Larrieu, J., Le Stanc, C., Trefigny, P., Droit du numérique ; octobre 2015 - septembre 2016, Recueil Dalloz, 27 octobre 2016, n°36, p. 2141.

<sup>51</sup> Lagarde, P., Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges Ghestin, LGDJ, 1999, p. 511.

<sup>52</sup> Deux modifications législatives récentes : Il s'agit d'abord du nouvel article 1171 du code civil qui étend l'application de la règle sur les clauses abusives quelles que soient les parties concernées (consommateur). Il s'agit ensuite du nouveau règlement Bruxelles I bis du 12 décembre 2012, entré en vigueur en janvier 2015, qui précise que l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée, quel que soit le domicile de l'autre partie, même hors Union européenne, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié ; M.-A. Ancel, « Un an de droit international privé du commerce électronique », CCE 2016. Chron. 1, n° 7.

<sup>53</sup> Jault-Seseke, F., Commerce électronique, action en cessation des clauses abusives et protection des données personnelles. À la recherche de la loi applicable, Recueil Dalloz, 17 novembre 2016, n°39, p. 2317.

**Utiles précisions sur le régime des adresses IP**

[CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 19 oct. 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer c/Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2016:779](#)

Parler de libre circulation des données, c'est avant tout parler des données. Mais qu'est-ce qu'une donnée à caractère personnel<sup>54</sup> ? Dans son arrêt du 19 octobre 2016, la Cour va illustrer un peu plus précisément la définition d'une donnée et par la suite restreindre la protection des données à caractère personnel pour un motif d'intérêt légitime.

En l'espèce, M. Patrick Breyer conteste le fait que des sites internet des services fédéraux allemands enregistrent et conservent, lorsqu'il les consulte, les adresses IP des visiteurs<sup>55</sup> afin de se prémunir contre les attaques cybernétiques et de réaliser des poursuites pénales<sup>56</sup>. La Cour fédérale de justice allemande souhaite savoir si l'adresse IP est une donnée à caractère personnel et si ces données peuvent être exploitées à d'autres fins que de permettre de facturer l'utilisation du média en ligne par l'utilisateur.

**I- L'affirmation du caractère de données personnelles des adresses IP dynamiques**

La Cour commence par déterminer classiquement si l'adresse IP dynamique est une donnée à caractère personnel<sup>57</sup> en examinant le critère de la possibilité d'identifier la personne avec la donnée collectée<sup>58</sup>. À cette fin, il faut distinguer l'adresse IP dynamique de l'adresse IP statique<sup>59</sup>. Une adresse IP dynamique est une adresse IP changeant à chaque nouvelle connexion. Contrairement aux adresses IP statiques, les adresses IP dynamiques ne permettent pas de faire le lien, au moyen de fichiers publics, entre un ordinateur et le branchement physique au réseau utilisé par le fournisseur d'accès à Internet. Pour les adresses IP dynamiques seul le fournisseur d'accès à Internet de M. Patrick Breyer dispose des informations complémentaires nécessaires pour l'identifier<sup>60</sup>. Ainsi, en vertu de l'article 2 (a) de la directive 95/46/CE, la Cour estime qu'« est réputée identifiable une personne qui peut

<sup>54</sup> Lesaulnier, F., La définition des données à caractère personnel dans le règlement général relatif à la protection des données personnelles, Dalloz IP/IT, 5 décembre 2016, n°12, p. 573.

<sup>55</sup> Points 13 à 16.

<sup>56</sup> Communiqué de presse n°112/16, CJUE, 19 octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

<sup>57</sup> Dir. (UE) art. 2 de la directive n°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, JOCE L 281, 23.11.1995, p.31 ; Art. 2 de la Loi : " Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne. La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement ".

<sup>58</sup> Autier, E., CJUE : les adresses IP « dynamiques » sont des données personnelles au sens du droit de l'Union. CJUE 19 octobre 2016, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-582/14, Dalloz actualité, 8 novembre 2016, n°8.

<sup>59</sup> Point 36.

<sup>60</sup> Communiqué de presse n°112/16, CJUE, 19 octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.



être identifiée non seulement directement mais aussi indirectement »<sup>61</sup> et constate que « *le fait que les informations supplémentaires nécessaires pour identifier l'utilisateur d'un site Internet sont détenues non pas par le fournisseur de services de médias en ligne, mais par le fournisseur d'accès à Internet de cet utilisateur[...] qui n'exclut pas que les adresses IP dynamiques constituent des données à caractère personnel* »<sup>62</sup>. Pour la Cour<sup>63</sup> une adresse IP dynamique enregistrée par un « fournisseur de services de médias en ligne »<sup>64</sup> lors de la consultation de son site Internet constitue une donnée à caractère personnel<sup>65</sup>, lorsqu'il dispose de moyens légaux permettant d'identifier le visiteur grâce aux informations du fournisseur d'accès à Internet<sup>66</sup>. Toutefois, il est clairement nécessaire que cette collecte soit effectuée par le fournisseur d'accès pour être une donnée à caractère personnel<sup>67</sup>.

## II- L'acceptation d'un possible intérêt légitime à la conservation des adresses IP

Selon la Cour, le traitement de données à caractère personnel est licite notamment s'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi<sup>68</sup>. La Cour rappelle que conformément à l'article 7 (f) de la directive<sup>69</sup>, le « *traitement de données à caractère personnel est licite s'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée* »<sup>70</sup>. En revanche, l'interprétation de la réglementation allemande, prévoyant l'utilisation et la collecte des données uniquement dans la mesure où cela est nécessaire pour facturer l'utilisation, réduit la portée du principe de la directive et est donc illicite<sup>71</sup>. Et cela sans que l'objectif de la capacité de fonctionnement de ces services puisse justifier l'utilisation des données après une session de consultation<sup>72</sup>. En cas d'attaques cybernétiques, il existe en Allemagne des voies légales permettant au fournisseur de services en ligne de

<sup>61</sup> Point 40.

<sup>62</sup> Point 44.

<sup>63</sup> Points 37 à 49.

<sup>64</sup> L'exploitant d'un site Internet, en l'occurrence les services fédéraux allemands.

<sup>65</sup> Au sens de la dir. (CE) 95/46 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.

<sup>66</sup> CJUE 24 nov. 2011 affaire n° C-70/10, Sté Scarlet Extended c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeur SCRL, point 51 ; Communiqué de presse n°112/16, CJUE, 19 octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

<sup>67</sup> Autier, E., CJUE : les adresses IP « dynamiques » sont des données personnelles au sens du droit de l'Union. CJUE 19 octobre 2016, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-582/14, Dalloz actualité, 8 novembre 2016, n°8.

<sup>68</sup> Communiqué de presse n°112/16, le 19 octobre 2016, CJUE, arrêt dans l'affaire C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

<sup>69</sup> Dir. (CE) n°95/46 du Parlement européen et du Conseil, 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.

<sup>70</sup> Point 56.

<sup>71</sup> Autier, E., CJUE : les adresses IP « dynamiques » sont des données personnelles au sens du droit de l'Union. CJUE 19 octobre 2016, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-582/14, Dalloz actualité, 8 novembre 2016, n°8.

<sup>72</sup> Communiqué de presse n°112/16, CJUE, 19 octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

s'adresser<sup>73</sup> à l'autorité compétente afin d'entreprendre les démarches nécessaires pour obtenir les informations auprès du fournisseur d'accès à Internet et de déclencher des poursuites pénales<sup>74</sup>. Ainsi, l'exploitant d'un site internet peut justifier d'un intérêt légitime de conservation des données à caractère personnel pour se défendre contre les attaques cybernétiques<sup>75</sup>.

Cet arrêt permet de définir une adresse IP comme étant potentiellement une donnée à caractère personnel. Pour des raisons d'intérêt légitime, cette donnée peut être conservée<sup>76</sup>. Cette jurisprudence a été reprise plus récemment dans le cadre d'une affaire de piratage informatique d'un cabinet immobilier<sup>77</sup>. La Cour de cassation<sup>78</sup> a également considéré, que « les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel<sup>79</sup>, de sorte que leur collecte constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL »<sup>80</sup>.

### La consolidation des critères permettant d'apprécier la licéité d'obligations nationales de conservation des données personnelles

[CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, dans les affaires jointes n° C-203/15 Tele2 Sverige AB/ Post-och telestyrelsen et n° C-698/15 Secretary of State for the Home Department/Tom Watson e.a., ECLI:EU:C:2016:970](#)

La sécurité impose-t-elle nécessairement une privation de nos droits fondamentaux<sup>81</sup> ? La Cour répond partiellement que non, en considérant dans son arrêt du 21 décembre 2016 que l'obligation générale de conservation des données aux fournisseurs de services de communication électronique n'est pas licite. Cette décision reprend le principe du célèbre arrêt Digital Rights du 8 avril 2014<sup>82</sup>. Cet arrêt avait invalidé la directive 2006/24/CE<sup>83</sup> du 15 mars 2006 qui imposait aux fournisseurs de services de communication électronique de conserver, de six mois à deux ans, les données nécessaires pour retrouver et identifier la source et le destinataire d'une communication, et de permettre aux autorités nationales d'accéder à ces données. Mais cette invalidation excluait-elle que les États membres

<sup>73</sup> Ingall-Montagnie, P., Adresse IP et protection des données à caractère personnel, Gazette du palais, 15 novembre 2016, n° 40, p. 24.

<sup>74</sup> Communiqué de presse n°112/16, CJUE, 19 octobre 2016, affaire n° C-582/14, Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland.

<sup>75</sup> Autier, E., CJUE : les adresses IP « dynamiques » sont des données personnelles au sens du droit de l'Union. CJUE 19 octobre 2016, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-582/14, Dalloz actualité, 8 novembre 2016, n°8.

<sup>76</sup> Ingall-Montagnie, P., Adresse IP et protection des données à caractère personnel, Gazette du palais, 15 novembre 2016, n° 40, p. 24.

<sup>77</sup> Autier, E., CJUE : les adresses IP « dynamiques » sont des données personnelles au sens du droit de l'Union. CJUE 19 octobre 2016, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-582/14, Dalloz actualité, 8 novembre 2016, n°8.

<sup>78</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 3 nov. 2016, n° 15-22.595.

<sup>79</sup> Recueil Dalloz, n°39, 17 novembre 2016, CNIL (données à caractère personnel) : identités des titulaires des adresses IP, arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 novembre 2016, n°15-22.595, p. 2285.

<sup>80</sup> Se référant aux articles 2 et 22 de la loi informatiques et libertés de 1978.

<sup>81</sup> Castets-Renard, C., Invalidation du Safe Harbor par la CJUE : tempête sur la protection des données personnelles aux États-Unis, Recueil Dalloz, 14 janvier 2016, n°2, p. 88.

<sup>82</sup> CJUE, 8 avril 2014, affaires jointes n° C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.

<sup>83</sup> Dir. (CE) 2006/24 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la dir. (CE) 2002/58.



continuent à appliquer les lois de transposition ? <sup>84</sup> Telle est en substance la question posée à la CJUE.

La Cour examine conjointement deux affaires portant sur l'obligation générale imposée (au Royaume-Uni et en Suède) aux fournisseurs de services de communication électronique de conserver les données relatives à des communications, conservation étant prévue par la directive invalidée<sup>85</sup>.

## **I- L'appréciation des obligations de conservation à l'aune de la directive Vie privé et commerce électronique**

Pour la Cour, les obligations de conservation imposées par les États membres sont appréciées au regard de la directive relative à la vie privée et aux communications électroniques de 2002<sup>86</sup>. Cette directive est lue à la lumière des articles 7<sup>87</sup>, 8 et 52 §1<sup>88</sup> de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Selon la Cour, le droit de l'Union européenne s'oppose à une réglementation nationale prévoyant une conservation généralisée et indifférenciée des données. Ainsi, le respect de la vie privée<sup>89</sup> exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel soient limitées au strict nécessaire pour la conservation des données et pour l'accès aux données conservées. Toutefois, la directive de 2002<sup>90</sup> ne s'oppose pas à un ciblage des données à conserver, à condition qu'une telle conservation soit nécessaire, claire, précise et prévoit des garanties suffisantes.

Au regard de cet arrêt, l'accord PNR UE/Canada ne semble pas permettre une protection en adéquation avec le droit de l'Union pour la conservation et l'accès aux données personnelles. Notamment à cause de la possibilité pour le Canada de donner l'accès aux données des citoyens de l'Union à des autorités non canadiennes<sup>91</sup>.

<sup>84</sup> De Montecler, M.-C., La CJUE défend la vie privée numérique. CJUE, 21 décembre 2016, affaire n° C-203/15, Dalloz actualité, 2 janvier 2017, n°2.

<sup>85</sup> De Montecler, M.-C., La CJUE défend la vie privée numérique. CJUE, 21 décembre 2016, affaire n° C-203/15, Dalloz actualité, 2 janvier 2017, n°2.

<sup>86</sup> Dir. (CE) 2002/58 du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la dir. (CE) 2009/136 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009.

<sup>87</sup> Benoît-Rohmer, F., Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Respect de la vie privée et familiale (art. 7 de la Charte), (CJUE 11 décembre 2014, aff. C-212/13, Rynes, ECLI:EU:C:2014:2428, D. 2015. 11), RTD Eur, 8 Août 2016., n°2, p. 353.

<sup>88</sup> Benoît-Rohmer, F., Chronique Union européenne et droits fondamentaux - Respect de la vie privée et familiale (art. 7 de la Charte), (CJUE 11 décembre 2014, aff. C-212/13, Rynes, ECLI:EU:C:2014:2428, D. 2015. 11), RTD Eur, 8 Août 2016., n°2, p. 347.

<sup>89</sup> Benoît-Rohmer, F., Chronique Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Protection des données personnelles, RTD Eur., 5 juin 2015, n°1, p. 168.

<sup>90</sup> Dir. (CE) 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009.

<sup>91</sup> CJUE, conclusion de l'avocat général, 8 septembre 2016, Avis 1/15.

## II- L'appréciation des conditions d'accès des autorités nationales aux données conservées

Concernant l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées, la Cour exige des critères objectifs pour définir les circonstances et les conditions dans lesquelles l'accès aux données doit être accordé. Il doit y avoir la preuve d'une implication de la personne<sup>92</sup>, sauf en présence d'intérêts vitaux de la sécurité nationale, de la défense ou de la sécurité publique menacés par des activités terroristes. Ensuite sauf cas d'urgence, l'accès à ces données doit être subordonné – préalable - à une autorité judiciaire ou à une entité indépendante.

Enfin, la Cour exige que ces données de par leur nature soient conservées sur le territoire de l'Union européenne.

Cet arrêt vient confirmer, la jurisprudence établie par Digital Right Ireland de 2014<sup>93</sup> et donner un éclaircissement sur les conséquences de l'invalidation de la directive 2006/24/CE<sup>94</sup>.

La libre circulation des données et son corollaire, la protection des données à caractère personnel, sont au cœur des préoccupations du législateur de l'Union et laisse de beaux jours à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. À titre d'exemple, il peut être fait référence au recours du Digital Right Ireland<sup>95</sup> contre la décision d'adéquation du Privacy Shield<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Benlolo-Carabot, M., Chronique Droit pénal de l'Union européenne - La conservation des données à des fins de prévention d'infractions à l'aune de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 31 décembre 2015, n°4, p. 786.

<sup>93</sup> CJUE, 8 avril 2014, affaires jointes n° C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.

<sup>94</sup> Dir. (CE) 2006/24 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la dir. (CE) 2002/58.

<sup>95</sup> TUE, 16 septembre 2016, affaire n°T-670/16, Digital Rights Ireland c/ Commission ; Des recours similaires ont été déposés par des acteurs français : La Quadrature du Net, French Data Network et la Fédération FDN.

<sup>96</sup> Déc. d'exécution (UE) 1250/2016 de la Commission du 12 juillet 2016 conformément à la dir. (CE) 95/46 du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis.