



Date de réception : 22/10/2012

Observations de la partie demanderesse au principal

Affaire C-131/12*

Pièce déposée par:

Google Spain, S.L. et Google, Inc.

Nom usuel de l'affaire:

GOOGLE SPAIN, S.L. ET GOOGLE, Inc.

Date de dépôt:

2 juillet 2012

**RÉSUMÉ DES OBSERVATIONS ÉCRITES PRÉSENTÉES LE
2 JUILLET 2012 PAR GOOGLE SPAIN, S.L. ET GOOGLE INC. DANS
L'AFFAIRE C-131/12 CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 23,
PARAGRAPHE 2, DU PROTOCOLE SUR LE STATUT DE LA COUR DE
JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE ¹**

Représentants légaux: M. Francisco Enrique González Díaz, M. José M. Baño Fos, tous deux avocats membres des barreaux de Madrid et de Bruxelles; M. Mark Watts et Mme Hannah Crowther, solicitors en Angleterre et au Pays de Galles, et M. Javier Martínez Bavière, avocat membre du barreau de Madrid, ayant élu domicile aux fins des significations auprès du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, rue de la Loi 57, 1040, Bruxelles (Belgique), téléphone: + 32 2 287 2000. Conformément à l'article 38, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice, ils consentent à ce que les significations leur soient adressées par télécopieur au numéro suivant: + 32 2 231 16 61 ou par courriel aux adresses suivantes: [REDACTED] et [REDACTED].

I. INTRODUCTION

- 1 Les moteurs de recherche sont des outils essentiels pour la diffusion et l'accès aux informations publiées sur Internet. La question qui se trouve au cœur de la présente procédure vise à savoir si un individu a le droit en vertu de la

* Langue de procédure: l'espagnol.

¹ Le présent document constitue un résumé des observations présentées par Google Inc. et Google Spain le 2 juillet 2012 dans l'affaire C-131/12 conformément à la demande de la Cour de justice. Les références au «mémoire principal» concernent donc ces observations qui ont été admises par la Cour.

réglementation relative à la protection des données à caractère personnel de faire obstacle à ce que les moteurs de recherche fassent figurer dans leurs résultats des liens vers des informations légalement publiées sur Internet au seul motif que ces informations lui sont défavorables. Si tel était le cas, les moteurs de recherche seraient transformés en instruments au service de la censure d'informations légales, ce qui serait incompatible avec le rôle neutre qu'ils jouent dans le développement de la société de l'information², en ce sens qu'ils facilitent l'exercice de la liberté d'expression et le droit à l'information, qui constituent les piliers d'une société démocratique et égalitaire.

- 2 En ce qui concerne l'application matérielle 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 (ci-après «la directive»), Google Inc. et Google Spain considèrent que: i) l'activité de Google Inc. ne saurait être considérée comme un traitement *de données* portant sur les informations qui apparaissent sur les pages web de tiers que le moteur de recherche de Google Inc. affiche parmi ses résultats, car il traite les informations accessibles sur Internet dans leur ensemble sans faire le tri entre les données à caractère personnel et les autres informations³; ii) quand bien même il serait considéré qu'il existe un traitement de données, Google Inc. ne pourrait en être considérée comme responsable puisqu'elle ne dispose ni de la connaissance ni du contrôle nécessaires pour pouvoir être considérée comme responsable du traitement des informations⁴ et elle ne pourrait même pas satisfaire aux obligations que la directive impose au responsable du traitement⁵; et iii), en toute hypothèse, quand bien même la Cour considérerait qu'il y a traitement et que Google Inc. en est responsable, cela ne conférerait pas automatiquement aux personnes le droit de faire supprimer des informations les concernant parmi les résultats affichés par le moteur de recherche.
- 3 Comme nous l'indiquons dans les réponses aux questions 2.3 et 2.4, le droit à la protection des données à caractère personnel ne constitue pas un droit absolu. Il doit en effet être mis en balance avec les autres droits fondamentaux concernés (le droit à la liberté d'expression et d'information, qui inclut tant le droit de diffuser des idées et des informations que le droit d'y accéder, prévu à l'article 10 [Ndt: Il faut lire article «11»] de la charte **[Or. 2]** des droits fondamentaux de l'Union européenne [ci-après «la charte»], et la liberté d'entreprendre de Google Inc., ainsi que sa propre liberté d'expression), eu égard au principe de proportionnalité. La

² S'il est fait obligation aux moteurs de recherche de servir d'instrument permettant aux individus de réécrire leurs histoires personnelles, les milliards d'utilisateurs des moteurs de recherche ne pourront alors plus continuer à penser que ces outils leur permettent d'accéder de manière complète et neutre aux informations disponibles sur Internet.

³ Voir la réponse à la question 2.1.

⁴ Ce sont les éditeurs des informations et non le prestataire du service de moteur de recherche qui déterminent «les finalités et les moyens» du traitement de ces données, au sens de l'article 2, sous d), de la directive.

⁵ Voir la réponse à la question 2.2.

directive ne consacre pas un «droit à l'oubli» qui permettrait d'exiger la disparition des moteurs de recherche des informations qui ne sont pas illégales, en l'absence de motifs justifiant l'élimination de ces informations des pages Internet d'origine.

- 4 Indépendamment de ce qui précède, quand bien même il serait estimé qu'il existe un traitement et que Google Inc. (et non Google Spain) en est responsable (ce que nous n'admettons pas), Google Inc. et Google Spain considèrent que l'activité du moteur de recherche de Google Inc. ne relève pas du champ d'application territorial de la directive, car le lien exigé par l'article 4, paragraphe 1, de la directive entre le moteur de recherche de Google Inc. et l'État membre qui souhaite appliquer la directive (l'Espagne en l'espèce), n'existe pas. Le moteur de recherche de Google Inc. est un service exploité, géré et contrôlé exclusivement par Google Inc., une société dont le siège se trouve aux États-Unis, sans aucune intervention (ni dans le cadre du service de moteur de recherche, ni dans le traitement des informations objet de la présente procédure) de Google Spain, S.L., qui est la filiale espagnole du groupe Google dont l'activité se limite à la fourniture d'un soutien à l'activité publicitaire réalisée par le groupe Google. Il s'agit donc d'une activité totalement distincte et séparée du service de moteur de recherche de Google Inc. Par ailleurs, Google Inc. n'utilise aucun type de «moyens» en Espagne aux fins du traitement des informations objet de la présente procédure. Ni le logiciel que Google Inc. utilise pour l'élaboration et la consultation de son index, ni les serveurs qui stockent l'index ne se trouvent en Espagne. En outre, nous considérons qu'il convient d'écarter catégoriquement la possibilité d'une application de la directive, en contradiction avec les dispositions de son article 4, paragraphe 1, sur le fondement d'une interprétation extensive de l'article 8 de la charte. Une telle application serait non seulement contraire à la volonté expresse du législateur, mais elle serait en outre gravement préjudiciable pour le principe de légalité et de sécurité juridique, et il en résulterait une impossibilité de déterminer la loi nationale gouvernant l'activité du prétendu responsable du traitement.

II. LES FAITS

A. LA PROCÉDURE NATIONALE

- 5 Google Inc. et Google Spain, S.L. contestent une décision prise par la Agencia Española de Protección de Datos (agence espagnole chargée de la protection des données, ci-après «AEPD») qui leur ordonne de *«pren[dre] les mesures nécessaires pour retirer les données de son index et rendre impossible l'accès futur à ces dernières»* à propos de deux liens vers des pages des archives numériques du quotidien «La Vanguardia» dans lesquelles figurent, entre autres, des informations (publiées par obligation légale) sur la vente aux enchères d'un immeuble appartenant au requérant, M. Costeja⁶. La décision en cause indique

⁶ Cette page comporte également d'autres informations présentant un intérêt public – deux articles sur l'euthanasie et un article sur une procédure judiciaire concernant un assassinat

que l'éditeur ⁷ de La Vanguardia n'a pas l'obligation de supprimer les données de son site web dès lors que la publication de l'annonce était légalement justifiée par la nécessité de conférer une publicité maximale à la vente aux enchères en cause.

- 6 Outre cette décision, l'AEPD a également rendu plus de 160 décisions ordonnant la suppression des résultats du moteur de recherche Google de liens vers des informations légalement publiées (comme en l'espèce) par des tiers. Au point 23 de notre mémoire principal, nous présentons quelques exemples significatifs du type d'informations légales, qui présentent dans de nombreux cas un intérêt public indéniable, dont l'AEPD enjoint la suppression des résultats du moteur de recherche. En règle générale, l'AEPD n'enjoint pas aux propriétaires des pages web d'origine de supprimer, modifier ou verrouiller ces contenus, ni de prendre des mesures pour en éviter l'indexation. Elle ordonne uniquement leur suppression des résultats du moteur de recherche de Google Inc. sans que cela ait d'incidence sur le fait qu'ils demeurent accessibles sur Internet. [Or. 3]

B. DESCRIPTION DE GOOGLE INC. ET DE GOOGLE SPAIN, S.L. («GOOGLE SPAIN»)

- 7 Google Inc. est une société nord-américaine dont le siège social se trouve en Californie (États-Unis). Google Inc. fournit différents services liés à Internet, y compris l'outil de courrier électronique Gmail, des plateformes d'hébergement de contenu («*hosting*») et le moteur de recherche Google.
- 8 Google Spain est une société espagnole qui fait partie du groupe Google (il ne s'agit pas d'une filiale directe de Google Inc.). Google Spain fournit des services de marketing en Espagne et fournit un soutien à la vente d'espace publicitaire en ligne («*online*»).
- 9 La société Google Inc. fournit le service de moteur de recherche Google. Google Spain n'intervient pas dans la prestation de ce service et n'est pas en mesure d'accéder à l'index ni de modifier les résultats. Ces faits non discutés sont admis par l'AEPD (voir la page 50 du mémoire en défense présenté en réponse à la requête et joint en annexe III de l'ordonnance); cela ressort également du point 3.4.1 de l'ordonnance rendue par la Audiencia Nacional.
- 10 Le groupe Google (ci-après «Google») exerce une activité publicitaire qui consiste à vendre des espaces publicitaires par l'intermédiaire de différents services et plateformes, sur des millions de pages web, y compris sur les pages de résultats du

commis par l'ETA – (voir le graphique 4 joint à la fin du présent document). **Toutes ces informations disparaîtraient également des résultats du moteur de recherche si le lien permettant d'accéder à la page qui contient les informations relatives à M. Costeja, était éliminé.**

⁷ Le terme «éditeur» est utilisé dans le présent mémoire pour faire référence sans distinction tant à l'opérateur du site web («*website operator*») qu'à la personne qui a publié les informations en cause sur ledit site web («*publisher*») ainsi qu'au responsable final du site («*webmaster*»).

moteur de recherche de Google Inc.⁸. Ces services publicitaires fournis par Google sont indépendants du fonctionnement du moteur de recherche. C'est ce que la Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises⁹. La gestion du service de publicité (y compris la conclusion de contrats avec les clients) n'est pas assurée par Google Spain, mais par d'autres sociétés du groupe Google (dans l'UE, Google Ireland Limited).

C. LES INFORMATIONS PERTINENTES AUX FINS DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE

- 11 Comme l'ordonnance de renvoi l'explique clairement (point 2.4), la présente affaire porte exclusivement sur les activités de Google Inc. qui consistent à explorer les pages web pour élaborer un index des contenus de ces dernières, et à utiliser cet index pour présenter les résultats de la recherche aux utilisateurs (ci-après «les Activités»). En revanche, cette affaire ne concerne pas les informations à caractère personnel des utilisateurs du moteur de recherche (adresses IP et autres données que Google Inc. pourrait obtenir grâce à des cookies), ni les données des clients du service publicitaire de Google.

D. FONCTIONNEMENT D'INTERNET ET DU «WORLD WIDE WEB»

- 12 Internet est un système de réseaux informatiques qui permet aux ordinateurs d'être interconnectés et d'échanger des informations par le biais de protocoles standard de communication relativement simples. Entre autres services (courrier électronique, messagerie instantanée, chat audio et vidéo, etc.), Internet accueille le «World Wide Web» (la «Toile»), un protocole qui permet la communication entre des équipements qui hébergent des informations sous la forme de «pages» virtuelles («serveurs web») et des équipements qui accèdent à ces informations (les équipements «client»). Chaque page est identifiée par une adresse Internet «Uniform Resource Locator» ou «URL» unique qui permet d'identifier le serveur qui héberge la page web et l'emplacement exact des informations sur ce serveur¹⁰.
- 13 Les équipements clients, qu'il s'agisse des ordinateurs des utilisateurs individuels qui consultent les informations grâce à leurs «navigateurs» (comme Microsoft

⁸ Sur les pages web du moteur de recherche de Google Inc. peuvent apparaître des annonces, dans des espaces spécifiquement identifiés comme étant de nature publicitaire qui sont clairement séparés de la liste des résultats naturels fournis par le moteur de recherche, et qui sont générées grâce à l'utilisation d'une méthode différente de celle utilisée pour la production de l'index principal des résultats. Outre ces annonces qui peuvent apparaître à côté des résultats du moteur de recherche, le système publicitaire du groupe Google génère également des annonces qui sont publiées sur d'autres sites web d'Internet sans aucun rapport avec le moteur de recherche, dont la plupart est gérée par des tiers, y compris certaines pages les plus populaires (par exemple, elpais.com, elmundo.es, etc.)

⁹ La Cour de justice a déjà eu l'occasion d'analyser le service de publicité de Google («Ad Words») dans l'arrêt du 23 mars 2010, LVMH/Google (C-236/08 et 238/08, Rec. p. I-2417, points 22 à 27).

¹⁰ Comme par exemple: (www.lavanguardia.com).

Internet Explorer ou Google Chrome) ¹¹ ou de tout autre équipement qui cherche à accéder aux informations, par exemple, les équipements de Google Inc. qui, comme nous l'expliquerons plus loin, explorent les informations accessibles sur Internet en vue d'élaborer l'index qui sert ensuite à fournir le service de recherche, entrent en communication par le biais d'Internet avec le serveur web qui héberge une page grâce à un protocole identique de [Or. 4] communication sur le web (l'«Hypertext Transfer Protocol» ou «HTTP»), qui permet l'échange de messages entre eux. Cet échange peut être décrit de la manière suivante: l'équipement client envoie au serveur un message dans lequel il lui demande les informations qui sont hébergées sur une page déterminée. Dans ce message de demande, le client fournit certaines informations qui permettent au serveur d'identifier l'origine de la demande (l'adresse IP de l'équipement client ou le logiciel qu'il utilise). Le serveur répond à la demande d'information du client en fonction des règles pré-établies par l'éditeur dans la configuration du serveur ¹². L'équipement client n'a aucun contrôle sur la réponse du serveur. Le client peut uniquement envoyer des demandes et attendre de recevoir (ou non) des réponses. C'est l'éditeur qui dispose du contrôle absolu sur les informations qu'il publie et sur les personnes qui peuvent les consulter.

E. LE FONCTIONNEMENT DES MOTEURS DE RECHERCHE

- 14 Il existe sur le web environ quarante milliards de pages interconnectées ¹³. Compte tenu de ce volume – qui est en outre croissant – d'informations, les utilisateurs ont besoin de moyens qui les aident à identifier les informations qui sont pertinentes pour eux. Entre autres moyens disponibles pour localiser des informations, les utilisateurs disposent des moteurs de recherche (comme le moteur de recherche «Google» exploité par Google Inc., «Bing» exploité par Microsoft et beaucoup d'autres). Tous les moteurs de recherche fonctionnent fondamentalement de la même manière: i) ils *explorent* le web; ii) ils élaborent un *index* de son contenu et iii) ils *affichent* une liste de résultats pour les utilisateurs.

1. Exploration

- 15 Afin de pouvoir répondre en temps réel aux requêtes des utilisateurs, il est indispensable que le moteur de recherche procède au préalable à la collecte des informations disponibles. À cet effet, il utilise un logiciel d'exploration parfois appelé «crawlers», «araignées» ou «robots d'indexation».
- 16 Le logiciel d'exploration (lorsque nous désignerons celui de Google Inc., nous l'appellerons «Googlebot» ou «le logiciel d'exploration de Google Inc.») est pour

¹¹ Voir le graphique 1, étape 1.

¹² L'éditeur peut, par exemple, prévoir que le serveur ne réponde pas ou réponde en envoyant les informations d'une page autre que celle demandée, en fonction de différents paramètres (si le client est ou non autorisé à accéder aux informations, s'il donne ou non le mot de passe exact, s'il s'agit d'un ordinateur ou d'un dispositif mobile, si le client est l'équipement d'un moteur de recherche, etc.).

¹³ Voir www.worldwebsitesize.com

l'essentiel un navigateur web automatisé qui consulte progressivement les pages du web¹⁴. Le logiciel d'exploration ne se déplace pas (il ne «voyage pas par internet»)¹⁵. Il envoie simplement des messages par Internet aux serveurs web, comme le fait le navigateur d'un utilisateur individuel ou tout autre équipement client.

- 17 Dans les messages qu'il envoie aux serveurs, le logiciel d'exploration de Google Inc. s'identifie sous le nom «Googlebot». Le serveur distingue ainsi les demandes de Googlebot de celles des utilisateurs individuels (qui sont généralement identifiés par le nom du navigateur qu'ils utilisent, par exemple, «Firefox» ou «Internet Explorer») et de celles des autres moteurs de recherche, comme Bing, le moteur de recherche de Microsoft (qui s'identifie sous le nom de «Bingbot»). Le serveur peut donc réagir à ces demandes, en fournissant ou non les informations demandées par Googlebot, en fonction des instructions données au préalable par l'éditeur. L'éditeur peut décider des informations que pourront ou non explorer les équipements des moteurs de recherche (ou d'un moteur de recherche concret).
- 18 La procédure d'exploration est continue. Googlebot consulte périodiquement le contenu de chaque page en vue de mettre à jour les informations et de supprimer celles que l'éditeur aurait modifiées ou éliminées, ou qu'il aurait choisi de ne pas envoyer au moteur de recherche de Google Inc. **[Or. 5]**

2. Indexation

- 19 Google Inc. élabore un index dans lequel elle organise les informations des pages explorées. Cet index est indispensable en vue de pouvoir répondre ensuite efficacement et en temps réel aux requêtes des utilisateurs¹⁶.
- 20 L'index de Google Inc. est constamment mis à jour. Chaque fois qu'une page est affichée, est modifiée ou disparaît, ou que l'éditeur adopte des mesures pour retirer des informations du moteur de recherche, le logiciel d'exploration de Google Inc. consulte à nouveau une page, détecte les changements et les traduit dans son index la prochaine fois qu'il explore cette page.

3. Présentation des résultats

¹⁴ Voir la figure 2, étape 1.

¹⁵ Bien que le terme «robot ou araignée» soit susceptible de laisser penser qu'il existe une sorte de mouvement, tel n'est pas le cas. Il ne s'agit que d'une simple métaphore: le «robot ou araignée» est un logiciel qui fonctionne à partir des équipements du moteur de recherche, sur le lieu où ceux-ci se trouvent.

¹⁶ Pour générer une liste de pages disponibles sur Internet en réponse à la requête d'un utilisateur, le moteur de recherche doit mettre en œuvre une procédure de recherche parcourant l'ensemble des pages Internet. Pour des raisons techniques, cette procédure ne peut pas être réalisée en temps réel au moment où un utilisateur effectue une recherche. Par conséquent, comme les autres moteurs de recherche, Google doit élaborer un index des pages web accessibles sur Internet, et c'est cet index qui sert de base pour répondre aux requêtes des utilisateurs (voir le point 48 du mémoire principal).

- 21 Lorsqu'un utilisateur soumet une requête, le moteur de recherche examine son index pour identifier les pages qui coïncident avec les termes de recherche indiqués par l'utilisateur, et il affiche une liste de liens ordonnés de manière automatique, selon les critères d'intérêt/de pertinence probable pour l'utilisateur. Les résultats que l'utilisateur voit apparaître comprennent généralement un lien vers la page, l'intitulé de la page et un texte bref («snippet») qui font apparaître le contexte dans lequel les termes de la recherche apparaissent sur la page, afin que l'utilisateur puisse évaluer a priori la pertinence d'un résultat. Si l'utilisateur sélectionne le lien de la page web, pour l'obtenir, son navigateur s'adresse au serveur d'origine qui héberge les informations.

F. LE RÔLE DE L'ÉDITEUR DE LA PAGE WEB

- 22 Les informations générées par les résultats du moteur de recherche sont toujours sous le contrôle de l'éditeur, comme le reconnaît la Audiencia au point 6.4 de l'ordonnance de renvoi. En effet, il incombe à l'éditeur de décider de publier ou non les informations, de les éliminer ou de les modifier. L'éditeur peut par exemple supprimer les noms ou autres données à caractère personnel. Tout changement apparaît automatiquement dans le moteur de recherche lorsqu'il explore à nouveau la page.
- 23 De même, les éditeurs ont à leur disposition différentes méthodes destinées à éviter que les informations qu'ils publient soient affichées dans les résultats des moteurs de recherche:
- a) Les éditeurs peuvent choisir de ne pas traiter les requêtes d'informations provenant des moteurs de recherche ou de ne pas traiter spécifiquement celles qui proviennent du logiciel d'exploration de Google Inc.
 - b) Les éditeurs peuvent enjoindre au logiciel d'exploration des moteurs de recherche, ou spécifiquement à celui d'un moteur de recherche en particulier, de ne pas explorer certaines pages. Ils disposent à cet effet d'un protocole d'exclusion connu sous le nom de «robots.txt»; il s'agit d'une norme de l'industrie antérieure à l'existence de Google¹⁷. Google Inc. et les opérateurs des principaux moteurs de recherche respectent scrupuleusement les instructions que l'éditeur donne par le biais du protocole «robots.txt»; ou
 - c) Les éditeurs peuvent également enjoindre aux moteurs de recherche de ne pas faire apparaître les informations explorées dans leurs index, ou d'y procéder dans des limites très précises. En effet, les principaux moteurs de recherche, y compris celui de Google Inc., reconnaissent et se conforment aux instructions que l'éditeur peut insérer dans le code de chaque page web par des mentions HTML telles que «no index», «no archive», «nosnippet», «nofollow», «unavailable_after: [date]», et autres mentions similaires. Ces instructions constituent également une norme sur Internet, et tous les principaux moteurs de recherche s'y conforment, y

¹⁷ Description détaillée sur <http://robotstxt.org>.

compris celui de Google Inc.¹⁸. L'éditeur a ainsi un contrôle très précis sur les informations qu'il peut afficher à tout moment dans les résultats des moteurs de recherche. [Or. 6]

- 24 Dans la mesure où le processus d'exploration est continu, toute modification du contenu d'une page, de la configuration du serveur ou des instructions que l'éditeur adressent aux moteurs de recherche, se traduit automatiquement dans l'index la prochaine fois que le moteur de recherche explore la toile. La mise à jour d'une page peut être accélérée grâce aux «*outils Google pour les webmasters*» qui permettent de notifier une modification pour que le logiciel d'exploration la détecte dès que possible, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la prochaine visite programmée de la page.
- 25 **Par conséquent, les informations contenues sur une page web ne figurent dans les index du moteur de recherche et dans ses résultats que si l'éditeur de cette page web a choisi de ne pas faire obstacle à qu'elles y figurent en utilisant l'un des moyens dont il dispose à cet effet.**

G. LES INFORMATIONS DEMEURENT ACCESSIBLES SUR LE SITE WEB DE LA VANGUARDIA

- 26 Même si les informations étaient supprimées du moteur de recherche de Google Inc., elles continueraient à être accessibles sans restrictions sur le site web de La Vanguardia. Tout utilisateur peut avoir accès à ces informations sans utiliser le moteur de recherche Google, soit en tapant directement l'URL dans son navigateur, soit en sélectionnant le lien dans tout autre moteur de recherche, sur des réseaux sociaux comme Twitter, Facebook ou Tuenti, sur des forums ou dans des articles, dans des messages de courrier électronique, par le biais des «favoris» ou de l'historique stockés sur son navigateur, ou par toute autre voie. Le site web de La Vanguardia dispose lui-même d'un moteur de recherche interne¹⁹, qui permet de chercher et de trouver toute sorte d'informations, y compris celles concernant M. Costeja, figurant tant dans son édition numérique que dans son hémérothèque.

H. LOCALISATION DES ÉQUIPEMENTS

- 27 Les équipements de Google Inc. dans lesquels est exécuté le logiciel d'exploration et est réalisée l'indexation, et à partir desquels les résultats sont envoyés aux utilisateurs, sont situés dans des centres de données. Aucun de ces centres de données ne se trouve en Espagne.
- 28 Lorsque l'AEPD suggère que Google Inc. ait recours à des «moyens localisés en Espagne» aux fins de l'application éventuelle de l'article 4, paragraphe 1, sous c),

¹⁸ <http://goo.gl/VyGZW> (Dans le présent mémoire, les liens vers des URL excessivement longues sont présentés sous cette forme abrégée afin d'en faciliter la consultation.).

¹⁹ Voir les points 65 et 66 de notre mémoire principal, et le graphique 3.

de la directive, elle ne fait pas référence aux équipements de Google, mais aux serveurs qui hébergent les informations pour le compte de l'éditeur (en l'espèce, les serveurs de La Vanguardia²⁰). C'est ce qu'indique le point 3.5 de l'ordonnance de renvoi. Toutefois, compte tenu du fonctionnement d'Internet et des moteurs de recherche qui a été décrit plus haut, ces serveurs ne peuvent pas être considérés comme des «moyens utilisés» par Google Inc. dès lors qu'ils ne se trouvent pas sous le contrôle de Google Inc., mais sous celui de l'éditeur. Googlebot, comme tout autre client, se borne à envoyer des demandes d'informations à ces serveurs de tiers et à attendre leur réponse. Seul l'éditeur décide des informations qui sont stockées sur les serveurs et des réponses que ces derniers donnent aux demandes de Googlebot. Par conséquent, seul l'éditeur peut être réputé «faire usage» de ces serveurs.

III. QUESTION 1: OBSERVATIONS D'INTRODUCTION

- 29 La question 1 traduit les doutes de la Audiencia Nacional en ce qui concerne l'application territoriale de la directive, et, en particulier, ses doutes sur la question de savoir s'il convient d'étendre par voie d'interprétation le champ d'application territoriale de la directive prévu par ses propres dispositions afin de protéger les droits des citoyens de l'UE²¹. Même si cela semble évident, nous tenons à souligner que tout traitement de données concernant des citoyens d'un [Or. 7] État membre n'est pas territorialement soumis à la législation de cet État membre²². La législation de l'État membre ne s'applique que dans les hypothèses prévues par l'article 4, paragraphe 1, de la directive, indépendamment des circonstances particulières propres à l'intéressé. Toute tentative d'élargir le champ d'application territoriale de la directive en étendant la portée des dispositions de

²⁰ Il convient d'ailleurs d'indiquer qu'il n'est même pas établi que les serveurs de La Vanguardia soient situés en Espagne. L'AEPD semble cependant considérer que tel est le cas dès lors qu'il s'agit d'un éditeur espagnol, mais **La Vanguardia pourrait héberger ses contenus sur tout serveur dans le monde, et même sur plus d'un serveur simultanément, ou changer de serveurs aussi souvent qu'elle le souhaite, sans que cela n'ait d'incidence ni sur la forme sous laquelle les utilisateurs accèdent à l'information, ni sur le fonctionnement du moteur de recherche, qui seraient identiques. La localisation du serveur web sur lequel l'éditeur héberge les informations constitue donc une circonstance dénuée de pertinence.**

²¹ Répondre aux questions 1.1 à 1.4 pourrait sembler inutile compte tenu du fait que, comme nous l'avons souligné dans les observations présentées sur les questions 2.1 et 2.2, Google Inc. et Google Spain ne procèdent pas à un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2, sous b), de la directive et que ces sociétés ne sont pas non plus responsables du traitement au sens de l'article 2, sous d), relativement aux données de tiers indexées par le moteur de recherche. Cependant, en vue d'analyser les questions relatives au champ d'application territoriale de la directive, **à des fins purement dialectiques, nous prendrons comme hypothèse de départ que Google Inc. peut être considérée comme la prétendue responsable du traitement (ce qui n'est pas le cas).**

²² La directive comporte un chapitre IV dans lequel le législateur indique précisément ce qui est nécessaire à la protection des intérêts des sujets face aux transferts internationaux de données, eu égard précisément aux limites de l'application territoriale de la directive.

l'article 4, paragraphe 1, et en créant même de nouveaux points de rattachement non fondés sur la directive, serait contraire à l'intention du législateur.

- 30 Une telle extension du champ d'application compromettrait le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, dans la mesure où elle rendrait complètement impossible la détermination préalable de la loi applicable à l'activité d'un moteur de recherche. Cette absence de détermination serait particulièrement grave compte tenu de l'existence de sanctions, y compris de sanctions pénales, dans les dispositions adoptées par les États membres pour transposer l'article 24 de la directive²³.

IV. QUESTION 1.1: INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 4, PARAGRAPHE 1, SOUS A)

- 31 Google Inc. et Google Spain considèrent que l'article 4, paragraphe 1, sous a), n'est applicable dans aucune des hypothèses envisagées dans le cadre de cette question. Google Spain n'est pas un «établissement» de Google Inc. au sens des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, sous a), et les Activités sont réalisées «dans le cadre des activités» de Google Spain, car les activités de Google Spain sont totalement distinctes et indépendantes de l'activité du moteur de recherche de Google Inc. Il s'ensuit qu'il convient de répondre par la négative aux trois alternatives mentionnées à la question 1.1.

A. LE PRÉTENDU TRAITEMENT N'EST PAS RÉALISÉ DANS LE CADRE DES ACTIVITÉS DE GOOGLE SPAIN

- 32 L'article 4, paragraphe 1, sous a), n'exigerait pas uniquement que Google Spain soit un «établissement» au sens de cette disposition, comme l'indique la question 1.1, mais il exigerait en outre que le traitement des données, s'il y en avait un – ce qui n'est pas le cas –, soit effectué «dans le cadre des activités» de cet établissement²⁴.
- 33 Comme cela ressort des faits²⁵ et comme la Cour l'a reconnu à plusieurs reprises²⁶, l'activité publicitaire du groupe Google est une activité totalement indépendante de l'activité du moteur de recherche de Google Inc. Le fait que les annonces et les résultats de la recherche puissent être vues simultanément par les

²³ Dans certains États membres, des peines de prison pouvant aller jusqu'à deux ans sont prévues. Voir par exemple l'article 44, paragraphe 1, de la loi allemande du 20 décembre 1990, relative à la protection des données à caractère personnel, et l'article 41 de la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection des données.

²⁴ L'article 4, paragraphe 1, sous a), exige que le traitement soit réalisé dans le cadre, ou en tant que partie, des affaires de l'établissement local, et que le traitement ne puisse pas avoir lieu «sans» l'existence de cet établissement.

²⁵ Pour une description plus détaillée, voir les points 51 à 56 du mémoire principal.

²⁶ Voir la description réalisée par la Cour de justice dans l'arrêt du 22 septembre 2011, Interflora Inc. et Interflora British Unit/Marks & Spencer (C-323/09, non encore publié au Recueil, points 9 à 13).

utilisateurs d'Internet ne peut pas être interprété comme signifiant qu'ils font partie du même processus: les résultats naturels de la recherche et les annonces sont générés grâce à l'utilisation de logiciels différents et moyennant l'utilisation d'index d'informations indépendants.

- 34 Google Spain n'est même pas l'entité qui fournit le service publicitaire. Google Spain se borne à réaliser une activité de marketing qui ne génère pas de revenus directs pour le groupe Google. En outre, l'activité de marketing de Google Spain n'a pas de rapport avec l'apparition dans le moteur de recherche des informations concernant M. Costeja. En premier lieu, cela est dû au fait qu'aucune annonce n'apparaît, à tout le moins actuellement, à côté des liens vers des informations relatives à M. Costeja, et, en second lieu, au fait que, même si des annonces apparaissaient, on ne pourrait pas établir de corrélation entre celles-ci et les activités de marketing de Google Spain. En effet, ces annonces auraient pu faire l'objet d'un contrat conclu par des annonceurs de n'importe quel pays de la planète, en aucun cas avec Google Spain, mais directement avec Google Ireland ou avec les filiales du groupe Google qui sont chargées de conclure les contrats relatifs au service publicitaire et à fournir celui-ci dans d'autres pays. **[Or. 8]**
- 35 L'existence de Google Spain ne modifie en rien la relation de Google Inc. avec les sites web qui figurent dans ses résultats, ou avec les utilisateurs de son moteur de recherche, car Google Spain ne joue aucun rôle dans le mode de fonctionnement du moteur de recherche. Comme la Audiencia Nacional l'a reconnu dans l'ordonnance de renvoi: *«Il n'est pas établi que la filiale en Espagne de Google Inc., Google Spain S.L., réalise en Espagne une activité directement liée à l'indexation ou au stockage d'informations ou de données contenues dans les sites web de tiers»*. En effet, si Google Spain n'existait pas, le moteur de recherche de Google Inc. continuerait à fonctionner exactement de la même manière qu'à l'heure actuelle: il serait à la disposition des utilisateurs espagnols, explorerait et indexerait les sites web hébergés sur des serveurs espagnols de la même façon qu'il le fait aujourd'hui. Tel est le cas dans tous les pays où Google ne dispose pas d'une filiale. Le mode de fonctionnement du moteur de recherche ne comprend donc pas de «traitement de données dans le cadre des activités commerciales de Google Spain».
- 36 De même, dans l'hypothèse où Google Inc. ne réaliserait plus le service de moteur de recherche, Google Spain pourrait continuer à exercer son activité de marketing et de soutien à la vente d'espaces publicitaires. En effet, les espaces publicitaires commercialisés par Google Spain ne sont pas uniquement situés dans le moteur de recherche de Google Inc, mais sur des millions de pages, dont beaucoup sont des pages de tiers, qui confient la commercialisation de ces espaces à Google.

B. GOOGLE SPAIN NE PEUT PAS ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME UN ÉTABLISSEMENT DU «RESPONSABLE DU TRAITEMENT» AU SENS DE L'ARTICLE 4, PARAGRAPHE 1, SOUS A)

- 37 L'article 4, paragraphe 1, sous a), exige que le responsable du traitement soit établi sur le territoire d'un État membre, alors que les sous b) et c) du même article s'appliquent «lorsque le responsable du traitement n'est pas établi». C'est le responsable lui-même et non une autre personne morale distincte, même si elle appartient au même groupe que lui, qui doit être établi sur le territoire de l'État membre en question. En d'autres termes, l'article 4, paragraphe 1, sous a), n'impliquerait l'application de la loi espagnole que si l'entité établie en Espagne – en l'espèce, Google Spain – était la responsable du traitement. Cependant, selon l'article 2, sous d), de la directive, le responsable du traitement est l'entité qui détermine les finalités et les moyens du traitement des données à caractère personnel. Il ne fait aucun doute que Google Spain n'est pas le responsable du traitement.
- 38 Par ailleurs, le groupe de travail prévu par l'article 29 (ci-après «le groupe de travail 'article 29'») a déclaré dans son avis 8/2010 sur le droit applicable que *«l'élément déterminant pour qu'un établissement relève de la directive est l'exercice effectif et réel d'activités dans le cadre desquelles les données à caractère personnel sont traitées»*²⁷.
- 39 L'idée selon laquelle une filiale du responsable du traitement pourrait être automatiquement considérée comme un établissement du responsable du traitement au sens des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, sous a), serait également contraire au principe selon lequel le groupe ne saurait être dispensé du respect des dispositions existant en matière de protection des données.
- 40 En effet, la transmission des données à caractère personnel entre entités séparées au sein du même groupe est soumise au régime de cession et de transfert de fichiers car chaque entité est considérée comme responsable du traitement des données à caractère personnel qu'elle traite, et son activité est soumise à la loi nationale qui lui est applicable (d'où la nécessité de ce que l'on appelle les règles d'entreprise contraignantes). Si toute filiale pouvait purement et simplement être considérée «responsable» du traitement des données réalisé par une autre société du même groupe (voire même être considérée comme un «établissement du responsable»), l'échange de données à caractère personnel entre ces entités demeurerait exonéré du respect des conditions légales de la cession et du transfert de données à caractère personnel²⁸.

²⁷ Avis 8/2010 sur le droit applicable (WP179). Disponible en espagnol: <http://goo.gl/j3dCm>, en français: <http://goo.gl/mhSFu> et en anglais: <http://goo.gl/voX33>.

²⁸ Voir la réponse de BITKOM à la consultation publique en vue de la révision de la directive dans laquelle cette entreprise demande précisément que la règle de non exonération du groupe soit modifiée. Disponible sur: <http://goo.gl/9szal>

C. PRÉCÉDENTS PROVENANT D'AUTRES PAYS DE L'UE

- 41 Comme nous l'expliquons en détail aux points 98 à 101 du mémoire principal, certaines autorités chargées de la protection des données et certaines juridictions d'autres États membres se sont expressément prononcées sur des demandes similaires présentées contre des filiales de Google dans leurs pays respectifs, et elles ont [Or. 9] déclaré que les activités des filiales de Google ne sont pas pertinentes pour l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a). Tel est, entre autres, le cas de la décision du 18 mars 2006 de l'autorité italienne chargée de la protection des données (Garante per la Protezione dei Dati Personali)²⁹, le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 2 juin 2009³⁰, et le jugement du tribunal de première instance de Paris du 14 avril 2008³¹.

D. GOOGLE SPAIN NE REPRÉSENTE AUCUNEMENT GOOGLE INC. EN CE QUI CONCERNE LE TRAITEMENT DES INFORMATIONS OBJET DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE

- 42 Dans l'ordonnance de renvoi qui pose la question préjudicielle (point 3.2), la Audiencia Nacional espagnole décrit Google Spain comme étant le «*représentant et comme étant responsable du traitement*» de deux fichiers de Google Inc. qui ont été enregistrés en février 2003. La Audiencia Nacional se demande s'il serait possible de ce fait de considérer que Google Spain constitue un «établissement» aux fins de l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a). Nous considérons que la réponse doit être négative.
- 43 En premier lieu, dans ces fichiers, Google Spain n'était pas désignée comme étant le «représentant et comme étant responsable du traitement» (comme la question 1.1 le suggère de manière confuse), mais simplement en tant qu'adresse de contact destinée à permettre aux personnes résidant en Espagne d'exercer plus facilement leurs droits d'accès, de rectification, d'annulation et d'opposition (ARAO), exclusivement en ce qui concerne les données incluses sur ces fichiers³². L'unique responsable du traitement relativement à ces fichiers était en tout état de cause Google Inc.
- 44 Aucun de ces deux fichiers n'avait en outre de lien avec les Activités objet de la présente affaire. Les fichiers en cause concernaient exclusivement des clients de l'activité publicitaire du groupe Google qui, comme on l'a précisé dans les faits,

²⁹ Décision du 18 janvier 2006 du Garante per la protezione dei dati personali, document web n° 1242501. Voir l'annexe 3 du mémoire principal.

³⁰ Jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 2 juin 2009 (Dominic Roelandt/NV Google Belgium). Voir l'annexe 4 du mémoire principal.

³¹ Jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 14 avril 2008 (Bénédicte S./Google France et Google Inc.). Voir l'annexe 5 du mémoire principal.

³² À la date du présent résumé, les deux fichiers ont été supprimés par Google Inc. comme cela ressort du site web de l'AEPD: <http://goo.gl/snqFU>, car ils ne contenaient pas de données à caractère personnel.

est totalement indépendante du fonctionnement du moteur de recherche de Google Inc.³³.

- 45 L'hypothèse envisagée par la Audiencia Nacional renvoie au document de travail WP 148 du groupe de travail «article 29». Dans ce document, lorsque le groupe de travail analyse les conditions qui doivent être satisfaites pour que l'on puisse considérer qu'il y a un «établissement» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive, il déclare que l'établissement en question *«doit également jouer un rôle significatif dans l'opération de traitement en question»* et donne comme exemple d'établissement *«impliqué dans un traitement de données»* celui d'un *«établissement [...] chargé des relations avec les utilisateurs du moteur de recherche dans une juridiction donnée»*. Cependant, cet exemple n'est pas applicable en l'espèce, en premier lieu parce que Google Spain n'est absolument pas chargée des relations avec les utilisateurs du moteur de recherche, et, en second lieu, parce que cet exemple ne porte que sur les données d'utilisateurs du moteur de recherche avec lesquels la filiale en question est en relation, et il ne porte pas sur les données de tiers susceptibles d'apparaître dans les résultats. En effet, le fait qu'une filiale soit chargée des relations avec les utilisateurs (et nous devons insister sur le fait que tel n'est pas le cas de Google Spain) ne justifierait pas l'application de la loi de l'État membre de cette filiale à toute activité de la société-mère, mais uniquement au traitement des données des utilisateurs avec lesquels la filiale en question a des relations. En effet, c'est uniquement en ce qui concerne ces données que l'on pourrait estimer que la filiale *«joue un rôle significatif»*.
- 46 Il convient en outre d'ajouter que la nomination comme représentant dans un État membre du responsable non établi en Espagne ne pourrait pas donner lieu à l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a), car cela conduirait à une interprétation absurde de l'article 4. En effet, l'article 4, paragraphe 2, de la directive impose l' **[Or. 10]** obligation de désigner un représentant en Espagne dans le cas prévu par l'article 4, paragraphe 1, sous c), c'est-à-dire, lorsque le responsable du traitement n'est pas établi en Espagne. Si la désignation de ce représentant transformait ledit représentant en établissement du responsable, en tout état de cause, la nomination du représentant conduirait à l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a), et l'article 4, paragraphe 1, sous c), se trouverait sans objet.
- 47 Quant à la question de savoir si le fait qu'un «établissement» transmette volontairement à sa société-mère les réclamations ou les injonctions des intéressés

³³ Google Inc. a récemment enregistré un autre fichier auprès de l'AEPD. Dans celui-ci, elle désigne également Google Spain comme étant le représentant aux fins de l'exercice des droits ARAO relativement à des images obtenues sur le service StreetView. Dans le cas de ce fichier, les données en cause n'ont pas non plus de rapport avec les Activités. Les effets de la désignation de Google Spain comme étant le responsable de ce fichier n'existent qu'en ce qui concerne ledit fichier et les données qu'il contient. Ils sont donc totalement dénués de pertinence pour l'objet de la présente affaire.

ou des autorités peut entraîner l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous a), nous estimons qu'il convient également de répondre par la négative. Attribuer à une société les obligations d'une autre, même si elles appartiennent toutes deux à un même groupe d'entreprises, au seul motif que la première a la courtoisie de transmettre à la seconde les communications effectuées par les particuliers et les autorités en vue de faciliter les communications entre les uns et les autres, aurait pour effet manifestement indésirable de dissuader toute société d'apporter sa collaboration ³⁴.

V. QUESTION 1.2: L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 4, PARAGRAPHE 1, SOUS C)

- 48 La question vise en substance à savoir si les Activités du moteur de recherche de Google Inc. impliquent l'utilisation de moyens situés en Espagne aux fins de l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive, et si la fourniture de son service en espagnol, avec le nom de domaine www.Google.es, suffirait à faire relever Google Inc. du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c).
- 49 Dans sa question, la Audiencia Nacional omet le fait que l'article 4, paragraphe 1, sous c), exige non seulement le recours à des moyens (en d'autres termes, le contrôle de ceux-ci) sur le territoire d'un État membre, mais également (i) que ce soit le responsable du traitement qui recourt à ces moyens, et (ii) qu'il y recourt «à des fins de traitement de données à caractère personnel». Il convient de répondre par la négative à la question 1.2. D'une part, les Activités de Google Inc. sont totalement mises en œuvre grâce à un logiciel installé sur des systèmes situés hors d'Espagne. D'autre part, ni le nom de domaine www.Google.es, ni la langue espagnole ne peuvent être considérés comme constituant un «moyen» aux fins du traitement, indépendamment du fait que tout utilisateur de Google, depuis tout endroit dans le monde, peut effectuer des recherches aussi bien sur www.google.es que dans la version du moteur de recherche en espagnol.

A. LES MOYENS UTILISÉS POUR LA RÉALISATION DES ACTIVITÉS DU MOTEUR DE RECHERCHE NE SONT PAS ÉTABLIS EN ESPAGNE

- 50 Pour fournir son service de moteur de recherche aux utilisateurs, Google Inc. ne «recourt» à aucun «équipement» ou «moyen» (selon la terminologie utilisée dans les différentes traductions officielles de la directive) situé en Espagne.
- 51 Comme précédemment expliqué au point 11 (et plus en détail aux points 117 à 125 du mémoire principal), Googlebot accède au contenu des pages web de la

³⁴ Si cette thèse était retenue, aucune multinationale ne pourrait désigner ses bureaux comme domicile aux fins des communications sans s'exposer à devoir assumer la responsabilité d'activités menées par d'autres sociétés qu'elle ne contrôle pas. Il est évident que telle n'est pas la finalité de l'article 4, paragraphe 1, sous a), car cela aurait des répercussions très négatives sur l'exercice des fonctions des autorités chargées de la protection des données et, enfin, sur la protection des droits des intéressés.

même manière que tout autre client. Il se limite à envoyer des demandes aux serveurs; ces derniers répondent ou ne répondent pas en fournissant ou en ne fournissant pas les informations selon ce qui aura été décidé par l'éditeur. Si le fonctionnement de Googlebot implique l'«utilisation de moyens situés en Espagne», toute personne qui se rend, par le biais de son ordinateur et grâce à un navigateur ordinaire, sur une page hébergée sur un serveur d'un autre pays (en vue de quoi, elle envoie par son navigateur une requête à ce serveur, qui ne sait même pas où elle se trouve) aurait alors «recours à des moyens» situés sur le territoire de l'État dans lequel se trouve ce serveur et pourrait donc être obligée de se conformer à la législation de cet État relative à la protection des données.

- 52 Les équipements sur lesquels Googlebot est installé ne sont pas situés en Espagne. Il n'existe pas non plus en Espagne de personnel de Google Inc. qui participe à des processus liés à l'élaboration de l'index et à la production des résultats des recherches. [Or. 11]

B. GOOGLE INC. NE FAIT PAS USAGE DE MOYENS APPARTENANT À DES TIERS SITUÉS EN ESPAGNE

- 53 Le verbe conjugué «recourt» («*makes use of*», «*recurra*») présent à l'article 4, paragraphe 1, sous c), suppose un degré significatif de contrôle. Lorsque Googlebot s'adresse à travers l'Internet à un serveur web, quel que soit l'endroit où se trouve ce dernier, il n'acquiert aucun contrôle sur ce serveur. C'est uniquement l'éditeur qui «fait usage» de ces équipements pour publier les informations contenues sur ses pages web. L'éditeur contrôle chaque *switch* du serveur, il peut le connecter ou le déconnecter d'Internet, il décide des informations qu'il héberge ou n'héberge pas sur le serveur, et des personnes qui y ont accès, il contrôle physiquement le serveur, et il peut même – ce qui est décisif – choisir d'utiliser un serveur différent, situé sur le territoire qu'il souhaite, chaque fois qu'il le souhaite, de manière extrêmement facile, en transférant simplement son nom de domaine et les informations de l'un à l'autre, instantanément.
- 54 L'allégation de l'AEPD selon laquelle Google Inc. «fait usage» du serveur fait apparaître une compréhension manifestement erronée du fonctionnement d'Internet et du service de moteur de recherche et, en particulier, du protocole HTTP. La communication entre le client et le serveur est comparable à celle de deux personnes qui parlent l'une avec l'autre. Une personne peut poser des questions à l'autre, mais c'est l'autre qui décide à la fois de répondre ou de ne pas répondre, et du contenu de ses réponses. Les deux interlocuteurs sont indépendants. On ne saurait affirmer que la personne qui pose des questions «*fait usage*» de l'autre.

C. L'USAGE DES SERVEURS DE TIERS, À SUPPOSER QU'IL EXISTE, NE SE FERAIT PAS EN QUALITÉ DE «RESPONSABLE DU TRAITEMENT» ET N'AURAIT PAS POUR FINALITÉ UN «TRAITEMENT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL»

- 55 Quand bien même on pourrait dire que Google Inc. «fait usage» de serveurs sur lesquels l'éditeur héberge les informations (ce qui n'est pas le cas), comme précédemment expliqué en détail, la condition établie à l'article 4, paragraphe 1, sous c), selon laquelle une personne qui «fait usage d'équipements» est un «responsable du traitement» n'est pas satisfaite. En effet, afin de pouvoir être considéré comme le «responsable du traitement» au sens de l'article 2, sous d), outre le fait de «faire usage» d'un équipement, il est nécessaire d'être la personne qui «détermine» que l'usage de cet équipement est un moyen destiné au traitement des données à caractère personnel (en d'autres termes, il est nécessaire de disposer du contrôle de cet équipement et des informations qu'il contient). Il est évident que Google Inc. n'aurait pas la possibilité de déterminer l'usage que les éditeurs font de ces serveurs, ni, en particulier, du point de savoir s'ils hébergent des données à caractère personnel ou tout autre type d'information.
- 56 Quand bien même il serait estimé que l'échange de messages entre Googlebot et les serveurs situés en Espagne constitue un «usage de moyens situés en Espagne» (ce qui n'est pas le cas), la finalité poursuivie par Google Inc. ne serait pas de «traiter des données à caractère personnel» et les Activités n'impliqueraient pas une «opération» au sens de l'article 2, sous b), de la directive.
- 57 Aux termes de l'article 2, sous b), le traitement est défini comme étant «*toute opération ou ensemble d'opérations (...) appliquées à des données à caractère personnel*». Google Inc. ne réalise aucune opération sur les serveurs d'hébergement, qui sont pleinement contrôlés par des tiers (Googlebot leur envoie des demandes, mais ne réalise aucune opération sur ceux-ci, seul l'éditeur peut le faire).
- 58 En outre, les Activités ne sauraient être qualifiées de *traitements de données* car elles ne poursuivent pas la finalité spécifique de traiter des données à caractère personnel, mais la finalité de traiter toutes les informations accessibles, indépendamment de leur nature³⁵ (pour une présentation plus détaillée, voir les points 215 et suivants du mémoire principal).

D. SI LE CRITÈRE DE DÉTERMINATION DE LA LÉGISLATION APPLICABLE ÉTAIT L'EMPLACEMENT DES SERVEURS DE TIERS, LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE NE SERAIT PAS RESPECTÉ

- 59 L'article 4, paragraphe 1, de la directive définit le champ d'application de la directive en fonction des circonstances qui sont sous le contrôle de l'éventuel

³⁵ Lorsque Googlebot demande des informations à un serveur et les insère dans l'index, il ne connaît pas les données à caractère personnel et n'a pas la volonté de les traiter.

responsable du traitement. Lorsqu'il organise son activité et choisit l'emplacement des moyens dont il souhaite se servir, ce dernier doit pouvoir prévoir quelle sera la loi nationale applicable en conséquence de ces décisions. [Or. 12]

- 60 Si l'on acceptait l'argument de l'AEPD selon lequel le simple fait d'indexer des informations hébergées sur un serveur situé dans un État membre déterminé équivaut à «faire usage de moyens» sur ce territoire au sens des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, sous c), le moteur de recherche se verrait soumis de manière aléatoire à la législation nationale de tout territoire, du fait de circonstances échappant totalement à son contrôle. En effet, Google Inc. n'a aucun contrôle sur l'endroit où sont situés à tout moment les serveurs des pages web qu'elle référence dans son index ou sur le point de savoir si ces serveurs incluent ou non des données à caractère personnel ³⁶.
- 61 Il est indispensable que la juridiction compétente et la loi applicable puissent être déterminées avec certitude, et ce non seulement pour des motifs de justice matérielle, mais également afin que les prestataires de services d'intermédiation, comme les moteurs de recherche, puissent déterminer la portée de leurs propres obligations et responsabilités légales, y compris dans l'ordre pénal. L'approche de l'AEPD entraînerait une insécurité juridique absolue et constituerait donc un obstacle insurmontable pour le développement de la société de l'information.

E. LE NOM DE DOMAINE WWW.GOOGLE.ES N'EST PAS UN «MOYEN» ET N'EST PAS «SITUÉ SUR LE TERRITOIRE» D'UN QUELCONQUE ÉTAT MEMBRE

- 62 Un nom de domaine est simplement une chaîne d'identification alphanumérique permettant à un client de s'adresser au serveur qui héberge un site web. Un nom de domaine n'est ni un «moyen», ni un instrument destiné au traitement des données, car il ne sert pas à réaliser des opérations relatives aux données à caractère personnel [comme l'exige la définition du traitement de données à caractère personnel figurant à l'article 2, sous b)]. Il est par ailleurs absurde de prétendre qu'un nom de domaine «est situé» à un quelconque endroit. Seul un objet physique peut être situé quelque part, et un nom de domaine n'est pas un objet physique. On ne saurait donc pas considérer que le nom de domaine google.es est «situé en Espagne» au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous c). Ce point n'est en outre pas pertinent car le nom de domaine [www.Google.es](http://WWW.GOOGLE.ES) n'a rien à voir avec les processus d'exploration et d'indexation mis en œuvre par Google Inc., mais uniquement avec la forme sous laquelle les résultats apparaissent pour l'utilisateur.

³⁶ Ainsi, La Vanguardia peut à tout moment décider de transférer son contenu vers des serveurs situés hors d'Espagne ou sur le territoire espagnol. Il convient d'ailleurs d'indiquer qu'il ne ressort pas de la procédure nationale que les serveurs de La Vanguardia soient situés en Espagne.

- 63 Même si la recherche est effectuée dans le nom de domaine www.Google.es, cela ne limite pas la liste des résultats de la recherche, mais uniquement l'ordre dans lequel les résultats sont affichés. La liste des résultats est toujours générée en tenant compte de tout l'index du moteur de recherche. Si la requête est effectuée depuis www.Google.es, les résultats liés à l'Espagne ou en langue espagnole peuvent être prédominants, mais les résultats n'excluront pas les pages web situées sur des serveurs qui se trouvent hors d'Espagne ou qui ne sont pas en langue espagnole. Nous pouvons citer comme exemple la liste des résultats obtenus à travers google.es pour les termes «San Francisco» (voir le graphique 4). Il existe une infinité d'exemples.
- 64 Comme précédemment indiqué, le domaine www.Google.es est accessible à toute personne partout dans le monde. La page web www.Google.es est destinée aux utilisateurs s'intéressant surtout aux résultats ayant un lien avec l'Espagne, indépendamment de l'endroit où se trouvent ces utilisateurs et de l'endroit où se trouve physiquement le serveur qui héberge les informations. La langue dans laquelle est fourni le service ne peut pas non plus être considérée comme un facteur pertinent dans la détermination de la loi applicable. C'est la position de la jurisprudence de l'UE et, d'un point de vue plus large et à titre d'orientation, du considérant 24 de la convention de Rome I.
- 65 Quand bien même www.Google.es s'adresserait spécifiquement au public espagnol, cela ne justifierait pas non plus l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c). Le critère retenu par le législateur à l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive est celui de la situation physique des moyens, et non celui de la situation physique des destinataires du service. L'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c), sur le fondement de la situation physique du public auquel s'adresse la page web, impliquerait donc une extension de la loi applicable qui serait contraire aux dispositions de la directive³⁷. **[Or. 13]**

VI. QUESTION 1.3: QUANT AU STOCKAGE TEMPORAIRE DES DONNÉES

- 66 La question posée vise en substance à savoir si le stockage des index, en admettant qu'il soit effectué en Espagne, ce qui n'est pas le cas, pourrait entraîner l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c). En cas de réponse affirmative, la Audiencia Nacional se demande si l'article 4, paragraphe 1, sous c), pourrait

³⁷ Il convient de préciser que la proposition de règlement rendue publique par la Commission ne modifierait même pas substantiellement ce régime. En effet, même si l'on pouvait croire que l'article 3 de ce projet s'applique à tout traitement de données réalisé dans le cadre de la prestation d'un service s'adressant à des individus situés dans un État membre, tel n'est pas le cas. Conformément à cet article 3, le règlement ne s'appliquerait que dans les cas où les services sont destinés aux propriétaires des données à caractère personnel objet du traitement. En ce qui concerne www.Google.es, il s'ensuit que le règlement proposé ne s'appliquerait qu'aux données des utilisateurs du moteur de recherche et pas aux données concernant des personnes relativement auxquelles des informations pourraient être indexées au motif qu'elles apparaissent sur des pages web de tiers.

s'appliquer dans l'hypothèse où Google Inc. refuserait de révéler le lieu où elle stocke ces index en vertu d'une présomption selon laquelle le stockage est réalisé en Espagne.

- 67 La réponse à ces deux interrogations contenues dans la question 1.3 doit être négative. En premier lieu, Google Inc. ne «stocke pas son index» sur le territoire espagnol, on ne saurait donc en aucun cas fonder l'application de l'article 4, paragraphe 1, sous c), sur cette circonstance. En second lieu, le fait d'établir la présomption selon laquelle l'index est stocké en Espagne, sans preuve de cette circonstance, impliquerait un renversement de la charge de la preuve, ce qui aurait des conséquences très graves pour les intéressés³⁸.

A. L'INDEX DU MOTEUR DE RECHERCHE DE GOOGLE INC. N'EST PAS STOCKÉ EN ESPAGNE

- 68 L'index du moteur de recherche de Google Inc. n'est pas stocké dans des centres de données situés en Espagne. L'AEPD a admis cette circonstance de fait à plusieurs reprises³⁹. De fait, la motivation des décisions de l'AEPD ne repose pas sur l'existence de moyens propres appartenant à Google Inc., ni sur l'emplacement éventuel des équipements dans lesquels l'index est stocké, car personne n'a laissé entendre que ces équipements se trouvaient en Espagne. Les «moyens» qui, selon l'AEPD, sont situés en Espagne sont les serveurs web sur lesquels les éditeurs hébergent les pages web vers lesquelles le moteur de recherche ne fait que fournir des liens. Comme précédemment indiqué, ces équipements ne sont pas sous le contrôle de Google Inc. et ils ne constituent pas des moyens utilisés par cette société. Eu égard à ce qui précède, la question 1.3 semble de nature hypothétique et la Cour de justice ne devrait donc pas y répondre dès lors qu'elle n'a pas de rapport direct avec les faits⁴⁰.

B. ABSENCE DE FONDEMENT JURIDIQUE DANS LA DIRECTIVE SUSCEPTIBLE DE JUSTIFIER L'EXISTENCE D'UNE PRÉSUMPTION D'USAGE DE MOYENS DANS UN ÉTAT MEMBRE

- 69 Indépendamment de ce qui précède, la directive ne permettrait pas de présumer que le critère de rattachement prévu à l'article 4, paragraphe 1, sous c), est

³⁸ On ne saurait ignorer que l'assujettissement à une loi nationale donnée peut donner lieu à des sanctions, y compris pénales, d'une gravité considérable. Une présomption comme celle qui est suggérée par la Audiencia Nacional serait donc contraire au principe «in dubio contra reo» (le doute profite à l'accusé).

³⁹ Dans le mémoire en défense présenté en réponse à la requête de l'Abogado del Estado qui représente l'AEPD (page 50) (annexe III de l'ordonnance), cette agence reconnaît par exemple expressément qu'«elle ne conteste pas le contenu du rapport d'expert fourni par Google», un rapport présenté par Google Spain pour prouver qu'elle ne dispose pas d'équipements adéquats pour procéder à une indexation ou à un stockage massif.

⁴⁰ Arrêt du 17 février 2011, Konkurrentsverket/TeliaSonera Sverige AB (C-52/09, non encore publié au Recueil, point 16).

satisfait, au motif que le prétendu responsable ne révèle pas l'emplacement de ses équipements.

- 70 Il convient de souligner l'inexactitude de l'affirmation de la Audiencia Nacional dans son ordonnance de renvoi selon laquelle «[l]a société Google n'a pas révélé dans quel pays elle stockait les informations indexées, affirmant que le lieu où se trouvent ces index est secret». Ni Google Inc., ni Google Spain, n'ont à aucun moment été invitées à fournir cette information. Il convient en outre d'ajouter que c'est Google Inc. elle-même qui, de sa propre initiative, a publié sur Internet de nombreuses informations sur la localisation de ses centres de données par le biais de la page web www.Google.com/about/datacenters/#.
- 71 En tout état de cause, la directive donne aux autorités chargées de la protection des données (article 28, paragraphe 3), des pouvoirs d'investigation pour «recueillir toutes les informations nécessaires à» l'exercice de leurs fonctions. Il est évident que le législateur souhaitait que, en application de la directive, chaque État membre agisse sur son propre territoire sur la base de faits établis, et non sur la base de simples présomptions ou spéculations. Malgré cela, l'AEPD n'a jamais jugé nécessaire d'inviter Google Inc. à fournir ces informations. **[Or. 14]**
- 72 Présumer, en l'absence de toute preuve, que Google Inc. stocke temporairement son index en Espagne, impliquerait un renversement injustifié et disproportionné de la charge de la preuve, qui étendrait sans limitation le champ d'application de la directive à des prestataires de services d'Internet dans le monde entier, sans la moindre preuve du respect des conditions requises à l'article 4, paragraphe 1, sous c). Une telle présomption obligerait les intéressés à révéler des informations, qui peuvent être parfois stratégiques et très sensibles, pour attester la circonstance négative (et impossible à établir de manière probante) selon laquelle les conditions requises à l'article 4, paragraphe 1, sous c), ne sont pas satisfaites.

VII. QUESTION 1.4.: SI L'ARTICLE 4, PARAGRAPHE 1, N'EST PAS APPLICABLE, L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE PEUT-IL JUSTIFIER L'APPLICATION TERRITORIALE DE LA DIRECTIVE?

- 73 Cette question vise à savoir si, dans l'hypothèse où l'impossibilité d'appliquer la directive en vertu de son article 4, paragraphe 1, était confirmée, il serait possible de la déclarer applicable en faveur des citoyens de l'Union européenne sur le fondement de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après «la charte»).
- 74 Google Inc. et Google Spain considèrent que le fait d'ignorer les limites du champ d'application territoriale établies par la directive pour justifier son application à une hypothèse exclue de l'article 4, paragraphe 1, moyennant le recours à une interprétation inédite de l'article 8 de la charte, violerait le principe essentiel de sécurité juridique et serait donc contraire tant à la directive qu'à la charte.

A. L'INFRACTION AU PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

- 75 Le principe de légalité, qui est le corollaire du principe de sécurité juridique, est un principe général du droit de l'Union et exige que toute réglementation (en particulier, lorsqu'elle permet d'imposer des sanctions) soit claire et précise, afin que les particuliers concernés puissent connaître sans ambiguïté les obligations auxquelles ils sont soumis et puissent adapter leur comportement en conséquence⁴¹. Le principe de légalité est donc intimement lié à la notion de prévisibilité⁴².
- 76 Les critères au sujet desquels la Audiencia Nacional se demande s'ils pourraient servir pour définir le «*centre de gravité du conflit*» en vue de justifier l'application de la directive conformément à l'article 8 de la charte, ne sont pas sous le contrôle de Google Inc. et sont donc totalement imprévisibles. Il serait par conséquent impossible de déterminer quelle est la législation applicable à l'activité du moteur de recherche sur la base de ces critères. Cela devrait-il être la législation de l'État de résidence de l'intéressé qui prétend exercer ses droits, l'État dans lequel l'intéressé exerce son droit à la protection des données, la situation géographique du serveur qui héberge les données à caractère personnel en cause? Le requérant pourrait-il alors se déplacer à travers Europe, en emportant avec lui sa réclamation de juridiction en juridiction? Comment un moteur de recherche pourrait-il déterminer a priori la législation nationale gouvernant son activité afin de pouvoir s'y conformer, si la loi changeait en fonction des circonstances de chaque conflit spécifique susceptible de se présenter? La loi applicable à une activité demeure-t-elle indéterminée jusqu'à ce qu'un conflit surgisse?
- 77 Dans l'ordonnance de renvoi (point 3.6), la Audiencia Nacional part de l'hypothèse (non établie) que la page web de La Vanguardia est hébergée sur un serveur situé en Espagne, que les données à caractère personnel avaient été publiées en Espagne conformément à la réglementation espagnole, que l'intéressé est un citoyen espagnol, et que la répercussion personnelle et sociale du traitement des données à caractère personnel de l'intéressé se produira en Espagne. Si tous ces facteurs doivent être pris en compte pour déterminer le «*centre de gravité du conflit*», que se passera-t-il lorsque ces facteurs ne coïncideront pas? L'incertitude qui en découlerait quant à la loi nationale applicable est précisément ce que l'article 4, paragraphe 1, de la directive vise à éviter. **[Or. 15]**

⁴¹ Voir le récent arrêt du 13 juillet 2011, Schindler (T-138/07, non encore publié au Recueil, point 95) et l'arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rorindustri/Commission (C-189/02 P, Rec. p. I-05425, points 199 à 232).

⁴² Comme l'ont reconnu les juridictions de l'Union, cette disposition «*peut [...] s'opposer à l'application rétroactive d'une nouvelle interprétation d'une norme établissant une infraction*». Tel est le cas lorsqu'il s'agit d' «*une interprétation jurisprudentielle dont le résultat n'était pas raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause*» [arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rorindustri/Commission (C-189/02 P, Rec. p. I-05425, point 218)].

B. L'INTERPRÉTATION PROPOSÉE DANS LA QUESTION EST CONTRAIRE À LA VOLONTÉ DU LÉGISLATEUR COMMUNAUTAIRE

- 78 Il découle indéniablement de la lecture de l'article 4, paragraphe 1, que le législateur communautaire a choisi de soumettre l'application de la législation d'un État membre à des circonstances liées à l'activité du responsable du traitement des données, et non de l'intéressé. Le législateur n'a donc pas choisi le critère de la nationalité ou de la situation géographique de l'intéressé, mais celui de la proximité avec le responsable du traitement des données. On ne saurait ignorer cette option du législateur dès lors qu'elle n'est absolument pas contraire au droit reconnu à l'article 8 de la charte et qu'elle ne prive de manière injustifiée aucun citoyen de l'Union européenne du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel.
- 79 En effet, c'est à juste titre que le législateur a considéré que la protection de ce droit par les États membres devait être soumise à des limites territoriales. Si le législateur avait souhaité, en dépit des dispositions de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, qu'il existe une clause de verrouillage élargissant l'application territoriale à des hypothèses non envisagées à l'article 4, paragraphe 1, il aurait inséré une telle clause dans le texte même de la directive⁴³.
- 80 Le champ d'application territoriale de la directive est limité. L'importance de l'intérêt juridique protégé ne saurait invalider cette conclusion, et elle ne justifie pas non plus qu'on ignore le régime impératif découlant de la directive. En effet, comme les juridictions européennes l'ont reconnu, aussi important que puisse être l'objectif d'une directive, il «*ne saurait conduire à une interprétation contraire aux termes clairs de cette directive*»⁴⁴.

C. CETTE INTERPRÉTATION IRAIT AU-DELÀ DES LIMITES DE L'APPLICATION DE LA CHARTE

- 81 Une réponse affirmative à la question serait contraire à l'article 51 de la charte. En effet, pour que la charte soit applicable, il est nécessaire que le droit communautaire soit applicable au conflit en cause. Si, conformément aux dispositions qui déterminent le champ d'application du droit communautaire, en l'espèce l'article 4, paragraphe 1, de la directive, le droit communautaire n'est pas applicable, il n'y a pas lieu de recourir à la charte pour tenter de justifier une extension de ce champ d'application.

⁴³ Le législateur communautaire n'a non seulement pas prévu de clause de verrouillage, mais, aux articles 25 et 26 de la directive, il a expressément prévu que les données à caractère personnel d'un citoyen communautaire pourraient faire l'objet d'un traitement sans que la législation européenne en matière de protection des données soit applicable.

⁴⁴ Arrêt du 17 mars 2011, *Strong Segurança SA/Município de Sintra et Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança* (C-95/10, non encore publié au Recueil, point 37).

VIII. QUESTION 2.1.: GOOGLE INC. TRAITE-T-ELLE DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL?

82 En substance, cette question revient à se demander si les Activités sont incluses dans la définition du «traitement de données à caractère personnel» figurant dans la directive. Google Inc. et Google Spain considèrent que les Activités ne constituent pas un «traitement de données à caractère personnel» au sens de la directive, et ce pour les motifs suivants:

A. GOOGLE INC. N'EST PAS UN «FOURNISSEUR DE CONTENUS»

83 Bien que l'ordonnance de renvoi se réfère fréquemment aux activités du moteur de recherche comme à celles d'un «fournisseur de contenus», cette terminologie n'est pas conforme à la réalité. En effet, c'est le tiers qui publie les informations sur les pages web correspondantes, et non Google Inc., qui «fournit» le «contenu» en question aux utilisateurs finaux.

84 En se limitant à fournir l'un des nombreux services (entre autres, la connexion à Internet, les dispositifs d'accès à Internet, le navigateur, etc.) dont l'utilisateur se sert pour accéder aux informations sur Internet, Google Inc. agit comme un «simple canal de transmission» ou «intermédiaire», qui fait en sorte que les informations «transitent» du site web jusqu'à l'utilisateur final. Le service de moteur de recherche de Google Inc. ne fournit donc pas d'informations aux utilisateurs, [Or. 16] mais leur indique (par un lien) l'adresse à laquelle ils peuvent l'obtenir, et à laquelle ils auraient pu en tout état de cause accéder sans avoir recours au moteur de recherche ⁴⁵.

85 Le législateur européen a reconnu le rôle joué par les moteurs de recherche en tant qu'intermédiaires dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Certains États membres ont d'ailleurs expressément établi une exclusion de responsabilité pour les moteurs de recherche («outils permettant la recherche») dans les dispositions par lesquelles ils ont transposé la directive sur le commerce électronique ⁴⁶. Quant à la directive, la qualification de simples «intermédiaires» des prestataires de moteurs de recherche a été également reconnue par le groupe de travail dans l'avis qu'il a rendu en 2008 ⁴⁷. En résumé, l'index de Google Inc.,

⁴⁵ Soit: i) en indiquant directement l'URL correspondante dans la barre du navigateur, ii) en utilisant un lien vers le contenu, par exemple, sur un réseau social, ou une autre page web différente, dans un message, ou un chat, iii) en utilisant la fonction de recherche interne de la page web de La Vanguardia.

⁴⁶ C'est le cas en Espagne de la loi 34/2002, du 11 juillet 2002) relative aux services de la société de l'information (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información). Voir le premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), du 21 novembre 2003, COM/2003/0702 final, pages 13-14.

⁴⁷ Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche adopté le 4 avril 2008 (WP 148), pages 4 et 15. (Document disponible en espagnol à

loin de constituer un ensemble de contenus que Google Inc. «fournit» aux utilisateurs, n'est que le reflet des informations publiquement accessibles sur Internet à un moment donné.

B. L'ACTIVITÉ DE GOOGLE INC. NE S' «APPLIQUE» PAS AUX DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

- 86 La notion de traitement de l'article 2, sous b), désigne l'opération ou l'ensemble d'opérations *appliquées* à des données à caractère personnel. L'utilisation du terme «*appliquées à*» implique que l'opération doit être étroitement liée à des «données à caractère personnel».
- 87 L'exploration réalisée par le logiciel Googlebot ne «s'applique pas à des données à caractère personnel» mais au contenu des pages web de manière générale et sans distinction. De même, les résultats des recherches sont fournis sans indication sur le point de savoir si les informations en cause contiennent ou non des données à caractère personnel.
- 88 Google Inc. ne sait absolument pas si les informations qu'il traite dans le cadre des Activités incluent ou non des données à caractère personnel, et il ne peut pas le vérifier. L'index n'est pas spécifiquement structuré autour des données à caractère personnel. En outre, les résultats de la recherche ne font pas de différence entre les informations qui constituent ou qui contiennent des données à caractère personnel, et les autres⁴⁸.
- 89 Les Activités ne constitueraient pas non plus un «traitement automatisé» par le biais de «moyens automatisés» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive⁴⁹, et il n'y a donc pas lieu d'examiner la question de savoir si Google Inc. «traite des informations à caractère personnel» dans le cadre de la présente procédure.
- 90 Pour qu'il y ait «traitement automatisé» au sens de l'article 3, paragraphe 1, il faut que les opérations soient organisées ou structurées en fonction de l'élément qui permet de qualifier ces données de données «à caractère personnel»⁵⁰. Le

l'adresse: <http://goo.gl/iVkkD>, en français à l'adresse: <http://goo.gl/9q8WE> et en anglais à l'adresse <http://goo.gl/oNXMP>).

⁴⁸ Ainsi, la recherche du mot «contador» inclut aussi bien des données à caractère personnel (par exemple, les nouvelles concernant le cycliste Alberto Contador) que des données sans caractère personnel (par exemple, les pages de services relatifs à la mesure du trafic vers des pages web). Voir le graphique 5.

⁴⁹ De son côté, la loi organique 15/1999, du 13 décembre 1999, relative à la protection des données à caractère personnel (Ley de protección de datos de carácter personal) dispose «[l]a présente loi organique est applicable aux données à caractère personnel enregistrées sur un support physique qui les rend susceptible de faire l'objet d'un traitement, ainsi qu'à toute modalité d'utilisation postérieure de ces données par les secteurs publics et privés».

⁵⁰ C'est ce que confirme la doctrine la plus autorisée en la matière: selon Ulrich Dammann et Spiros Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1997),

processus d'exploration des pages web de tiers effectuée par le logiciel Googlebot est réalisée sur le contenu des pages web en général, et ce de manière indiscriminée. Le groupe de travail «article 29» a reconnu dans son avis 1/2008 que «[l']**Or. 17** exploration, l'analyse et l'indexation peuvent en effet se faire automatiquement, sans révéler la présence de telles informations personnellement identifiables»⁵¹.

IX. QUESTION 2.2.: GOOGLE INC. EST-ELLE RESPONSABLE DU PRÉTENDU TRAITEMENT?

- 91 La question posée vise à savoir si l'activité du moteur de recherche transforme Google Inc. (bien évidemment pas Google Spain) en «responsable du traitement» au sens de l'article 2, sous d), de la directive.
- 92 Dans l'hypothèse de l'existence d'un traitement de données, le seul responsable serait l'éditeur qui contrôle les informations publiées sur sa page web, lesquelles peuvent contenir ou non des données à caractère personnel. Google Inc. est un simple intermédiaire qui, en tant que tel, ne détermine ni les finalités du traitement des données à caractère personnel publiées par l'éditeur, ni les moyens utilisés pour procéder à ce traitement.

A. LES ÉDITEURS SONT LES RESPONSABLES DU TRAITEMENT EN RELATION AVEC L'ACTIVITÉ DU MOTEUR DE RECHERCHE

- 93 La directive prévoit des scénarios dans lesquels le responsable du traitement s'appuie sur les activités de traitement menées par un tiers pour réaliser ses objectifs, *sans que cela n'implique que le tiers soit responsable du traitement*. Ce tiers peut être un intermédiaire (voir le considérant 47) ou la personne chargée du traitement [voir l'article 2, sous e)]. Google Inc. et Google Spain estiment que Google Inc. peut uniquement jouer le rôle d'un intermédiaire.

1. La finalité poursuivie par l'éditeur englobe les activités du moteur de recherche

- 94 Si un éditeur n'utilise aucun des mécanismes d'exclusion disponibles, il y a lieu de considérer qu'il assume et accepte que les informations contenues sur ses pages web seront automatiquement explorées et indexées par Google Inc. et par les autres moteurs de recherche. Cette attitude de l'éditeur fait ainsi apparaître que la finalité qu'il poursuit en publiant les contenus en cause englobe l'activité des moteurs de recherche, afin de les faire parvenir plus facilement jusqu'aux utilisateurs.

p. 120: «*Cependant, le traitement automatisé ne doit pas uniquement viser le moyen de stockage, mais aussi les données dans leur dimension sémantique (leur contenu)*».

⁵¹ Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche adopté le 4 avril 2008 (WP 148), p. 16; document disponible en espagnol à l'adresse: <http://goo.gl/iVkkD>, en français à l'adresse: <http://goo.gl/9q8WE> et en anglais à l'adresse: <http://goo.gl/oNXMP>.

95 Les Activités du moteur de recherche objet de la présente procédure peuvent être considérées comme englobées dans la «finalité spécifique du traitement» déterminée par l'éditeur. Le moteur de recherche n'a qu'un simple rôle de fournisseur.

2. L'éditeur décide d'utiliser le moteur de recherche comme moyen permettant d'atteindre la finalité poursuivie par le traitement de données à caractère personnel

96 Le responsable du traitement est la personne qui détermine «les moyens» du traitement, conformément à l'article 2, sous d), de la directive, même si un tiers intervient en qualité d'intermédiaire dans la détermination des «moyens» de traitement, à condition que le responsable du traitement conserve le contrôle final sur cette intervention. Google Inc. et Google Spain considèrent que le prestataire du service de recherche est un simple intermédiaire et que l'éditeur conserve le contrôle final sur son intervention. Cette interprétation est pleinement conforme à l'opinion exprimée par le groupe de travail «article 29» dans son avis 1/2010⁵².

97 Les Activités de Google dépendent totalement de la volonté de l'éditeur quant au contenu de sa page web. Les éditeurs exercent non seulement ce contrôle sur les moteurs de recherche lors de la phase initiale de la publication, mais ils peuvent également décider à tout moment soit de modifier le contenu, soit de l'éliminer complètement, soit encore de modifier la configuration des protocoles d'exclusion décrits antérieurement (voir les points 22 et 23 plus haut). Dès lors que l'éditeur conserve le contrôle final et continu sur le point de savoir si et pendant combien de temps un moteur de recherche peut indexer les données qu'il publie, c'est l'éditeur qui détermine si le moteur de recherche peut agir comme un moyen pour le [Or. 18] *traitement* de ces informations au sens de l'article 2, sous d), de la directive. Il s'ensuit que c'est l'éditeur qui détermine les finalités et les moyens du traitement des données à caractère personnel, et il est donc le responsable du *traitement* associé aux Activités du moteur de recherche.

B. GOOGLE INC. N'EST PAS LE RESPONSABLE DU PRÉTENDU TRAITEMENT PORTANT SUR LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL CONTENUES SUR LES PAGES WEB QU'ELLE INDEXE

98 Le rôle du moteur de recherche en tant qu'intermédiaire a non seulement été reconnu par la réglementation portant application de la directive 2000/31/CE, mais également par le groupe de travail «article 29» dans son avis 1/2008 relatif à la directive, ainsi que dans son avis 1/2010.

⁵² Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche adopté le 4 avril 2008 (WP 148), p. 16. (Document disponible en espagnol à l'adresse: <http://goo.gl/iVkkD>, en français à l'adresse: <http://goo.gl/9q8WE> et en anglais à l'adresse: <http://goo.gl/oNXMP>).

- 99 Le considérant 47 de la directive, qui constitue la base de l'avis 1/2010 adopté par le groupe de travail «article 29», mentionne l'existence de tels intermédiaires et reconnaît qu'ils ne doivent pas être considérés comme responsables du traitement. Le seul objectif d'un moteur de recherche est de «signaler» à l'utilisateur l'emplacement d'un contenu pré-existant en lui fournissant les liens vers les pages web qui peuvent l'intéresser.
- 100 Google Inc. ne détermine pas «*les finalités (...) du traitement de données à caractère personnel*», comme l'exige l'article 2, sous d), pour qu'une personne soit considérée comme responsable aux termes de la directive.
- 101 L'expression «finalités du traitement de données à caractère personnel» utilisée dans la directive, requiert que cette finalité ait un rapport matériel avec le contenu des données à caractère personnel. La notion de personne chargée du «sous-traitement» [au sens de l'article 2, sous e)] diffère de la notion de «responsable du traitement», bien que l'activité de ces deux personnes consiste à traiter des données à caractère personnel, précisément en ce que la finalité poursuivie par le sous-traitant n'a pas de rapport avec la nature des informations. Les finalités poursuivies par le moteur de recherche ne peuvent pas non plus être définies comme étant des «finalités de traitement de données à caractère personnel» au sens de la directive.

1. La finalité poursuivie par Google Inc. dans le cadre de l'exercice de ses activités n'est pas une «finalité de traitement de données à caractère personnel» au sens de la directive

- 102 Par la fourniture de son service de recherche, Google Inc. a pour objectif de faciliter l'accès des utilisateurs aux informations que les éditeurs ont mis à la disposition du public sur Internet. Google Inc. poursuit cet objectif indépendamment du type d'information en cause et tout spécialement sans tenir compte du point de savoir si les informations concernent une personne, un événement, une question scientifique, une œuvre d'art ou de littérature ou tout autre chose. La finalité poursuivie par Google Inc. pourrait tout aussi bien être atteinte même s'il n'existait aucune donnée à caractère personnel à la disposition du public sur Internet. Cette finalité n'a donc aucun rapport avec le fait que les informations explorées et indexées puissent contenir des données à caractère personnel.

2. Google Inc. ne dispose pas des connaissances nécessaires sur les données à caractère personnel contenues sur le site web d'un tiers qui lui permettraient de déterminer «les finalités du traitement des données à caractère personnel» selon les termes de la directive

- 103 Google Inc. et Google Spain sont d'avis que pour qu'une entité soit capable de déterminer la «finalité du traitement des données à caractère personnel» au sens de la directive, il est nécessaire que celle-ci sache précisément qu'elle réalise une

opération de traitement de données à caractère personnel. En effet, soutenir qu'une entité est responsable du traitement de données à caractère personnel alors que son système ne lui permet pas de détecter le caractère personnel ou non des données figurant sur les pages web qui font l'objet de l'exploration et de l'indexation serait non seulement incorrect mais également injuste.

- 104 La nécessité d'une telle connaissance résulte par exemple de l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive qui indique que «(...) *les données à caractère personnel doivent être (...) collectées pour des finalités **déterminées, explicites et légitimes**, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités*». Si l'on ignore quel type de données à caractère personnel pourraient être traitées et – plus encore – si l'on ignore si une information concrète est de nature personnelle ou non (car cette qualification nécessite un jugement en fait et en droit qu'un système automatique ne saurait réaliser), on ne saurait affirmer qu'une entité détermine [Or. 19] de manière concrète et explicite la finalité du «*traitement de données à caractère personnel*» au sens de la directive ⁵³.

C. L'INTERPRÉTATION PRÉSENTÉE CI-DESSUS A ÉTÉ CONFIRMÉE PAR LES PRÉCÉDENTS JURISPRUDENTIELS, PAR LA PRATIQUE DES AUTORITÉS CHARGÉES DE LA PROTECTION DES DONNÉES DES ÉTATS MEMBRES ET PAR L'HISTOIRE LÉGISLATIVE DE LA DIRECTIVE

- 105 Les précédents judiciaires, la pratique décisive des autorités chargées de la protection des données de l'UE et la mise en œuvre législative de la directive renforcent la conclusion selon laquelle les moteurs de recherche ne devraient pas être qualifiés de «responsables» au sens de l'article 2, sous d), de la directive.
- 106 À titre d'exemple, en 2007, les juridictions néerlandaises ont expressément reconnu que les moteurs de recherche n'avaient aucun contrôle sur les informations qu'ils indexaient. Un individu a présenté une demande ayant pour objet de faire rendre une ordonnance judiciaire interdisant à Google Inc. d'afficher des liens vers des sites web à contenu sexuel explicite en réponse à une recherche sur son nom. La juridiction a rejeté cette demande après avoir constaté que le moteur de recherche n'avait pas d'influence sur les résultats ⁵⁴. Plus récemment,

⁵³ Le cas du moteur de recherche est analogue à celui du fournisseur de service de télécommunications ou du service de courrier électronique qui est expressément visé au considérant 47 précité.

⁵⁴ Affaire Jensen/Google Netherlands (jugement de la Cour de district d'Amsterdam du 26 avril 2007). Voir l'annexe 6 du mémoire principal «*Google a indiqué de manière suffisamment claire qu'elle ne participe pas (à titre préventif) ou qu'elle n'a pas d'influence sur les contenus des liens vers des pages web qui sont obtenus automatiquement parmi les résultats d'une recherche en introduisant, en l'espèce, comme termes de recherche 'Jensen + Urmia + Brigitte ...'*. L'exploration, l'indexation-lien et le classement sont de nature technique, automatique et passive, et Google ne peut en principe assumer

dans l'affaire 5525/2012, la Cour de cassation italienne a considéré que «*le moteur de recherche est de fait un simple intermédiaire télématique*»⁵⁵. La juridiction suprême allemande a également reconnu que les éditeurs jouaient un rôle déterminant compte tenu de leur capacité de contrôler le moteur de recherche (dans le cadre de la propriété intellectuelle), lorsqu'elle a constaté leur responsabilité au motif qu'ils n'avaient pas mis en oeuvre les précautions techniques qui étaient à leur disposition⁵⁶.

- 107 Le groupe de travail «article 29» a également reconnu que les éditeurs jouaient un rôle décisif⁵⁷. Dans son rapport 1/2010, le groupe de travail «article 29» met l'accent sur la définition de la notion de «responsable du traitement» qui figurait dans la proposition originale de directive⁵⁸, celui-ci étant la personne qui décide «*quelle sera la finalité du fichier, quelles catégories de données à caractère personnel doivent être enregistrées, quelles opérations leur seront appliquées et quels sont les tiers qui peuvent y avoir accès*»⁵⁹.

aucune responsabilité du fait des résultats d'une demande de recherche et des contenus des résultats de la recherche».

⁵⁵ Arrêt de la Cour suprême de cassation en matière civile n° 5525/2012, recours 18855-2010, du 5 avril 2012, page 13 «*Le moteur de recherche est, en effet, un simple intermédiaire télématique, qui offre un système automatique permettant de trouver des données et des informations grâce à des mots-clés, une simple base de données qui indexe les textes sur le réseau et offre aux usagers un accès en vue de la consultation concernée*». Voir l'annexe 7 du mémoire principal.

⁵⁶ BGHZ 185, 291 Margin n° 36 – Thumbnails I. Voir l'annexe 8 du mémoire principal «*un auteur qui publie un travail protégé par la loi sur les droits d'auteur sur Internet, sans avoir recours aux précautions techniques disponibles pour que cette image ne soit ni trouvée ni affichée par les moteurs de recherche, donne par son comportement son consentement (simple) à la reproduction de l'image sous forme de miniature (thumbnail) et à l'accès public à celle-ci par le biais du moteur de recherche*».

⁵⁷ Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche adopté le 4 avril 2008 (WP 148), p. 15, note de bas de page 19. «*Les éditeurs de données à caractère personnel doivent examiner si leur base juridique autorisant la publication inclut l'indexation de ces informations par les moteurs de recherche et créer les garanties correspondantes nécessaires, notamment l'utilisation du fichier robots.txt et/ou des balises Noindex/NoArchive*». Document disponible en espagnol à l'adresse: <http://goo.gl/LPm4E>, en français à l'adresse: <http://goo.gl/9q8WE>, et en anglais à l'adresse: <http://goo.gl/oNXMP>.

⁵⁸ Avis 1/2010 sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant» adopté le 16 février 2010 (WP 169), p. 17. Selon l'avis du groupe de travail «article 29»: «*Partant, la définition finale doit plutôt être comprise comme une version abrégée intégrant néanmoins le sens de l'ancienne version. En d'autres termes, 'moyens' ne désigne pas seulement les moyens techniques de traiter des données à caractère personnel, mais également le 'comment' du traitement, qui comprend des questions comme 'quelles données seront traitées', 'quels sont les tiers qui auront accès à ces données', 'à quel moment les données seront-elles effacées', etc.*». Document disponible en français à l'adresse: <http://goo.gl/V3Wrd>, en espagnol à l'adresse: <http://goo.gl/LPm4E> et en anglais à l'adresse: <http://goo.gl/kdBsp>.

⁵⁹ Proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, article 2, sous e). (90/C 277/03).

- 108 Dans sa décision du 21 mars 2012⁶⁰, l'autorité chargée de la protection des données italienne a souligné – en rejetant une réclamation présentée contre Google Italy aux termes de laquelle il était demandé à cette dernière d'éliminer de son index deux [Or. 20] articles d'archives en ligne de plusieurs journaux italiens – que Google Italy ne pouvait pas être considérée comme étant la «responsable du traitement». Selon l'autorité «[le moteur de recherche de Google] *ne fait que collecter et ajouter automatiquement des informations déjà publiées sur le web par des tiers*». L'autorité italienne a conclu que les demandes relatives à l'exercice des droits des intéressés devaient donc être dirigées contre le ou les éditeurs correspondants⁶¹.
- 109 Quant à l'éventuelle responsabilité des propriétaires des moteurs de recherche, l'AEPD a fini par déclarer qu'une telle responsabilité n'existerait que dans le cas où les instructions prévues dans le fichier robots.txt ne seraient pas respectées⁶².
- 110 Finalement, au point 5 de son ordonnance, la Audiencia Nacional fait part de ses doutes quant à la possibilité pour les moteurs de recherche d'être considérés responsables du traitement de données à caractère personnel.

D. LES MOTEURS DE RECHERCHE NE DEVRAIENT PAS ÊTRE CONSIDÉRÉS RESPONSABLES DU PRÉTENDU TRAITEMENT

⁶⁰ Décision du 21 mars 2012 du Garante per la protezione dei dati personali, doc. Web 1892254. Voir l'annexe 9 du mémoire principal.

⁶¹ Le Garante per la Protezione dei Dati Personali s'est prononcé dans le même sens dans d'autres décisions, dans lesquelles il impose systématiquement aux éditeurs d'informations d'adopter les mesures techniques nécessaires afin d'éviter l'indexation de certaines publications dans les moteurs de recherche. C'est le cas de ses décisions du 8 avril 2009, du 22 mai 2009 et des 14 et 15 janvier 2010 rendues contre le quotidien Corriere della Sera ou du 15 juillet 2010 rendue contre le quotidien La Repubblica. Toutes ces décisions peuvent être consultées sur le site du Garante (<http://goo.gl/RKu7q>) sous les numéros de document web: 1617673, 1635938, 1701524, 1589209 et 1746654.

⁶² «Dans l'hypothèse où un moteur de recherche ne se conforme pas à la recommandation ou à la référence négative résultant de l'utilisation du protocole robots.txt la responsabilité découlant de l'indexation en matière de protection des données incombe uniquement au responsable du moteur de recherche concerné et non à [l'éditeur] qui aurait adopté les mesures nécessaires eu égard à l'état de la technique pour la désindexation». (TD/01288/2010). <http://goo.gl/g6p3Q>.

L'AEPD est même allée jusqu'à reconnaître que l'utilisation de protocoles d'exclusion par les éditeurs est «la manière adéquate de garantir pleinement l'exercice du droit d'opposition ou d'annulation par les intéressés» (décision du 30 mars 2011, R/00078/2011, rendue à propos du dossier TD/01288/2010, <http://goo.gl/g6p3Q>), et elle ordonne fréquemment aux éditeurs des journaux officiels d'utiliser ces protocoles dans les termes suivants «Lorsque [Le journal officiel] utilise l'édition électronique comme moyen de publication, il a l'obligation de prendre les mesures nécessaires afin d'empêcher la divulgation indiscriminée des données à caractère personnel de tiers susceptibles de faire valoir leurs droits lorsqu'ils subissent un préjudice du fait de cet accès généralisé et universel aux informations obtenues grâce aux moteurs de recherche sur Internet» (voir, parmi de nombreux dossiers: TD/01127/2011, TD/01328/2011 ou TD/00623/2011). Les décisions de l'AEPD sont accessibles sur la page suivante: <http://goo.gl/OTuFC>.

- 111 Conclure qu'un moteur de recherche n'est pas responsable du traitement au sens de la directive ne revient pas à priver l'intéressé de protection puisque celui-ci peut exercer ses droits ou ses prétentions face à l'éditeur (en particulier, si les informations sont illégales). L'éditeur est non seulement mieux placé pour évaluer ou défendre le traitement des données, mais il peut également garantir avec plus d'efficacité que les données cessent d'être publiquement disponibles (voir les observations effectuées en réponse aux questions 2.3 et 2.4 plus loin).
- 112 En revanche les moteurs de recherche ne peuvent pas être considérés comme «responsables du traitement» car ils ne peuvent pas respecter les obligations que la directive impose à ces responsables. Toute tentative d'imposer ces obligations aux moteurs de recherche pourrait avoir des conséquences très négatives, comme nous l'expliquons en détail dans les observations présentées sur les questions 2.3, 2.4 et 3.1.
- 113 La directive a été rédigée avant la généralisation de l'utilisation des moteurs de recherche et elle prévoit à la charge du responsable du traitement des obligations qu'un moteur de recherche serait incapable de remplir⁶³. La Audiencia Nacional a d'ailleurs reconnu dans son ordonnance qu'il «*serait difficilement compatible avec l'activité qui est celle des moteurs de recherche*» de leur imposer en tant que responsables du traitement la totalité des obligations résultant de la directive⁶⁴.
- 114 Dans l'avis 1/2008, compte tenu du fait évident que les moteurs de recherche n'ont pas le contrôle et que les obligations incombant au responsable sont incompatibles avec le fonctionnement des moteurs de recherche, le groupe de travail «article 29» a conclu que ces derniers ne sont pas responsables du traitement des données qu'ils ne font qu'indexer. Le groupe de travail «article 29» développe la notion de responsable du traitement [Or. 21] «principal» et réserve aux moteurs de recherche la qualité non expressément prévue par la directive de «responsable subsidiaire» qui, en tant que tel, serait exonéré des obligations du «responsable»⁶⁵. Google Inc. et Google Spain considèrent qu'il serait préférable d'estimer que la notion de responsable du traitement exclut automatiquement les moteurs de recherche comme celui de Google Inc.

⁶³ Ainsi, un moteur de recherche est incapable de vérifier l'exactitude ou l'authenticité de chaque donnée à caractère personnel susceptible de figurer parmi ses résultats.

⁶⁴ Point 5 de l'ordonnance.

⁶⁵ Sauf en ce qui concerne les informations qui peuvent avoir été modifiées sur la page web d'origine et qui n'ont pas été actualisées dans l'index, ou lorsque les moteurs de recherche fournissent des services présentant une «valeur ajoutée». Ces circonstances n'existent pas en ce qui concerne le moteur de recherche de Google Inc.

X. QUESTIONS 2.3 ET 2.4: PEUT-ON EXIGER D'UN MOTEUR DE RECHERCHE QU'IL ÉLIMINE LES DONNÉES SANS S'ADRESSER PRÉALABLEMENT OU SIMULTANÉMENT À L'ÉDITEUR? QUE SE PASSE-T-IL SI LE CONTENU A ÉTÉ LÉGALEMENT PUBLIÉ PAR L'ÉDITEUR?

- 115 En substance, les questions 2.3 et 2.4 ⁶⁶ visent à savoir si Google Inc. est l'entité appropriée afin de garantir le droit de l'individu à la protection de ses données à caractère personnel, et si cette protection peut être obtenue alors même que les informations continuent à être publiquement disponibles sur le site web qui les a initialement publiées.
- 116 Google Inc. et Google Spain considèrent que ce sont les éditeurs et non les moteurs de recherche qui sont les mieux placés pour protéger correctement les droits des individus à la protection des données. Il s'ensuit que toute action visant à défendre le droit à la protection des données devrait être dirigée – en admettant qu'il y ait lieu de l'introduire – contre l'éditeur ⁶⁷.

A. LES MOTEURS DE RECHERCHE NE PEUVENT PAS METTRE EN BALANCE LES DROITS DES TIERS DE MANIÈRE ADÉQUATE

- 117 En premier lieu, et aux fins des questions 2.3 et 2.4, il convient de souligner que le droit au verrouillage et à l'effacement, et le droit d'opposition, prévus par la directive, ne sont pas des droits absolus. L'intéressé ne doit pas uniquement établir que le traitement «n'est pas conforme» à la directive [conformément à l'article 12, sous b)] ou faire la preuve de l'existence de «raisons prépondérantes et légitimes» [conformément à l'article 14, sous a)], mais il doit en outre démontrer que son droit à la protection des données ne doit pas céder face aux droits des tiers.
- 118 Si les demandes d'effacement d'informations étaient directement dirigées contre un moteur de recherche, les intéressés pourraient éluder leur obligation d'établir que leur droit doit prévaloir sur le droit d'un tiers, et, en particulier, sur les droits de l'éditeur. Ce sont les éditeurs, et non le prestataire de services de moteur de

⁶⁶ Compte tenu de l'interconnexion étroite existant entre les questions 2.3 et 2.4 – puisqu'en l'espèce il ne fait aucun doute que les informations publiées par des tiers sont toujours légalement accessibles – Google Inc. et Google Spain présenteront leurs observations sur ces deux questions de manière groupée.

⁶⁷ L'éditeur a en effet le degré de connaissance et de contrôle nécessaires sur les données et la capacité de réaliser la mise en balance nécessaire des droits de l'individu et de tout autre droit en conflit, et c'est à un juge qu'il reviendrait en dernier recours d'ordonner l'élimination d'un contenu. En outre, si les informations demeurent disponibles sur Internet, les supprimer d'un moteur de recherche ne permettrait pas d'atteindre l'objectif final qui consiste à protéger la vie privée et les données à caractère personnel d'un individu. Comme précédemment expliqué, les éditeurs disposent de divers mécanismes pour s'assurer que les moteurs de recherche n'explorent pas les informations contenues dans leurs index. Cette question a également été expressément reconnue par le groupe de travail «article 29» dans son avis 1/2008 disponible en espagnol à l'adresse: <http://goo.gl/iVkkD>, en français à l'adresse: <http://goog.gl/9q8WE> et en anglais à l'adresse: <http://goo.gl/oNXMP>.

recherche, qui peuvent répondre aux demandes d'effacement des informations en vertu des articles 12, sous b) et 14, sous a), car ce sont eux qui ont décidé de rendre les informations publiques, ainsi que des conditions et de la durée de cette divulgation. Les éditeurs sont les seuls à pouvoir comprendre le contexte et les raisons qui justifient la publication du contenu en cause.

- 119 Google Inc. ne décide pas des informations qui seront publiées et cette société ne serait pas mesure de déterminer s'il convient de faire prévaloir, dans un cas concret, le droit à la protection des données du requérant ou les libertés d'expression et d'information. Google Inc. n'a aucun intérêt particulier à ce qu'une information concrète demeure accessible, indépendamment de son intérêt général à ce que les résultats des recherches sur Google traduisent avec exactitude l'ensemble des informations disponibles sur Internet. Le point 6.4 de l'ordonnance de renvoi de la Audiencia Nacional souligne précisément ce fait.
- 120 Il serait non seulement impossible de mettre en balance dans chaque cas les droits à la protection des données et à la liberté d'expression en conflit, pour les raisons technico-juridiques que nous avons indiquées mais **[Or. 22]** également en raison du volume des informations. En effet, procéder à la révision de dizaines de milliards de pages disponibles sur Internet serait une tâche aussi impossible à mettre en œuvre que tenter d'introduire une procédure automatique capable d'apprécier convenablement le contexte et les nuances de chaque situation en vue de mettre correctement en balance les intérêts en conflit.

B. LE DROIT DE S'OPPOSER À UN TRAITEMENT DES DONNÉES DISPARAÎT LORSQUE LA LÉGISLATION NATIONALE COMPORTE DES DISPOSITIONS DIFFÉRENTES

- 121 Aux termes de l'article 14, sous a), de la directive, le droit d'un particulier de s'opposer à un traitement de données à caractère personnel ne saurait pas non plus l'emporter dans les cas où le droit national comporte une «disposition contraire». Or, en l'espèce, il est évident que «le droit comporte une disposition contraire».
- 122 En effet, l'annonce qui apparaît sur la page web dont M. Costeja demande l'élimination des index de Google a été publiée dans le quotidien conformément à l'article 147, paragraphe 1, sous b), du décret royal 1637/1995, du 6 octobre 1995, qui prévoit la publication d'annonces officielles comme celle-ci «*dans des médias à grande diffusion*»⁶⁸. Au point 7.4 de l'ordonnance de renvoi, la Audiencia

⁶⁸ L'article 147 du décret royal 1637/1995 dispose: «*1. La vente aux enchères est annoncée au sein de la direction provinciale de la trésorerie générale de la sécurité sociale ainsi qu'au sein de son administration ou, si celle-ci n'était pas constituée, au sein de l'unité de recouvrement exécutif chargée de la réaliser. L'annonce de la vente aux enchères est également publiée dans les mairies du lieu où les biens sont situés. (...) b) L'annonce de la vente aux enchères peut également être publiée dans des médias à grande diffusion ou dans des publications spécialisées, lorsque le directeur provincial de la trésorerie générale de la sécurité sociale considère que cela est adéquat pour la finalité poursuivie et proportionné eu égard à la valeur des biens*».

Nacional avertit qu'un ordre de suppression des informations de l'index du moteur de recherche de Google Inc. prononcé par l'AEPD pourrait être contraire à l'ordre juridique et compromettre le fonctionnement des administrations publiques. En outre, dans tous les cas où les informations en cause sont publiées légalement, en d'autres termes, lorsque les dispositions applicables ne permettent pas au particulier d'exiger la suppression des informations d'Internet, soit au motif qu'elles sont protégées par la liberté d'expression ou par la liberté d'information (aussi bien des éditeurs que des destinataires des informations), soit en raison d'une obligation légale de publicité, il convient de considérer que cette disposition légale qui – quand bien même on estimerait que Google Inc. est responsable d'un traitement – exclut le droit d'un particulier à s'opposer à un tel traitement, existe.

C. L'EFFACEMENT DES INFORMATIONS DES RÉSULTATS DES MOTEURS DE RECHERCHE NE PERMETTRAIT PAS D'ATTEINDRE L'OBJECTIF POURSUIVI

- 123 Exiger de Google Inc. qu'elle efface les informations de ses index serait inefficace pour la protection du droit de l'individu à la protection des données, car une telle action n'empêcherait ni l'accès aux informations ni leur diffusion. Si on exigeait de Google Inc. qu'elle verrouille une URL de manière permanente – outre le fait qu'elle effacerait de son index beaucoup plus d'informations que nécessaire (tout le contenu des pages web en question et pas uniquement les informations à caractère personnel en cause)⁶⁹ - la protection serait pratiquement nulle puisqu'il suffirait que l'éditeur change l'URL de la page web pour que tout le contenu soit à nouveau indexé. Si l'on choisissait de filtrer certains termes de recherche, on effacerait une quantité de contenus beaucoup plus importante que nécessaire. L'inutilité et l'inefficacité de ce type de mesures, ainsi que leur caractère disproportionné, sont expliqués plus en détail aux points 254 à 259 du mémoire principal.
- 124 Les éditeurs peuvent en revanche prendre l'une des mesures précédemment décrites⁷⁰. Ces mesures sont non seulement pleinement efficaces parce qu'elles permettent de garantir la disparition des informations de la page web d'origine et des moteurs de recherche (et pas seulement du moteur de recherche de Google), mais **[Or. 23]** elles permettent en outre d'y procéder de manière proportionnée, sans que cela n'ait de répercussions sur d'autres informations, ce qui évite ainsi l'indésirable excès de verrouillage qu'impliquerait toute intervention du moteur de recherche.

⁶⁹ Voir l'annexe 1 du mémoire principal où figurent les captures d'écran des pages du quotidien La Vanguardia sur lesquelles apparaissent les informations qui ont donné lieu à la présente procédure. Outre l'annonce officielle qui mentionne M. Costeja, les deux pages contiennent des articles comportant des informations qui présentent indubitablement un intérêt public (une nouvelle et un article d'opinion sur la réglementation de l'euthanasie, et un article sur une procédure judiciaire portant sur l'assassinat d'une personne par l'organisation terroriste ETA), tout ce contenu licite et présentant un intérêt public disparaîtrait du moteur de recherche si l'URL était verrouillée.

⁷⁰ Pour une présentation plus détaillée, voir les points 57 à 62 du mémoire principal.

- 125 Il ne saurait y avoir de «raisons légitimes» permettant de justifier l'élimination du moteur de recherche de Google Inc. d'informations légalement disponibles sur une page web. Si des raisons d'ordre public ou des droits fondamentaux justifient la publication de certaines informations, la finalité de cette publication serait entravée s'il était impossible d'utiliser les moteurs de recherche pour localiser ces informations.

XI. QUESTIONS 2.3 ET 2.4: LA MISE EN BALANCE DES DROITS FONDAMENTAUX EN JEU ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

- 126 Google Inc. et Google Spain estiment que, lorsque la Cour de justice répondra aux questions 2.3, 2.4 et 3⁷¹, elle devra tenir compte des éléments suivants: i) les différents droits fondamentaux en jeu en l'espèce, ii) la manière dont ces droits fondamentaux peuvent être affectés et iii) le caractère proportionné de toute mesure susceptible d'être imposée eu égard aux objectifs qu'elle poursuit.

A. DROITS FONDAMENTAUX CONCERNÉS

1. La liberté d'expression et d'information des éditeurs

- 127 La charte qui a le même rang normatif que les traités⁷², garantit à son article 11, paragraphe 1, le droit à la liberté d'expression et d'information. Ce droit à la liberté d'information et d'expression est également reconnu par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après «CEDH»). Comme le prévoit l'article 52, paragraphe 3, de la charte⁷³, son article 11 doit être interprété conformément à la CEDH⁷⁴.
- 128 En l'espèce, bien que la liberté d'expression de l'éditeur ne serait pas complètement limitée, puisque les informations continueraient à être accessibles sur la page originale, il est certain que ces informations seraient soumises à une

⁷¹ Les observations figurant au présent point doivent être considérées comme applicables à la question 3 (plus bas) et doivent être considérées comme reproduites dans les observations effectuées sur cette question.

⁷² La Cour de Justice a reconnu que la charte «*a la même valeur juridique que les traités*» dans l'arrêt du 8 septembre 2011, Hennings/Eisenbahn-Bundesamt (C-297/10, non encore publié au Recueil, point 47).

⁷³ Article 52, paragraphe 3 de la charte: «*Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue*».

⁷⁴ Aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme («CEDH»): «*[L]a liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun*», c'est pourquoi «*[b]ien que la liberté d'expression puisse être assortie d'exceptions, celles-ci appellent (...) une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante*». Arrêt de la CEDH du 14 mars 2002, affaire Gaweda/Pologne (requête n° 26229/95, point 32).

censure partielle. À ce propos, la CEDH a considéré que «[s]i donc la sanction qui a frappé leur auteur ne l'a pas à proprement parler empêché de s'exprimer, elle n'en a pas moins constitué une espèce de censure»⁷⁵.

- 129 Les mesures ordonnées par l'AEPD à l'encontre de Google Inc. (et de Google Spain) restreindraient la liberté d'expression de l'éditeur puisqu'elles l'empêcheraient de faire parvenir le plus efficacement possible les informations à son audience. Cette situation aboutirait à l'instauration d'un système de censure qui limiterait la capacité des personnes à recevoir et à communiquer des informations légales⁷⁶.
- 130 La CEDH a également considéré que «*outré la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression*»⁷⁷. Si l'éditeur rend publiques de manière légale certaines informations sur Internet et s'il ne prend aucune mesure empêchant leur indexation par les moteurs de recherche, il convient de considérer qu'il souhaite se servir de ceux-ci. **[Or. 24]**

2. La liberté d'information du public en général

- 131 Si les informations étaient éliminées des index du moteur de recherche, il serait gravement porté atteinte à la liberté d'information des utilisateurs. Tant l'article 11, paragraphe 1, de la charte, que l'article 10, de la CEDH reconnaissent «(...) *la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières*».
- 132 La CEDH a déclaré que: «*Quant à la liberté de recevoir des informations, elle interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir*»⁷⁸. Même si elle n'empêchait pas totalement les utilisateurs de trouver les informations sur la page web d'origine, l'injonction de l'AEPD impliquerait qu'il serait plus difficile et laborieux de localiser ces informations car cette injonction les priverait de l'un des moyens les plus efficaces pour les trouver⁷⁹. L'injonction de l'AEPD constitue donc un acte de censure gouvernementale, sans l'intervention d'une autorité judiciaire.
- 133 Enfin, la position de l'AEPD à l'égard des moteurs de recherche porterait atteinte à la valeur et à l'authenticité des informations localisables par l'intermédiaire de

⁷⁵ Arrêt de la CEDH du 8 juillet 1986, affaire Lingens/Autriche (requête n° 9815/82, point 44).

⁷⁶ Cela pourrait avoir des répercussions significatives notamment lorsque l'obligation d'information résulte d'une injonction légale comme c'est le cas en l'espèce.

⁷⁷ Arrêt de la CEDH du 21 mars 2002, affaire Nikula/Finlande (requête n° 31611/96, point 46).

⁷⁸ Arrêt de la CEDH du 26 mars 1987, affaire Leander/Suède (requête n° 9248/81, point 74).

⁷⁹ Arrêt de la CEDH, du 16 décembre 2008, affaire Khurshid Mustafa et Tarzibachi/Suède (requête n° 23883/06, point 45).

ces services (toutes les informations qu'une personne jugerait préjudiciables pour ses intérêts disparaîtraient, comme par exemple, toute critique ou toute information défavorable) et minerait ainsi finalement la confiance des utilisateurs dans la qualité et l'utilité des informations trouvées, et également donc la confiance de ces utilisateurs dans des outils essentiels pour le développement d'Internet et de la société de l'information.

3. La liberté d'entreprendre et la libre prestation de services par Google Inc.

- 134 Si les mesures en cause étaient imposées, sans que l'on se soit préalablement ou simultanément adressé à l'éditeur, il s'ensuivrait des répercussions directes sur la liberté d'entreprendre des moteurs de recherche en général et de Google Inc. en particulier, notamment sur la libre prestation de services. Partant, dans le cadre de la mise en balance des différents intérêts en jeu, il convient également de tenir compte de ces droits fondamentaux.
- 135 Les juridictions européennes ont reconnu qu'il était nécessaire de procéder à cette mise en balance des intérêts en jeu, tout d'abord dans l'arrêt *Scarlet Extended SA/SABAM*⁸⁰ et ensuite dans l'arrêt *SABAM/Netlog*⁸¹.
- 136 La finalité de l'activité du moteur de recherche n'est autre que de fournir aux utilisateurs une liste la plus exhaustive possible des résultats pertinents pour la recherche qu'ils effectuent. Le fait d'imposer une obligation d'élimination de leurs index des informations qui, demeurerait par ailleurs accessibles aussi bien sur la page d'origine que par le biais d'autres mécanismes concurrents (moteurs de recherche alternatifs, réseaux sociaux, etc.) porterait sans aucun doute atteinte aux libertés d'entreprise et de prestation de services de Google Inc. (voir les points 280 et suivants du mémoire principal).

4. La liberté d'expression de Google Inc.

- 137 Enfin, si les individus pouvaient demander qu'un moteur de recherche élimine des informations publiques de ses index, la liberté d'expression de Google serait également affectée.
- 138 Comme les juridictions de l'Union l'ont reconnu, la liberté d'expression est un principe fondamental qui doit être largement interprété. Ainsi, dans l'arrêt *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, la Cour de justice a reconnu que ce droit ne se limitait pas aux moyens «traditionnels», tels que les médias papier ou les ondes radiophoniques, et elle a expressément mentionné Internet comme un

⁸⁰ Arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA/SABAM* (C-70/2010, non encore publié au Recueil, point 46): «(...) les autorités et les juridictions nationales doivent notamment assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI en vertu de l'article 16 de la charte».

⁸¹ Arrêt du 16 février 2010, *SABAM/Netlog* (C-360/10, non encore publié au Recueil, point 44).

moyen de communication possible⁸². La Cour a également reconnu que ce droit à la liberté d'expression n'appartient pas uniquement aux personnes physiques et que les personnes morales [Or. 25] peuvent également bénéficier de ce type de protection⁸³. Compte tenu de cette interprétation, Google Inc. estime qu'une interdiction d'afficher dans ses résultats des liens vers des informations légales violerait son droit à la liberté d'expression.

B. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

- 139 La mise en balance des droits fondamentaux précédemment énumérés doit être réalisée en harmonie avec le principe de proportionnalité en ce qu'il constitue un principe fondamental du droit de l'UE. Google Inc. et Google Spain considèrent qu'imposer à Google Inc. l'obligation d'éliminer les informations de ses index (lorsque ces informations sont publiquement disponibles ou que la demande n'est pas tout d'abord adressée à l'éditeur) serait contraire au principe de proportionnalité.
- 140 L'application de ce principe requiert en particulier de déterminer i) qui est le mieux placé pour mettre en balance et pour défendre les intérêts en jeu et ii) dans quelles circonstances la mesure en question serait proportionnée (adéquante et nécessaire) pour atteindre l'objectif poursuivi.
- 141 Ce principe est reconnu à l'article 52, paragraphe 1, de la charte et il a également été expressément reconnu dans le champ d'application matériel de la directive⁸⁴. Google Inc. et Google Spain estiment que le fait d'imposer une obligation comme celle adoptée par l'AEPD serait contraire au principe de proportionnalité, à tout le moins, pour les quatre motifs suivants:

1. L'objectif final de la demande ne serait pas atteint

- 142 L'imposition de la mesure adoptée par l'AEPD ne permettrait pas d'atteindre l'objectif final poursuivi, à savoir que les informations cessent d'être accessibles au public ou, à tout le moins, largement accessibles, car elles continueraient à figurer sur la page web d'origine et seraient localisables grâce à d'autres moteurs de recherche ou par tout autre moyen⁸⁵. Compte tenu de ce qui précède, il est

⁸² Arrêt du 16 décembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia Oy (C-73/07, Rec. p. 9831, point 60). Lorsque la Cour de justice a défini l'activité «aux seules fins de journalisme», elle a conclu qu'il était nécessaire d'être conscient de l'évolution des méthodes de communication et que «le support au moyen duquel les données traitées sont transmises, classique tel que le papier ou les ondes hertziennes, ou électronique tel que l'Internet, n'est pas déterminant».

⁸³ Arrêt de la CEDH du 22 mai 1990, Autronic AG/Suisse (requête n° 12726/87, point 47): «(...) ni le statut juridique de société anonyme, ni le caractère commercial de ses activités, ni la nature même de la liberté d'expression ne sauraient priver Autronic AG du bénéfice de l'article 10».

⁸⁴ Arrêt du 9 novembre 1992, Scheke/Land Hessen (C-92/09, Rec. p. I-11063, point 48).

⁸⁵ Ainsi, lorsque l'on tape le nom Mario Costeja González dans le moteur de recherche Bing de Microsoft, outre les nombreuses références à la présente procédure, apparaissent entre

évident que la condition selon laquelle il faut que «(...) *les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause*»⁸⁶ ne serait pas remplie dans cette affaire.

2. La mesure créerait une incitation perverse pour les éditeurs

- 143 Si les moteurs de recherche étaient de fait obligés de censurer les informations disponibles sur Internet, cela pourrait créer une incitation perverse pour les éditeurs. Si l'on enjoignait aux moteurs de recherche d'éliminer les informations de leurs index – tout en permettant aux éditeurs de faire en sorte que les informations soient toujours publiquement accessibles –, la responsabilité relative au contenu en ligne serait déplacée des éditeurs vers les moteurs de recherche. Cela réduirait la responsabilité des éditeurs du fait du contenu de leurs pages et créerait dans le chef des éditeurs un sentiment d'impunité qui les conduirait à penser qu'ils sont libres de publier n'importe quel type d'information compte tenu du rôle de «filet de retenue» joué par les moteurs de recherche⁸⁷.

3. Il existe des mécanismes moins restrictifs pour atteindre le même objectif

- 144 La solution préconisée par l'AEPD ferait peser une charge significative sur Google Inc.⁸⁸ alors qu'il serait possible de parvenir à ce résultat plus simplement et plus efficacement par l'intermédiaire de l'éditeur. En décidant que ce sont les moteurs de recherche, ou l'un d'entre eux, qui doivent éliminer les informations, l'AEPD leur impose une obligation extrêmement lourde qui les oblige à contrôler toutes les informations disponibles sur Internet, alors qu'il serait beaucoup moins lourd d'assigner cette mission aux [Or. 26] éditeurs dans la mesure où ces derniers ne devraient supporter que la charge limitée de contrôler les informations qu'ils publient.
- 145 Contrairement aux moteurs de recherche, les éditeurs contrôlent totalement les informations qu'ils publient sur Internet, la durée de leur publication, les personnes qui peuvent y avoir accès et l'affichage ou l'absence d'affichage de ces informations dans les moteurs de recherche⁸⁹.

autres deux liens vers les pages de La Vanguardia que M. Costeja souhaite faire disparaître du moteur de recherche de Google Inc.

⁸⁶ Arrêt du 13 novembre 1990, The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa et autres (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13).

⁸⁷ Ce qui pourrait aboutir à une augmentation des informations non souhaitées.

⁸⁸ Arrêt du 24 novembre 2011, Scarlet Extended SA/SABAM (C-70/2010, non encore publié au Recueil, point 48): «(...) *une telle injonction entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise du FAI concerné puisqu'elle l'obligerait à mettre en place un système informatique complexe, coûteux et à ses seuls frais*».

⁸⁹ L'éditeur peut facilement prendre des décisions efficaces pour éliminer des informations d'Internet ou pour empêcher les moteurs de recherche d'y accéder. Le quotidien La Vanguardia dispose même de lignes directrices en la matière («*Recommandations pour répondre aux demandes d'annulation de données à caractère personnel hébergées dans*

146 Imposer cette obligation au moteur de recherche ne serait donc pas conforme à l'exigence selon laquelle «*lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés*»⁹⁰. C'est tout spécialement le cas puisque le moteur de recherche ne dispose que d'une solution radicale, à savoir éliminer le résultat (l'URL de la page sur laquelle apparaissent les informations en cause).

4. La mesure fournirait un avantage concurrentiel à d'autres concurrents comme les moteurs de recherche, les réseaux sociaux, etc.

147 Dès lors que la mesure adoptée par l'AEPD viserait uniquement et exclusivement Google Inc., qu'elle n'ordonne pas l'élimination des informations de la page d'origine ou des autres moteurs de recherche, il pourrait en résulter un handicap concurrentiel significatif pour Google Inc. sur le marché. En revanche, une mesure prise par l'éditeur aurait pour effet d'empêcher l'accès ou d'éliminer l'information de tous les moteurs de recherche qui satisfont aux standards de l'industrie, et pas uniquement de celui de Google Inc.⁹¹.

C. SUR LA VIOLATION DU PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION

148 En imposant aux moteurs de recherche des responsabilités moins lourdes qu'aux éditeurs, l'AEPD agit en contradiction avec le principe de non discrimination. En effet, i) les moteurs de recherche ne peuvent pas apprécier de manière adéquate la justification de la requête en question, ils ne peuvent pas non plus éliminer les informations d'Internet ou les rendre inaccessibles, ii) ils ne peuvent pas mettre en

l'hémérothèque numérique de La Vanguardia) dans lesquelles il s'engage à éliminer les informations à caractère personnel ou à prendre les mesures adéquates à la demande de tout intéressé. Conformément à ces lignes directrices récentes, une simple demande de M. Costeja conduirait aujourd'hui à l'élimination de ses données des moteurs de recherche et pas uniquement de Google, sans que Google ait à faire quoique ce soit. Ces lignes directrices, que l'AEPD connaissait, démontrent sans aucun doute que le quotidien La Vanguardia estime que c'est lui-même, et pas Google Inc., qui est en mesure de faire droit aux demandes du type de celle soumise par M. Costeja. Voir **l'annexe 2**.

⁹⁰ Arrêt du 13 novembre 1990, *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa et autres* (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13). À ce propos, il importe de rappeler que la question concerne non seulement l'élimination des informations mais également la prévention de l'indexation car le fonctionnement automatique des moteurs de recherche interférerait significativement avec le fonctionnement normal du moteur de recherche.

⁹¹ L'AEPD a également publié des lignes directrices qui appuieraient les thèses de Google Inc. et Google Spain selon lesquelles c'est l'éditeur des informations et non le moteur de recherche qui est responsable de l'élimination ou du verrouillage des informations à caractère personnel. L'AEPD recommande aux individus d'exercer leurs droits auprès de l'éditeur, de vérifier ensuite que les informations ont bien disparu des moteurs de recherche. C'est seulement dans le cas où les informations n'auraient pas été éliminées (après l'avoir été de la page web originale) que les individus pourront exercer leurs droits à l'égard du moteur de recherche. Le droit fondamental à la protection des données: guide pour le citoyen – 2011, disponible à l'adresse: <http://goo.gl/3v2qg>.

œuvre des mesures visant à garantir que les informations seront éliminées de manière complète et permanente de leurs index, puisque celles-ci peuvent réapparaître (par exemple, si l'éditeur change l'URL), et iii) toute mesure destinée à éliminer une information déterminée aboutirait à l'élimination d'une quantité d'informations supérieure à celle visée au départ.

- 149 L'éditeur peut, de son côté, prendre des mesures simples et efficaces en vue d'empêcher l'accès aux informations ou de les exclure des moteurs de recherche si cela est justifié en droit. Il s'ensuit que placer les moteurs de recherche et les éditeurs sur le même plan, ou simplement faire peser l'ensemble des obligations sur les moteurs de recherche, serait non seulement disproportionné mais également contraire au principe selon lequel *«[i]l y a discrimination non seulement lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente, mais également lorsque des situations différentes sont traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié»*⁹². [Or. 27]

D. CONCLUSIONS SUR LA MISE EN BALANCE DES DROITS FONDAMENTAUX ET DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

- 150 Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice *«(...) une telle norme nationale doit être propre à assurer la réalisation dudit objectif principal et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre»*⁹³. Par conséquent, en vertu du principe de proportionnalité, toute demande visant à l'élimination d'informations doit être adressée à l'éditeur puisque c'est ce dernier qui prend la responsabilité de rendre les informations publiques et qu'il est donc la seule personne capable de les rendre inaccessibles de la manière la plus efficace et proportionnée. En effet, seul l'éditeur peut décider si, notamment, i) les informations pouvaient ou devaient être publiées et être rendues accessibles aux moteurs de recherche, ii) elles doivent demeurer disponibles, iii) elles doivent être disponibles mais soumises à des mesures évitant qu'elles soient indexées par les moteurs de recherche, ou iv) la demande est fondée et proportionnée.
- 151 Si la Cour de justice devait conclure qu'une autorité chargée de la protection des données – comme indiqué à la question 2.3 – peut imposer directement au moteur de recherche l'obligation d'éliminer certaines informations de son index sans l'intervention de l'éditeur et sans que celui-ci puisse répondre à cette demande, cela porterait gravement atteinte à sa liberté d'expression *«au-delà de ce qui est nécessaire»* pour atteindre l'objectif poursuivi, dans la mesure où il serait possible de trouver une solution plus efficace en s'adressant à l'éditeur.
- 152 Il convient en outre d'ajouter qu'imposer ce type d'obligations à Google Inc. serait disproportionné et discriminatoire. En premier lieu, au motif qu'il ne serait

⁹² Arrêt du 5 octobre 1994, Crispoltoni et autres/Fattoria Autonoma Tabacchi et autres (Rec. p. I-4863, point 51).

⁹³ Arrêt du 21 décembre 2011, Danske Svineproducenter (C-316/10, non encore publié au Recueil, point 52).

pas tenu compte de manière adéquate des droits fondamentaux des tiers et de Google Inc.; en second lieu, au motif que l'objectif ultime poursuivi (à savoir, que les informations ne soient plus jamais publiques, comme l'a demandé M. Costeja), ne serait pas atteint⁹⁴ puisque les informations continueraient à relever du domaine public; en troisième lieu, au motif qu'il existe d'autres mécanismes moins restrictifs pour atteindre le même résultat⁹⁵; en quatrième lieu, au motif que cela reviendrait à fournir un avantage concurrentiel à d'autres moteurs de recherche et réseaux sociaux.

XII. TROISIÈME QUESTION: EXISTE-T-IL UN DROIT À L'OUBLI DANS LA DIRECTIVE?

- 153 Cette question comporte deux sous-questions différentes. La première sous-question porte sur le point de savoir si la directive reconnaît un «droit à l'oubli» fondé sur des considérations subjectives, par exemple dans le cas où un individu *considère que [les] informations sont susceptibles de lui porter préjudice ou lorsqu'il désire que ces informations soient oubliées alors même qu'il s'agirait d'informations publiées légalement par des tiers*. La seconde sous-question vise à savoir si ce droit peut être exercé auprès d'un prestataire de services d'intermédiation de la société de l'information qui se limite à fournir des liens et des instruments de recherche permettant d'accéder aux pages web de tiers.
- 154 Google Inc. considère que le «droit à l'oubli», tel que décrit dans la question, n'est ni reconnu ni protégé par la directive, et que, quand bien même il le serait – ce qui n'est pas le cas – il ne serait pas opposable à un moteur de recherche lorsque les informations en cause continuent à être publiées par des tiers. Il s'ensuit qu'il convient de répondre par la négative à cette question.

A. LE «DROIT À L'OUBLI» N'EST PAS RECONNU PAR LA DIRECTIVE

- 155 La Audiencia Nacional reconnaît qu'il se peut que l'AEPD interprète le droit à la dignité de l'individu de manière excessivement large. Selon l'AEPD, le «droit à l'oubli» inclurait la possibilité de s'opposer à l'indexation par Google Inc. de certaines informations du simple fait que l'individu ne souhaite pas que certains faits le concernant soient connus des tiers grâce à l'utilisation d'un moteur de recherche, même si les informations en cause sont exactes et demeurent légalement disponibles et accessibles sur Internet⁹⁶. **[Or. 28]**

⁹⁴ Arrêt du 9 novembre 2010, Scheke/Land Hessen (C-92/09, Rec. p. I-11063, point 74).

⁹⁵ Arrêt du 13 novembre 1990, The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fedesa et autres (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13).

⁹⁶ Ordonnance de la Audiencia Nacional, point 7.2: « L'AEPD considère que le particulier peut demander l'annulation ou l'effacement de ses données ou de toute information le concernant lorsqu'il estime que ces dernières 'portent atteinte ou sont de nature à porter atteinte' à sa dignité, entendue au sens large» (soulignement ajouté).

- 156 La Cour de cassation française a répondu à une question similaire par la négative⁹⁷. Le Tribunal Supremo espagnol⁹⁸ a récemment déclaré qu'il existe une *obligation de supporter* tant la publication au Boletín Oficial del Estado (journal officiel espagnol) des remises de peine accordées par le gouvernement, que le fait que ces informations soient indexées par les moteurs de recherche.
- 157 Dans la question 3.1; la Audiencia Nacional part de l'hypothèse que les informations publiées sur la page d'origine sont légales, conformément à la directive, et que les droits de l'individu ne l'emportent pas sur ceux de l'éditeur. La Audiencia Nacional considère et présume que les informations en cause n'enfreignent pas le droit à la protection des données ou la dignité de l'individu.

B. LES ARTICLES 12, SOUS B) ET 14, SOUS A) DE LA DIRECTIVE NE PERMETTENT PAS UNE TELLE INTERPRÉTATION SUBJECTIVE

- 158 L'article 12, sous b), soumet le droit à l'effacement ou au verrouillage à la condition que le traitement ne soit pas conforme aux dispositions de la directive. La directive mentionne deux situations concrètes dans lesquelles le traitement peut ne pas être conforme ses dispositions, à savoir lorsque les informations ne sont pas complètes ou lorsqu'elles sont inexactes. La doctrine limite les infractions possibles à la directive aux infractions des articles 6, 7 et 8 de ce texte (principe de qualité des données, de légitimation des traitements de données et des catégories particulières de traitements)⁹⁹.
- 159 En l'espèce, le «traitement» effectué par Google Inc. – à supposer qu'il y en ait un – ne serait contraire à aucune disposition de la directive. Les informations traduisent de manière exacte et complète les informations légalement publiées sur le site web d'origine, sans aucune modification.
- 160 L'article 14, sous a), réglemente le droit d'opposition au traitement «*au moins dans les cas visés à l'article 7, points e) et f) (...) pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière*» («*compelling legitimate grounds*»). L'article 14, sous a), de la directive suit le principe du droit à la protection des données selon lequel, lorsque le traitement est justifié, il faut qu'il existe des

⁹⁷ Arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation française du 20 novembre 1990 (voir l'annexe 10). «(...) la Cour d'appel a constaté que les faits touchant à la vie privée de M^{me} X. avaient été livrés, en leur temps, à la connaissance du public par des comptes-rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale; qu'ainsi ils avaient été licitement révélés et, partant, échappaient à sa vie privée, Mme X... ne pouvant se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit, à nouveau, fait état».

⁹⁸ Arrêt de la chambre du contentieux administratif du Tribunal Supremo du 17 novembre 2010. Voir l'annexe 11 du mémoire principal.

⁹⁹ Ulrich Dammann et Spiros Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1997), page 198: «Un droit à l'effacement doit être reconnu à la personne concernée lorsque les conditions d'un traitement légitime (en particulier celles résultant des articles 7 et 8) ne sont pas réunies ou lorsque le traitement n'est pas conforme aux principes relatifs à la qualité découlant de l'article 6 et une autre mesure corrective ne suffit pas à garantir la licéité du traitement».

circonstances spécifiques pour qu'il soit mis fin au traitement. Le droit de l'individu ne l'emporte sur l'intérêt légitime de Google Inc. que lorsque les limitations imposées à d'autres droits fondamentaux sont dûment fondées sur des «*compelling legitimate grounds*» («*raisons prépondérantes et légitimes*»). Il découle clairement de la teneur littérale de la directive que la notion de «*compelling legitimate grounds*» correspond à une situation objective susceptible d'être déterminée par un tiers. Il ne suffit pas que l'individu ait l'impression purement subjective que les informations en cause peuvent lui causer un préjudice¹⁰⁰. [Or. 29]

- 161 Étant entendu que les informations publiées sur la page web originale ne contreviennent pas à la directive, il n'existe pas de «raisons prépondérantes et légitimes» («compelling legitimate grounds») qui permettraient de les éliminer des index du moteur de recherche.

C. LE PROJET DE PROPOSITION DE RÉGLEMENT A DÉFINI CE DROIT POUR LA PREMIÈRE FOIS ET EN DES TERMES DIFFÉRENTS

- 162 La teneur actuelle de la directive ne reconnaît pas l'existence d'un tel «droit à l'oubli». Le fait que ce soit justement l'une des nouveautés que la proposition de règlement ait souhaité aborder le confirme¹⁰¹. Si la directive prévoyait déjà un

¹⁰⁰ L'article 35 du règlement espagnol relatif à la protection des données (Reglamento español de Protección de Datos) dispose «1. Le droit d'opposition est exercé dans le cadre d'une demande adressée au responsable du traitement. Lorsque le droit d'opposition est exercé sur le fondement du sous a), de l'article précédent, la demande doit mentionner les motifs fondés et légitimes, concernant une situation personnelle concrète de l'intéressé, qui justifient l'exercice de ce droit. 2. Le responsable du fichier ou du traitement doit exclure du traitement les données relatives à l'intéressé qui exerce son droit d'opposition ou rejeter de manière motivée la demande de l'intéressé dans le délai (...)».

La proposition originale [proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel – COM (1990) 314-2 1990/0287/COD -] prévoyait ce droit dans les termes suivants: droit «*de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement*». La proposition modifiée (proposition modifiée de directive du Conseil 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 – COM(92) 422 final – SYN 287, du 15 octobre 1992) a modifié les termes de cette disposition: «*Les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit de s'opposer à tout moment, pour des raisons légitimes, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement*». Cependant, l'article 14, sous a), mentionne finalement des «*raisons prépondérantes et légitimes*» («*compelling legitimate grounds*»), ce qui est la preuve d'une évolution clairement restrictive. Par conséquent, «*l'objection sera bien fondée si la situation spécifique de la personne concernée donne lieu à des raisons légitimes qui vont au-delà de l'intérêt public ou privé dans la procédure*». Ulrich Dammann et Spiros Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1997), page 213.: «*Der Widerspruch ist begründet, wenn sich aus der besonderen Situation der betroffenen Personen schutzwürdige Gründe ergeben, die das öffentliche oder private Interesse an der Verarbeitung der betreffenden Daten überwiegen*». Le texte de la proposition modifiée n'est pas disponible en langue espagnole.

¹⁰¹ Bruxelles, 25 juin 2012, note/communiqué de presse IP/12/46.

droit à l'oubli, il aurait été inutile d'insérer une disposition spécifique dans la proposition de règlement. Toutefois, le droit envisagé à l'article 17 de la proposition est rédigé dans des termes beaucoup plus limités que cet hypothétique «droit à l'oubli» sur lequel s'interroge la Audiencia Nacional dans son ordonnance ¹⁰².

D. UNE RÉPONSE AFFIRMATIVE À CETTE QUESTION POURRAIT AVOIR UN IMPACT TRÈS NÉGATIF ET DE GRANDE AMPLEUR SUR LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

- 163 L'importance de la société de l'information et du rôle que les moteurs de recherche jouent en son sein ne sauraient être négligés. Internet est en passe de devenir très rapidement le principal moyen d'accès à l'information. Pour pouvoir localiser de manière efficace les informations pertinentes parmi l'énorme quantité d'informations disponibles sur Internet, les citoyens doivent pouvoir disposer de moyens leur permettant de naviguer sur cet immense volume de contenus. Les moteurs de recherche constituent l'un des principaux moyens grâce auxquels les citoyens peuvent accéder à une vision de l'ensemble des informations publiquement disponibles dans le monde entier.
- 164 L'octroi aux individus d'un «droit à l'oubli» subjectif face aux moteurs de recherche pourrait gravement entraver le fonctionnement de ce service essentiel de la société de l'information. Dès lors que Google Inc. et les autres moteurs de recherche ne peuvent convenablement mettre en balance les droits fondamentaux en jeu, ils n'auront pas d'autre choix que de satisfaire sans rien y opposer toutes les demandes d'élimination d'informations à caractère personnel. Obliger Google Inc. à modifier de cette manière les résultats affichés dans son moteur de recherche reviendrait à obliger cette société à se mettre au service d'une forme privée de censure d'Internet exercée par les individus. Cette situation est incompatible avec la fonction qui doit être celle des moteurs de recherche dans le développement de la société de l'information. La Audiencia Nacional a elle-même souligné ce risque de censure au point 7.5 de son ordonnance.
- 165 En d'autres termes, répondre de manière affirmative à la question 3.1 reviendrait à accorder aux individus le droit de rendre l'histoire opaque, privant ainsi les citoyens de leur droit de la connaître ¹⁰³.

¹⁰² En effet, il résulte clairement des travaux préparatoires du projet de proposition de règlement que la reconnaissance du «droit à l'oubli» constitue l'un des changements majeurs («key changes») introduits dans le système européen de protection des données pour traiter de questions telles que les réseaux sociaux ou les pages d'échange de photographies. Voir les fiches descriptives sur la réforme de la protection des données: «Comment la réforme de la protection des données affectera-t-elle les réseaux sociaux?» et «Comment la réforme adaptera-t-elle les règles de l'Union en matière de protection des données aux nouveaux développements technologiques?»

¹⁰³ En outre, en appliquant la directive relative à la protection des données à des situations dans lesquelles le problème principal n'est pas le traitement de données à caractère personnel

XIII. CONCLUSION

Par ces motifs, Google Inc. et Google Spain estiment qu'il convient de répondre comme suit aux questions posées par la Audiencia Nacional:

La réponse à la question 1.1. devrait être la suivante: «*On ne doit pas considérer qu'il existe un 'établissement' au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), au motif que l'entreprise fournissant le moteur de recherche a créé dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces [Or. 30] publicitaires proposés sur le moteur de recherche, et dont l'activité vise les habitants de cet État membre; au motif que la société mère a désigné une filiale implantée dans cet État membre comme son représentant, ou comme étant responsable du traitement de deux fichiers spécifiques contenant les données des clients ayant conclu des services publicitaires avec cette entreprise; ou au motif que la succursale ou la filiale établie dans un État membre transmet à la société mère, basée en dehors de l'Union européenne, les réclamations et injonctions que lui adressent aussi bien les intéressés que les autorités compétentes en vue d'obtenir le respect du droit à la protection des données, même lorsque cette collaboration a lieu de manière volontaire.*».

La réponse à la question 1.2 devrait être la suivante: «*L'article 4, paragraphe 1, sous c) de la directive 95/46/CE ne doit pas s'interpréter au sens où il existe un recours à des moyens situés sur le territoire dudit État membre au motif qu'un moteur de recherche utilise des araignées du web ou robots d'indexation pour localiser et indexer les informations contenues dans des sites web hébergés sur des serveurs situés dans cet État membre; ou au motif qu'il utilise un nom de domaine propre d'un État membre et oriente ses recherches et ses résultats en fonction de la langue de cet État membre.*».

La réponse à la question 1.3 devrait être la suivante: «*Bien que le stockage temporaire des informations indexées par les moteurs de recherche sur Internet puisse théoriquement être considéré comme une utilisation de moyens, selon les termes de l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive, l'existence de ce point de rattachement ne saurait être présumée, en l'absence de preuve évidente, du simple fait que la société refuse de fournir des informations sur l'emplacement des lieux où elle stocke ces informations en invoquant des motifs concurrentiels.*».

La réponse à la question 1.4 devrait être la suivante: «*Dans l'hypothèse où les critères de rattachement prévus à l'article 4 de la directive ne sont pas remplis, il n'y a pas lieu de recourir à l'article 8 de la charte pour étendre l'application de la directive au seul motif que le centre de gravité du conflit se situe dans un pays membre.*».

réalisé par le responsable du traitement, mais le souhait de l'individu de censurer des informations légalement publiées sur Internet, l'AEPD a commis un excès de pouvoir et a entériné un abus de droit manifeste.

La réponse à la question 2.1 devrait être la suivante: *«L'activité réalisée par un moteur de recherche consistant à trouver des informations publiées ou placées sur Internet par des tiers, à les indexer de manière automatique, à les stocker temporairement et enfin à les mettre à la disposition des internautes selon un ordre de préférence donné, et lorsque ces informations contiennent des données à caractère personnel de tierces personnes, ne saurait être considérée comme 'un traitement de données' au sens de l'article 2, sous b), de la directive».*

Sans préjudice de ce qui précède, la réponse à la question 2.2 devrait être: *«L'article 2, sous d), de la directive ne doit pas être interprété au sens où il conviendrait de considérer que la société qui gère le moteur de recherche de Google est responsable du traitement des données à caractère personnel contenues dans les sites web qu'elle indexe».*

Sans préjudice de ce qui précède, la réponse à la question 2.3 devrait être: *«Les articles 12, sous b), et 14, sous a), ne permettent pas de justifier le fait que les agences nationales chargées de la protection des données (en l'espèce, la Agencia Española de Protección de Datos) puissent exiger du moteur de recherche qu'il procède au retrait de ses index d'informations publiées par un tiers, sans s'adresser préalablement ou simultanément au propriétaire du site web d'origine».*

Sans préjudice de ce qui précède, la réponse à la question 2.4 devrait être: *«Les moteurs de recherche ne sauraient avoir l'obligation de respecter les droits reconnus aux articles 12, sous b) et 14, sous a), lorsque les informations contenues dans les données personnelles ont été publiées légalement par des tiers et demeurent sur le site web d'origine».*

La réponse à la question 3.1 devrait être la suivante: *«Le droit d'obtenir l'effacement et le verrouillage des données à caractère personnel reconnu par l'article 12, sous b), et le droit de s'opposer à ce qu'elles fassent l'objet d'un traitement reconnu par l'articles 14, sous a) de la directive, ne permettent pas à la personne concernée de s'adresser au moteur de recherche afin de faire obstacle à l'indexation des informations concernant sa personne, publiées sur des sites web de tiers, en invoquant sa volonté que ces informations ne soient pas connues des utilisateurs d'Internet au motif qu'elle considère que ces informations sont susceptibles de lui porter préjudice ou qu'elle désire que ces informations soient oubliées».*