

Une nouvelle approche de l'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données : L'extraterritorialité différenciée

Mémoire réalisé par
Nina Bries

Promoteur(s)
Stéphanie Francq

Année académique 2017-2018
Master en droit



REMERCIEMENTS

Ce mémoire constitue l'aboutissement de nombreuses recherches et réflexions. Je tenais à remercier toutes les personnes qui y ont contribué, de loin comme de près.

Je remercie ma promotrice, la professeure Stéphanie Francq, pour ses conseils et sa disponibilité même à 807 km de distance. Un tout grand merci à ma maman pour m'avoir écoutée déblatérer un concept juridique assez mystérieux, de m'avoir conseillée et d'avoir accepté de relire ce mémoire. Merci à mon oncle pour sa relecture minutieuse. Merci à Christopher Kuner pour avoir accepté de me rencontrer *Place du Luxembourg* et de discuter du Règlement général sur la protection des données. Merci à Yseult Petre pour m'avoir indiqué le chemin de la *McClay Library* de Belfast et partagé des '*pauses scones*' quand cela s'avérait nécessaire. Merci à Álvaro Angulo Garciandia pour son soutien, sa patience et son cours d'initiation aux raccourcis word.

Ce mémoire marque également la fin de cinq années d'études. J'aimerais profiter de l'occasion pour remercier mes parents, mon oncle *y mis abuelos* qui m'ont soutenue tout au long de ces années. Merci également aux professeurs de droit qui ont su susciter mon intérêt pour la discipline et le monde académique, avec une mention particulière pour le professeur Marc Verdussen.

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

INTRODUCTION

« On devait vivre, on vivait, car l'habitude devient instinct, en admettant que tout son émis était entendu et que, sauf dans l'obscurité, tout mouvement était perçu »¹. Cette phrase dystopique dépeint un sentiment partagé par grand nombre de citoyens européens qui déclarent s'inquiéter de l'utilisation de leurs données personnelles à des fins de profilage² et de l'absence de contrôle sur les informations qu'ils fournissent en ligne³.

Big Brother a aujourd'hui pris un visage bien différent de celui décrit par George Orwell⁴. Le télécran de 1984 a été remplacée par des smartphones, des sites de socialisation, des applications, des panneaux publicitaires "intelligents" et d'autres objets connectés. Comme le constate G. Braibant, « toute personne est en effet appréhendée par des traitements automatisés de données dans une très grande diversité de situations : comme écolier, étudiant, salarié, contribuable, candidat à un emploi, patient, assuré social, bénéficiaire de prestations sociales, électeur, abonné au téléphone, à l'électricité et au gaz, locataire, titulaire d'un compte en banque, voyageur sur une ligne aérienne, abonné à un journal, client d'une librairie ou d'un supermarché, personne nominativement sondée sur ses jugements ou ses habitudes de consommation... »⁵. Les technologies actuelles de l'information et la mondialisation permettent en effet à tout individu de rendre accessible à l'échelle mondiale, consciemment ou inconsciemment, volontairement ou involontairement, d'innombrable informations le concernant et aux acteurs privés et publics de les exploiter, comme jamais auparavant⁶. En 2009, la Commissaire européenne à la Consommation, Meglena Kuneva, déclarait : « Les données personnelles sont le nouveau pétrole de l'internet et la nouvelle monnaie du monde numérique »⁷. Cette utilisation massive de données personnelles tant par des entreprises privées que par des autorités publiques a généré des vastes préoccupations quant à la sécurité et la protection de ces données⁸. Ces inquiétudes se sont amplifiées à la suite des révélations d'Edouard Snowden sur le programme PRISM⁹ et d'une série de scandales impliquant les géants du net, tel que celui de 'Facebook et Cambridge Analytica'¹⁰.

¹ G. ORWELL, 1984, Gallimard, 1950, p.13.

² Commission européenne, Special Eurobarometer 431 « Data protection », 2015, disponible sur http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf (dernière consultation le 10 juillet 2018), p.39.

³ Commission européenne, Special Eurobarometer (...), *Ibidem*, p. 6.

⁴ J. GLEICK, « Big Brother Is Us », *The New York Times Magazine*, 29 Septembre 1996, disponible sur <https://www.nytimes.com/1996/09/29/magazine/big-brother-is-us.html> (dernière consultation le 4 août 2018).

⁵ G. BRAIBANT, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive no 95/46 : « Données personnelles et sociétés de l'information », 1998, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984000836.pdf> (dernière consultation le 20 août 2018).

⁶ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, 25 janvier 2012, COM (2012) 11 final, p.1.

⁷ H. GUILLAUD, « Vers un Nouveau Monde de données », 1 juin 2002, disponible sur <http://www.internetactu.net/2012/06/01/vers-un-nouveau-monde-de-donnees/> (dernière consultation le 4 août 2018).

⁸ T. NICOLAS. « La protection des données à caractère personnel », *Documentaliste-Sciences de l'Information*, 2013, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2013-3-page-62.htm> (dernière consultation le 4 août 2018), point 7.

⁹ Le 6 juin 2013, les quotidiens britanniques *The Guardian* et *The Washington Post* publiaient des documents confidentiels fournis par Edward Snowden qui révèlent l'existence d'un programme américain de surveillance de masse (PRISM) utilisé par la NSA pour accéder à l'échelle mondiale, à des communications téléphoniques et internet.

¹⁰ Exploitant une faille de sécurité du réseau social Facebook, l'entreprise britannique Cambridge Analytica a collecté et traité les données personnelles de 87 millions d'utilisateurs Facebook, dont près de 2,7 millions de résidents européens.

Consciente de ce besoin réel de réguler le traitement des données personnelles et du caractère dépassé de la législation européenne en la matière, l'Union européenne a adopté le 14 avril 2016, le Règlement général 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (ci-après 'RGPD' ou 'Règlement')¹¹. Entré en vigueur le 25 mai 2018, le Règlement a définitivement remplacé la directive 95/46/CE¹². Adopté en 1995 au tout début d'internet, le cadre législatif offert par la directive n'était plus adapté aux évolutions numériques et la transposition disparate de cette dernière dans les 28 Etats membres était devenue source d'insécurité juridique. La conjonction de ces deux éléments avait rendu la directive inapte à garantir efficacement le droit fondamental à la protection, consacré à l'article 16 du TFUE et 8 de la Charte des droits fondamentaux¹³.

En adoptant le Règlement, l'Union entend élaborer « une approche globale et cohérente, qui garantisse le plein respect du droit fondamental des personnes à la protection des données à caractère personnel, tant dans l'Union qu'en dehors de celle-ci »¹⁴. Cet objectif transparaît très clairement de l'article 3 du Règlement qui délimite son champ d'application spatial. Il s'agit à la fois de la disposition la plus importante¹⁵ et la plus controversée du Règlement¹⁶. La notion d'extraterritorialité se trouve au cœur de ces controverses. Pour certains commentateurs, son champ d'application extraterritorial permet d'assurer la protection effective des droits des citoyens européens¹⁷. Pour d'autres, cette extension est perçue, au contraire, comme une atteinte à la souveraineté d'autres Etats¹⁸. La problématique de l'extraterritorialité du Règlement constitue précisément l'axe central de cette analyse. Dans la mesure où toute discussion sur un concept ne peut faire l'économie d'une définition, le premier titre du mémoire est consacré à l'analyse de la notion d'extraterritorialité d'un point de vue purement théorique et conceptuel (Titre I). Après avoir défini les contours du concept et de la problématique qui nous occupe, le titre deux envisagera cette notion ambiguë d'extraterritorialité à travers l'applicabilité spatiale du Règlement. Il s'agira de voir comment cette notion théorique est mise en œuvre dans le Règlement pour comprendre en quoi le champ d'application du Règlement a pu être qualifié d'extraterritorial et les critiques que cela a engendré (Titre II). A la lumière de ces éclaircissements, les débats entourant l'extraterritorialité du Règlement seront recadrés et une critique personnelle du champ d'application du Règlement sera formulée. Pour répondre à la problématique de l'extraterritorialité du

¹¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016, p. 1 (ci-après "RGPD").

¹² 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, *J.O.C.E.*, L 281/3, 23 novembre 1995, p. 31 (ci-après "directive données personnelles").

¹³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 364 du 18 décembre 2000, Article 8.

¹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », *C.O.M.* (2010) 609 final, p.4

¹⁵ A. ZEITER, « The New General Data Protection Regulation of the EU and its Impact on IT Companies in the U.S. », TTLF Working Papers, 2010, p. 9

¹⁶ D.J.B. SVANTESSON, « The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach », *EUI Working Papers*, 2015, p.2; D.J.B. SVANTESSON, « Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation », *IDPL*, 2015, p. 230.

¹⁷ D.J.B. SVANTESSON, « A 'layered approach' to the extraterritoriality of data privacy laws », *International Data Privacy Law*, 2013, p.278.

¹⁸ C. KUNER, « Extraterritoriality and International Data transfers in EU Data Protection Law », *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 49/2015*, 2015, p. 2.

Règlement tel qu'elle aura été redéfinie, une nouvelle approche de l'extraterritorialité sera finalement proposée (Titre III).

A ce stade, deux remarques méthodologiques s'imposent. Premièrement, le Règlement étant entré en vigueur récemment, le travail se veut essentiellement prospectif. Deuxièmement, ce mémoire prend comme cadre d'étude exclusivement la législation européenne. L'Union européenne n'est toutefois pas la seule à avoir légiféré en matière de protection des données personnelles. Plusieurs législateurs d'Etats tiers ont également adopté des réglementations protectrices¹⁹. Malgré cette effervescence législative mondiale, l'Union européenne reste un terrain de jeu privilégié pour étudier la protection des données personnelles. L'Europe s'est en effet imposée comme un modèle dans ce domaine²⁰. Les normes européennes ont largement influencé l'adoption de législations étrangères, tout particulièrement dans les Etats qui n'avaient pas de tradition de protection des données²¹. Ce phénomène sera probablement amplifié avec l'entrée en vigueur du Règlement²² qui a pour modeste ambition de s'imposer comme « *the gold standard for the world* »²³. L'influence du Règlement se fait déjà sentir, des pays comme le Japon sont actuellement en train de discuter l'adoption dans leur législation interne de dispositions similaires à celles du Règlement²⁴.

¹⁹ « The 2012 Singapore Personal Data Protection Act, « the 2001 Data Protection Act of Cape Verde » et le « 2011 Angola Data Protection Act » illustrent ce propos.

²⁰ C. KUNER, « The European Union and the Search for an International Data Protection Framework », *Groningen Journal of International Law*, 2014, p. 60.

²¹ G. GREENLEAF, « The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108 », *Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12*, 2012. A titre d'exemple, l'Argentine, le Canada, Hong Kong, Israël et la Russie ont adopté des réglementations fondées sur le modèle européen.

²² C. KUNER, « The European Union and the Search... », *op. cit.*, p. 60.

²³ V. REDING, « A data protection compact for Europe », 28 janvier 2014, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-62_en.htm (dernière consultation le 28 juillet 2018).

²⁴ J.P. ALBRECHT, « How the GDPR Will Change the World », *EDPL*, 2016, p.289.

TITRE I. L'EXTRATERRITORIALITÉ COMME PRINCIPE

En matière de protection des données, la question de l'extraterritorialité fait débat. Certains auteurs considèrent que la problématique est étrangère à la législation européenne²⁵. D'autres défendent que les règles européennes de protection des données n'ont pas un champ d'application extraterritorial en tant que tel mais seulement un impact extraterritorial²⁶. En dehors des frontières européennes, il est soutenu que la législation européenne relative à la protection des données est par nature extraterritoriale²⁷. Ces différents propos illustrent la confusion qui entoure la notion d'extraterritorialité et la nécessité corrélative d'en préciser les contours. Ce premier titre se propose d'analyser le principe d'extraterritorialité sur un plan purement théorique.

Comme en témoigne la sémantique du mot, le concept d'extraterritorialité s'est construit en dialectique avec celui de territorialité. Du latin *extra territorium*, l'extraterritorialité signifie littéralement ce qui est "en-dehors" de la territorialité. Pour cette raison, il apparaît pertinent et nécessaire d'analyser d'abord le principe de territorialité (Chapitre 1) avant de se pencher sur le concept d'extraterritorialité (Chapitre 2).

²⁵ C. KUNER, « Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law », *International Data Privacy Law*, 2015, p. 235.

²⁶ Y. POULLET, « Transborder Data Flows and Extraterritoriality : the European Position », *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2007, p.148

²⁷ The US House of Representatives, « The EU Data Protection Directive : Implications for the U.S. Privacy », Jeudi 8 Mars 2001, disponible sur <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-107hhrg71497/html/CHRG-107hhrg71497.htm> (dernière consultation le 1 août); J. GOLDSMITH et T. WU, *Who controls the Internet?*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.175.

CHAPITRE 1. LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

Ce chapitre est axé autour du concept de territorialité. Dans un premier temps, nous en définissons les contours (section 1), pour éclairer ensuite les origines de la notion (section 2).

SECTION 1. DÉFINITION

La "territorialité" est une notion polysémique qui traverse les différentes branches du droit²⁸. Le terme englobe ainsi plusieurs significations qui seront passées en revue ci-dessous.

1. Dans un premier sens, le caractère territoriale d'une loi est lié aux critères présidant son application. Une norme est qualifiée de territoriale lorsque sa mise en œuvre est conditionnée par « un élément qui tient à un lieu »²⁹. Autrement dit, une loi est dite territoriale lorsque son application dépend de critères de rattachement territoriaux (lieu de la résidence habituelle, lieu d'exercice d'une activité, lieu de la situation d'un bien, lieu de conclusion d'un acte, etc.), par opposition à des éléments de rattachements personnels tels que la nationalité d'un individu. *A contrario*, cette conception suggère que serait extraterritoriale toute norme dont l'applicabilité n'est pas conditionnée par un critère de nature spatial³⁰.

2. La notion de territorialité est également utilisée pour indiquer l'espace dans lequel doivent se localiser les situations visées par la norme. Une norme est dite territoriale lorsqu'elle entend réguler des personnes, des situations, des comportements ou prend en considération des faits localisés sur le territoire de l'Etat qui l'a émise³¹. La notion de territorialité traduit ici le refus de la norme de prendre en compte des situations situées à l'étranger³². Dans cette hypothèse, l'extraterritorialité renvoie à un phénomène d'« extension de la portée des lois à des faits ou des situations qui se produisent au-delà du territoire de l'Etat »³³. Nous reviendrons plus tard sur cette définition de l'extraterritorialité³⁴.

3. La notion de territorialité évoque, en troisième lieu, l'idée que les normes ne peuvent être appliquées que par les organes de l'Etat qui les ont émises³⁵. Dans ce sens, la territorialité exprime la prépondérance du droit matériel du for puisque les autorités d'un Etat ne doivent obéissance qu'aux normes émises par ce dernier³⁶. Cet aspect de la territorialité a été qualifié par des auteurs, de

²⁸ J. GROUX, « 'Territorialité' et droit communautaire », *Rev.trim.dr.europ.*, 1987, p.5

²⁹ A. HUET, « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *J.D.I.*, 1982, p.625.

³⁰ J-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Journ. dr. int.*, 1985, p. 334.

³¹ T. HUBERT, J. COMBACAU, S. SUR et C. VALLEE, *Droit international public*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1979, p.321.

³² P. MAYER, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, p.481.

³³ J-M. ARBOUR et G. PARENT, *Droit International Public*, 6^{ème} éd., Canada, Yvon Balais, 2012, pp. 339-340.

³⁴ Voy. *supra* Titre I, Chapitre 2.

³⁵ J-M. JACQUET, *op. cit.*, p.332; J. GROUX, *op.cit.*, p.8; P. MAYER,*op.cit.*, p.468.

³⁶ Ce propos est à mettre en rapport avec la distinction force obligatoire/applicabilité (Voy *supra* Titre II, Chapitre 1, Section 1).

« territorialité judiciaire »³⁷ ou de « territorialité au sens formel »³⁸. En conséquent, une norme est dite extraterritoriale lorsqu'elle est susceptible d'être appliquée par des organes étrangers³⁹.

4. Enfin, en droit international public, la notion de "territorialité" revête une signification particulière puisqu'étroitement liée à celle de souveraineté.⁴⁰ En vertu du principe de territorialité, les Etats sont compétents pour édicter et appliquer des lois sur leur propre territoire⁴¹. Les Etats tirent cette compétence territoriale de la souveraineté qu'ils exercent sur leur territoire. Ce principe d'origine coutumière⁴² se trouve aujourd'hui inscrit dans la Charte des Nations Unies⁴³.

En conclusion, le terme 'territorialité' illustre à la perfection cette phrase du dramaturge autrichien Stefan Zweig : « Combien il est difficile ... de choisir ... les mots d'après leur poids véritable, et quelle ambiguïté, quelle possibilité de malentendus se rattachent au vocable le plus simple »⁴⁴. En effet, sous le simple vocable de "territorialité" se cachent plusieurs signifiés et il serait sans doute préférable, pour une meilleure compréhension du concept, de disposer d'une appellation propre pour chaque signifié. Dans ce mémoire, l'option a été prise de ne retenir que le sens exposé au point 2 (c.à.d. : la notion de territorialité qui indique l'espace dans lequel doivent se localiser les situations visées par la norme) car il permet la mise en relation avec la notion d'extraterritorialité telle qu'envisagée dans le Règlement.

SECTION 2. HISTORIQUE

Il est généralement admis que les origines du principe de territorialité remontent à la théorie de Bertrand d'Argentré⁴⁵. Dans la lignée de la tradition statutiste, d'Argentré reprend la distinction classique entre statuts réels d'application territoriale et statuts personnels d'application extraterritoriale dégagée par la doctrine italienne, en lui donnant toutefois une valeur cardinale⁴⁶. Il s'emploie ainsi à partager l'ensemble des lois en deux catégories. Pour les questions relatives aux immeubles, il applique un principe de territorialité stricte des lois. Les « choses tenant au sol »⁴⁷ sont ainsi soumises à la coutume du lieu de leur situation⁴⁸. Quant aux meubles et aux statuts des personnes, d'Argentré considère qu'ils

³⁷ P. LOUIS-LUCAS, « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Journ. dr. intern.*, 1956, p.774.

³⁸ A. HUET, *op.cit.*, p.625.

³⁹ J.-M. JACQUET, *op.cit.*, pp.332-333.

⁴⁰ T.F. GRAFF, « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, 2015, p.41; C.J. OLMSTEAD, *Extraterritorial application of laws and responses thereto*, Oxford, ESC, 1984, p.5.

⁴¹ V. MORENO-LAX et C. COSTELLO, « The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights : From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model », in *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD (éd.), Royaume-Uni, Hart, 2014, p.1659.

⁴² C.P.A, Affaire de l'île de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas), sentence arbitrale, 4 avril 1928, *RGDPI*, 1935, pp. 197-198.

⁴³ Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, approuvée par la loi du 14 décembre 1945, Article 2 § 4, *M.B.*, 1 janvier 1946.

⁴⁴ S. ZWEIF, *La nuit fantastique*, Les Cahiers rouges, Grasset, p.170.

⁴⁵ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, vol. 1, 8^e éd., 1993, p.371.

⁴⁶ B. ANCEL, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Penthéon-Assas, 2017, p.218; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, F. Pinchon, successeur, 1988 p.322. La doctrine italienne envisageait la distinction statuts réel/ statuts personnels comme une parmi d'autres.

⁴⁷ B. d'ARGENTRE, *Commentarii in patrias britonum leges sen consuetudines generales antiquissimi ducatus britannice* (De statutis personalibus et realibus), glose sous l'article 218 de la coutume de Bretagne, 1646, n^{os} 2 et 3. Traduction emprunté à : A. LAINE, *op.cit.*, p. 316-317.

⁴⁸ B. ANCEL, *op.cit.*, p. 218; M. GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1929, IV, p.323.

relèvent du principe de personnalité des lois. Il estime qu'étant donné l'aptitude des personnes à pouvoir se déplacer, le rattachement se fait par le domicile. Les meubles sont régis par la même loi que les personnes (*mobilia sequuntur personam*)⁴⁹.

Bertrand d'Argentré ne se limite cependant pas à classer les règles en statuts réels ou personnels. Il établit une hiérarchie entre ces deux principes en affirmant la primauté du principe de territorialité et du statut réel⁵⁰. Considérant que la doctrine italienne avait accordé une trop grande importance aux statuts personnels extraterritoriaux, d'Argentré les perçoit au contraire, comme une "anomalie" du système, qui constitue une exception à la règle principale⁵¹. Les statuts personnels étant en contradiction avec le principe de la territorialité stricte et absolue des coutumes, leur champ d'application doit être défini le plus étroitement possible : « Pour que les statuts soient personnels, il faut qu'ils disposent simplement de l'état des personnes, hors de tout mélange de choses immobilières et abstraction faite de toute matière réelle »⁵². Suivant cette logique, en cas de statuts mixtes, d'Argentré donne la prépondérance aux statuts réels : « Les statuts personnels où se mêlent les choses se transforment en statuts réels »⁵³.

Cette théorie a inspirée quelques siècles plus tard la doctrine hollandaise, à travers des auteurs tels que Paul Voet, Ulrich Huber et Johann Voet. L'Ecole hollandaise reprend les idées de Bertrand d'Argentré sous une forme plus radicale. Ces auteurs déclarent l'absolue souveraineté et territorialité des coutumes et en ne maintiennent l'extraterritorialité qu'en raison d'une courtoisie internationale⁵⁴. Dans leur approche territorialiste, ils introduisent ainsi la notion de *comitas gentum* afin de justifier que certains statuts puissent avoir une portée extraterritoriale. Pour la doctrine hollandaise, les lois sont en principe territoriales en ce sens qu'elles n'ont d'effet que sur le territoire du souverain qui les a émises. Cependant, pour éviter de remettre en cause des droits acquis à l'étranger et assurer une certaine sécurité juridique, le souverain peut décider de donner effet sur son territoire à des lois étrangères. C'est ce que ces auteurs appellent la *comitas*, soit la courtoisie entre nations. La doctrine hollandaise s'exportera ensuite outre-Atlantique par l'intermédiaire notamment de Joseph Story⁵⁵.

Finalement, il est intéressant de constater que ces théories ont toutes initialement été élaborées pour dicter le choix de la loi applicable. Or, elles ont par la suite, été utilisées et instrumentalisées afin d'en déduire « une interdiction pour des lois de régir des situations pour partie localisées hors du territoire du législateur, soit extraterritorialité dans la définition du domaine d'application »⁵⁶.

⁴⁹ B. ANCEL, *op.cit.*, p. 218.

⁵⁰ A. LAINE, *op.cit.*, p.316 ; M. GUTZWILLER, *op.cit.*, pp. 323-324.

⁵¹ A. LAINE, *op.cit.*, pp. 323-326.

⁵² B. d'ARGENTRE, *op.cit.*, n^{os} 4,7 et 8. Traduction du latin empruntée à : B. ANCEL, *op.cit.*, p. 219

⁵³ B. d'ARGENTRE, *op.cit.*, n^{os} 6, 9 et 22. Traduction du latin emprunté à : A. LAINE, *op.cit.*, p. 325.

⁵⁴ M. GUTZWILLER, *op.cit.*, p.326. A. LAINE, *op.cit.*, p. 53

⁵⁵ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op.cit.*, p.30.

⁵⁶ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 71.

CHAPITRE 2. LE PRINCIPE D'EXTRATERRITORIALITÉ

Ce chapitre a pour but de théoriser la notion d'extraterritorialité. Il convient toutefois d'envisager une série de considérations avant d'entrer dans le vif du sujet.

Contrairement à ce que laissent penser les écrits actuels sur le thème, l'extraterritorialité est en réalité, un phénomène ancien⁵⁷. Même si les origines exactes sont incertaines, certains juristes et historiens estiment qu'on retrouve les premières traces du principe dans les lettres patentes émises à l'égard des cités-États italiennes aux XI^{ème} et XII^{ème} siècle par les dirigeants grecs chrétiens de Constantinople⁵⁸. D'autres considèrent que le phénomène est apparu avec l'émergence de l'Empire romain. Certains pensent au contraire, que la première trace du principe correspond au traité de 1535 entre les Francs et les Turcs⁵⁹. M. Kassan, quant à lui, fait remonter les origines du principe à l'Antiquité car en Egypte, en Grèce et à Rome, les étrangers restaient soumis à leurs propres lois et coutumes ou répondaient à des législations spécifiques distinctes de celles édictées pour les nationaux⁶⁰.

Aux origines imprécises du concept s'ajoute des incertitudes quant à son contenu. Intuitivement, l'extraterritorialité se fait sentir comme "quelque chose" se situant au-delà des frontières territoriales, sans pouvoir toutefois en définir les contours précis⁶¹. Il n'existe pas en droit de définition unique et communément admise de l'extraterritorialité⁶². Comme le synthétise cyniquement M. Prosser, discuter l'extraterritorialité revient en définitive, à « théoriser sur une matière mystérieuse dans un jargon étrange et incompréhensible »⁶³. Une complexité théorique qui s'explique par une série de facteurs.

Tout d'abord, l'expression est constamment utilisée mais dans des sens très différents⁶⁴. Le terme est ainsi utilisé pour envisager l'extraterritorialité aussi bien sous l'angle de la compétence que sous celui de l'application des lois. Par ailleurs, au niveau de l'application des lois, la littérature juridique se réfère généralement au terme pour viser indistinctement les conditions de mise en œuvre de la norme ainsi que ses effets situés à l'étranger⁶⁵. De plus, la signification que peut revêtir l'expression dépend très fortement des pratiques locales et du système juridique envisagé⁶⁶.

Une autre difficulté provient du fait que l'interprétation européenne du concept diffère de celle avancée par les auteurs américains⁶⁷. Ce phénomène d'application extraterritoriale des lois est connu depuis longtemps aux Etats-Unis et fait l'objet de nombreux commentaires dans la doctrine

⁵⁷ S. KASSAN, « Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World », *American Journal of International Law*, 1935, p.238.

⁵⁸ S. KASSAN, *ibidem*, p.239.

⁵⁹ S. KASSAN, *ibidem*, p.239.

⁶⁰ S. KASSAN, *ibidem*, p.240.

⁶¹ A- J. COLANGELO, « What is extraterritorial jurisdiction », *Cornell Law Review*, 2014, p.1312.

⁶² M. MARTYNISZYN, « On Extraterritoriality and the Gazprom case », *European Competition Law Review*, 2015, p. 292.

⁶³ Traduction libre de W. L. PROSSER, « Interstate Publication », *Michigan Law Review*, 1953, p.971.

⁶⁴ B. STERN, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue québécoise de droit international*, 1996, p. 50.

⁶⁵ B. STERN, *ibidem*, p.62 ; B. STERN, « Extraterritorialité 'revisitée' : où il est question des affaires Alvarez – Machain, Pâte de Bois et quelques autres.. » *Annuaire français de droit international*, 1992, p. 247.

⁶⁶ H.L. BUXBAUM, « Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflicts », *The American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 631.

⁶⁷ R. MICHAELS, « Two Paradigms of Jurisdiction », *Michigan Journal of International Law*, 2007, pp. 1057-1061.

américaine⁶⁸. L'Union européenne est au contraire un nouveau venu dans le domaine⁶⁹. Le développement du marché intérieur et l'émergence d'internet ont poussé l'Union européenne à étendre le champ d'application territorial de ses législations pour réguler des comportements prenant place dans des Etats tiers. Les tous premiers exemples de cette tendance proviennent du droit de la concurrence⁷⁰. Il s'agit aujourd'hui d'une pratique assez répandue traversant plusieurs domaines du droit européen tels que le droit de l'environnement, le droit bancaire et financier ou encore le droit à la protection des données personnelles⁷¹.

La théorisation du concept est d'autant plus ardue que la problématique présente « aussi bien des aspects de droit international privé que de droit international public »⁷². Le terme 'extraterritorialité' est souvent utilisé dans des matières relevant du droit international public mais peu d'écrits étudient la question sous l'angle du droit international privé alors qu'il s'agit d'un phénomène courant dans cette branche du droit⁷³.

SECTION 1 : DÉFINITION

Le concept d'extraterritorialité se définissant *a contrario* de celui de territorialité, il revête également une pluralité du sens. Ce mémoire prend toutefois comme objet d'étude l'extraterritorialité au niveau de l'application de la norme. L'application d'une norme est une opération complexe qui débute avec son édicition et se termine par sa mise en œuvre. La mise en œuvre de la norme peut elle-même prendre différentes formes. Elle peut être appliquée par les organes de l'Etat auteur de la norme ("Etat d'origine") ou par ceux de l'Etat récepteur de la norme ("Etat d'accueil")⁷⁴.

Dans une première hypothèse, une norme est dite extraterritoriale lorsque son application peut être effectuée par des autorités autres que celles de son Etat-auteur. Dans ce cas, il y a bien une application extraterritoriale car la norme est mise en œuvre hors du territoire de l'Etat qui l'a édicté. Cette situation est qualifiée par Mme Stern « d'application extraterritoriale médiatisée »⁷⁵ ou de « mise en œuvre extraterritoriale du droit »⁷⁶. L'extraterritorialité est envisagée ici d'un point de vue procédural. La loi est "extraterritoriale" en raison de l'identité de l'organe chargé de sa mise en œuvre⁷⁷. Cette hypothèse est assez courante en droit international privé dans la mesure où par le jeu des règles de conflits de lois, un juge sera souvent amené à appliquer une règle étrangère. Cette version de l'application extraterritoriale d'une norme n'est pas controversée puisqu'en définitive, l' "Etat d'accueil"

⁶⁸ J. SCOTT, « Extraterritoriality and territorial extension », *The American Journal of Comparative Law*, 2013, p.93.

⁶⁹ M. LEHMANN, « American vs. European Approaches to Extraterritoriality in Civil Litigation », Powerpoint présenté à la 29^e Journée DIP 'US Litigation Today: Still a Threat For European Businesses or Just a Paper Tiger?', Lausanne, 2017, disponible sur www.isdc.ch (dernière consultation le 25 mai 2018).

⁷⁰ M. LEHMANN, *ibidem*.

⁷¹ J. SCOTT, « The New EU 'Extraterritoriality' », *Com. M.L.R.*, 2014, pp. 1343-1380.

⁷² B. STERN, « Une tentative d'élucidation... », *op.cit.*, p.49.

⁷³ D.J.B. SVANTESSON, « A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law », *Santa Clara Journal of International Law*, 2015, p. 518.

⁷⁴ Les expressions d'"Etat d'origine" et d'"Etat d'accueil" ont été empruntées de: B. STERN, « Extraterritorialité 'revisitée'... », *op.cit.*, p.242.

⁷⁵ B. STERN, « Une tentative d'élucidation... », *op.cit.*, p.52.

⁷⁶ B. STERN, « Extraterritorialité 'revisitée'..., *op.cit.*, p.243.

⁷⁷ J-M. JAQUET, « La norme extraterritoriale dans le commerce international », *J.D.I.*, 1985, p.335

décide souverainement de mettre en œuvre une norme étrangère sur son territoire⁷⁸. Cette première conception de l'extraterritorialité n'est généralement pas celle envisagée par l'usage habituel du terme.

La seconde hypothèse, quant à elle, est plus sujette à critiques. Dans un sens courant, l'extraterritorialité renvoie à l'application d'une norme à des situations se déroulant en-dehors du territoire de l'Etat qui l'a émise⁷⁹. Dans le cas de l'Union européenne, le processus se réfère à l'application par les autorités européennes d'une norme communautaire à des situations dont des éléments sont localisés dans un Etat tiers. Dans ce cas précis, la loi est appliquée par les organes de l'Etat qui l'a édicté rendant ainsi l'élément extraterritorial nécessairement matériel. L'extraterritorialité résulte de la définition même du champ d'application spatial de la norme. Mme. Stern parle à cet égard, « d'application extraterritoriale directe »⁸⁰. C'est dans ce sens que les règles en matière de protection des données sont qualifiées d'extraterritoriales car elles entendent régir le comportement de parties localisées à l'étranger.

Cette vision de l'extraterritorialité comporte cependant une certaine lacune. Il se peut qu'un Etat prenne en compte dans l'application de sa norme une série d'éléments localisés à l'étranger pour imposer un comportement sur son propre territoire. Les éléments extraterritoriaux sont ainsi pris en considération dans le processus d'application de la norme pour lui donner *in fine* une application territoriale⁸¹. Prenons par exemple, l'hypothèse d'une banque belge ayant des filiales aux Etats-Unis et dont la responsabilité est mise en cause, en vertu du droit belge, pour des opérations réalisées par ses filiales. Dans ce cas, les actes des filiales, bien que formellement localisées à l'étranger, seront pris en considération pour appliquer sur le territoire belge des règles de droit belge⁸². Cette approche n'est *a priori* pas problématique. Il en va différemment de la prise en compte d'éléments extraterritoriaux en vue d'imposer un comportement à l'étranger. Pour cette raison, nous préférons la définition de l'extraterritorialité proposée par P. Demaret. Pour cet auteur, il y a application extraterritoriale d'une norme « lorsqu'une autorité législative, gouvernementale, judiciaire ou administrative adresse à un sujet de droit un ordre de faire ou de ne pas faire, à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un autre Etat »⁸³. A la lumière de cette définition, il apparaît clairement que le problème de l'extraterritorialité ne tient pas tant à l'application d'une norme émise par un Etat se rapportant à un événement situé sur le territoire d'une autre Etat mais bien à l'exécution du comportement prescrit par la norme en-dehors du territoire sur lequel l'Etat-auteur de la norme exerce son pouvoir de contrainte⁸⁴. Il convient en effet, de distinguer la compétence normative de la compétence d'exécution. La compétence normative permet à un Etat de prononcer des injonctions dont la compétence d'exécution assure la mise en œuvre effective. Dans l'affaire *Lotus*, la Cour permanente de Justice (ci-après « CPJI ») a formellement exclu l'existence

⁷⁸ J-M. JAQUET, *op.cit.*, p.340.

⁷⁹ B. STERN, « Extraterritorialité 'revisitée'... », *op.cit.*, p.243.

⁸⁰ B. STERN, *ibidem*, p.244.

⁸¹ B. STERN, *ibidem*, p.245.

⁸² Cet exemple est inspiré de celui utilisé par B. Stern (B. STERN, *ibidem*, p.245).

⁸³ P. DEMARET, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », *RTDE*, 1985, p.2

⁸⁴ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire ...*, *op.cit.*, p. 71.

d'une compétence d'exécution "extraterritoriale" à la différence de la compétence normative⁸⁵. Il s'en suit qu'un Etat peut en principe, parfaitement édicter une norme ayant une portée extraterritoriale si elle n'impose pas de mesure contraignante sur le territoire d'un autre Etat⁸⁶. L'erreur de la doctrine hollandaise fut précisément celle d'associer à la compétence d'exécution la compétence normative pour établir un principe strict de territorialité des lois⁸⁷.

En outre, cette distinction classique entre la compétence normative et compétence d'exécution permet de relativiser les conséquences d'une délimitation extraterritoriale du domaine spatial d'une loi. Une norme "extraterritoriale" n'est efficace que si les obligations qu'elle impose sont effectivement mises en œuvre à l'étranger⁸⁸. Une norme communautaire "extraterritoriale" aura finalement peu d'impact, excepté symbolique, si les institutions européennes ne peuvent exercer à l'étranger leur pouvoir de coercition. Or, l'article 55 du Règlement établit que « chaque autorité de contrôle est compétente pour exercer les missions et les pouvoirs dont elle est investie conformément au présent Règlement sur le territoire de l'Etat membre dont elle relève » (nous soulignons). Si les dispositions du Règlement peuvent bénéficier d'un champ d'application extraterritoriale, leur efficacité est toutefois cantonnée au territoire des Etats membres. Cette limitation du pouvoir de contrainte conduit à ce que l'application extraterritoriale d'une loi ait lieu en définitive sur le territoire communautaire⁸⁹.

SECTION 2. COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE ET DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La question de l'application extraterritoriale d'une norme, telle qu'envisagée ci-dessus, se situe en réalité à l'intersection entre le droit international privé et le droit international public⁹⁰. Plus précisément, elle soulève la question de savoir si en droit international, l'Union européenne est compétente pour adopter une législation ayant vocation à s'appliquer à des sociétés établies dans des Etats tiers. Il existe en droit international public trois types de compétences : la compétence juridictionnelle, la compétence d'exécution et la compétence normative. La compétence juridictionnelle se rapporte au pouvoir des cours et tribunaux de régler des litiges privés présentant un élément d'extranéité⁹¹. La compétence d'exécution ou opératoire renvoie au pouvoir d'un Etat de mettre en œuvre par des moyens coercitifs les règles qu'il a édictées⁹². La compétence normative d'un Etat concerne quant à elle, le pouvoir d'édicter des normes générales ou individuelles⁹³. Lorsque ce pouvoir

⁸⁵ C.P.J.I., affaire du *Lotus* (France c. Turquie), fond, arrêt du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. Recueil*, série A, n°10 (ci-après "arrêt *Lotus*"), pp. 18-19; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit International Public*, 8ème éd., Paris, LGDJ, 2009, p.565.

⁸⁶ D. ALLAND (dir), *Droit international Public*, PUF, 2000, p.151; P.-M. DUPUY, *Droit international Public*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, pp.80-81.

⁸⁷ L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, point 179.

⁸⁸ D.J.B. SVANTESSON, « A Jurisprudential Justification... », *op.cit.*, p.519.

⁸⁹ J.-M. JAQUET, *op.cit.*, p.371.

⁹⁰ V.H. MAIER, « Extraterritorial jurisdiction at the crossroads: an intersection between public and private international law », *A.J.I.L.*, 1982, pp. 280-320.

⁹¹ J. ZERK, « Extraterritorial Jurisdiction : Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas », Working Paper of the Corporate Social Responsibility Initiative, 2010, p. 13.

⁹² P.-M. DUPUY, *Droit international Public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p.85.

⁹³ B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, 1986, p.11; P.-M. DUPUY, *ibidem*, p.85.

est exercé par un Etat en vue « d'étendre ses lois et ses juridictions à des situations hors du territoire »⁹⁴, la compétence normative est dite "extraterritoriale". L'extraterritorialité des lois telle que nous l'avons envisagée, à savoir l'édiction d'une norme ayant vocation à s'appliquer à des sociétés établies à l'étranger, touche à la compétence normative "extraterritoriale" d'un Etat⁹⁵. C'est pour cette raison, que la présente section du mémoire est consacrée à la compétence normative extraterritoriale de l'Union européenne.

Il est important de relever que les règles internationales de compétence s'adressent aux Etats. Or, en droit international, l'Union européenne n'est pas considérée comme un Etat mais comme une organisation internationale⁹⁶. Cela n'impacte toutefois pas notre exposé. « Bien que l'Union ne soit pas un Etat en tant que tel, les mêmes principes relatifs à la compétence s'appliquent lorsque des compétences sont exercées par l'Union et qu'elles affectent des Etats tiers et leurs nationaux »⁹⁷. Il est en effet aujourd'hui établi que lorsque l'Union européenne adopte un acte, « elle est tenue de respecter le droit international dans son ensemble, y compris le droit international coutumier qui lie les institutions de l'Union »⁹⁸. De plus, la compétence reconnue à l'Union d'adopter des normes a été attribuée par les Etats membres au moyen de traités et est limitée aux compétences que possèdent les Etats membres en vertu du droit international⁹⁹.

Dans la suite de cette section, nous allons examiner la compatibilité de l'application extraterritoriale du Règlement avec les principes du droit international public. Cette question s'articule autour de deux axes : le législateur européen *peut-il* adopter une norme d'application extraterritoriale et si tel est le cas, *devrait-il* le faire¹⁰⁰. Le "pouvoir" renvoie à la légitimité de prétentions extraterritoriales alors que le "devoir" interroge le caractère raisonnable de ces dernières.

1. Le caractère licite (ou la question du « pouvoir »)

La question du pouvoir peut être formulée de manière suivante : Est-ce que l'Union européenne est autorisée par le droit international à édicter des normes qui régissent des situations juridiques localisée en dehors de son territoire ?¹⁰¹

⁹⁴ B. STERN, « L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, 1992, Volume 38, p. 250

⁹⁵ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 82.

⁹⁶ N.F. COELHO, « Extraterritoriality from the Port: EU's approach to jurisdiction over ship-source pollution », *Spanish Yearbook International Law*, 2015, p.277 ; M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international*, Paris, Padone, 2012, pp.92- 98.

⁹⁷ Traduction libre de B. X. OXMAN, « Jurisdiction of States », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, disponible sur <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436> (dernière consultation le 2 juillet 2018).

⁹⁸ C.J.U.E. (gde.ch.), 21 décembre 2011, aff. C-366/10, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, p. I-13755, point 101.

⁹⁹ N.F. COELHO, *op.cit.*, p.277.

¹⁰⁰ D.J.B. SVANTESSON, « Extraterritoriality in the context of Data Privacy Regulation », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2013, p. 92.

¹⁰¹ A-L. DEBEZY, « L'application de la norme nationale à l'étranger » in *Regards sur le droit des étrangers*, France, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p.202.

La réponse est complexe car le droit international public est assez lacunaire à cet égard. Il n'existe qu'un seul jugement ancien de la CPJI concernant le droit pénal international dont les enseignements sont incertains et discutés¹⁰². Dans l'affaire *Lotus*, le CPJI a admis le principe de compétence normative extraterritoriale¹⁰³. La Cour considère que les Etats disposent d'une large liberté pour « étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire »¹⁰⁴. Elle précise toutefois par la même occasion que cette liberté « n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives »¹⁰⁵. Comment interpréter ces quelques lignes ? Faut-il en conclure de l'existence « d'une compétence normative extraterritoriale illimitée »¹⁰⁶ ?

Certains auteurs ont défendu cette thèse¹⁰⁷. La majorité de la doctrine et de la pratique s'accordent aujourd'hui pour considérer que le droit international impose un certain rattachement entre l'Etat auteur de la norme et les situations 'extraterritoriales' visées par cette dernière¹⁰⁸. Sur base de la *Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime* de 1935¹⁰⁹, pourtant élaborée dans le contexte du droit pénal américain, plusieurs critères de rattachement de compétence sont généralement identifiés en droit international¹¹⁰ : (1) le principe de territorialité (objective et subjective), (2) le principe de personnalité (le principe de personnalité passive), (3) le principe de protection et (4) le principe d'universalité.

1. En vertu du principe de territorialité, l'Etat est compétent « à l'égard des biens et des personnes situés sur son territoire ou des événements se produisant sur son territoire »¹¹¹. Le principe comprend deux variantes : d'une part, la territorialité objective, « donnant compétence à l'Etat sur des actes commis à l'étranger, mais dont un des éléments constitutifs, (...) s'est produit sur le territoire »¹¹², et d'autre part, la territorialité subjective, en vertu de laquelle l'Etat est compétent pour les actes qui ont reçu un commencement d'exécution sur son territoire mais qui sont complétés à l'étranger¹¹³.
2. Le principe de personnalité reconnaît quant à lui, la compétence l'Etat pour les actes commis à l'étranger par l'un de ses nationaux. L'Etat est également compétent lorsqu'un national n'est pas auteur de la situation litigieuse mais en est victime. On parle dans ce contexte de principe de personnalité passive.

¹⁰² D.J.B. SVANTESSON, Conférence « Jurisdiction, Conflicts of Laws and Data Protection in Cyberspace », Luxembourg, 12 octobre 2017, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=EhbwdhBFuCU> (dernière consultation le 20 mai 2018).

¹⁰³ L'affaire dit du "Lotus" concerne l'abordage en haute mer d'un navire turc (le Boz-Kourt) par un navire français (le vapeur Lotus), ayant entraîné le naufrage du Boz-Kourt et la mort de huit marins turcs. La question soumise à la C.P.J.I était celle de savoir si le droit international s'oppose à ce que la Turquie engage des poursuites pénales.

¹⁰⁴ Arrêt *Lotus*, p.18.

¹⁰⁵ Arrêt *Lotus*, p.19.

¹⁰⁶ B. STERN, « Quelques observations... », *op.cit.*, p.16.

¹⁰⁷ P. DEMARET, « L'extra territorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1985,

¹⁰⁸ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *op.cit.*, pp. 343-344.

¹⁰⁹ The Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 1935.

¹¹⁰ D.J.B. SVANTESSON, « A new jurisprudential framework for jurisdiction : Beyond the Harvard Draft », *AJIL Unbound*, 2015, p. 69 et 73.

¹¹¹ B. Stern, « Quelques observations... », *op.cit.*, p.24

¹¹² B. STERN, *ibidem*, p.24.

¹¹³ M. TAYLOR, « Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction », Brussels Privacy HUB Working Paper N°6, 2016, p.13

3. Le principe de protection repose sur l'idée que l'Etat doit pouvoir protéger ses intérêts essentiels contre des menaces extérieures. L'Etat a une compétence dite universelle lorsque les intérêts fondamentaux de la communauté internationale sont en jeu.
4. Finalement, il convient de mentionner la doctrine de l'effet direct. Il s'agit d'un critère de compétence particulièrement controversé qui a surtout été appliqué aux Etats-Unis dans des affaires de concurrence¹¹⁴. En vertu de cette théorie, un Etat est compétent si une situation localisée entièrement à l'étranger a des effets à l'intérieur de son territoire¹¹⁵.

Si on suit la logique de cette approche qui préconise des bases de compétence internationale, l'application extraterritoriale d'une norme est contraire au droit international lorsqu'elle ne peut se fonder sur l'un des critères de rattachement exposés plus haut¹¹⁶. Une conclusion qui soulève cependant deux remarques. Premièrement, le phénomène d'extraterritorialité qui nous occupe concerne la délimitation du champ d'application spatial des normes. Or, l'arrêt *Lotus* n'aborde pas cette question. Dès lors, il n'est pas certain que « la définition du champ d'application spatial d'une norme puisse contrevenir au droit international »¹¹⁷. A cet égard, M. P. Mayer considère que le champ d'application spatial d'une norme est illimité de sorte que pour lui aucun lien juridique entre la loi en cause et la situation visée n'est requis¹¹⁸. Dans l'affaire *Lotus*, la CPJI, en jugeant que la Turquie n'avait pas violé le droit international, a indirectement reconnu qu'une « législation puisse être dotée d'un effet extraterritorial de manière à englober dans un champ d'application des faits commis par des étrangers en-dehors du territoire national »¹¹⁹. Par ailleurs, l'affaire *Lotus* concernait la compétence extraterritoriale dans le domaine du droit pénal et non du droit civil. Il en est généralement déduit qu'au niveau du droit civil, le droit international public ne prescrit en soi aucune règle obligatoire pour les Etats¹²⁰. Nonobstant, une certaine doctrine assimile les règles de conflit de lois à des règles sur l'activité normative de l'Etat¹²¹, de sorte que les Etats ne peuvent assigner à des dispositions matérielles un champ d'application « plus étendu que celui que leur reconnaît la règle internationale de compétence »¹²². Pour le Règlement, ce débat doctrinal est toutefois sans conséquences, dans la mesure où ce dernier observe un principe de territorialité et de personnalité. Tout d'abord, il respecte le principe de territorialité puisqu'il ne s'adresse qu'à des sociétés localisées dans l'Union européenne ou qui réalisent des traitements de données dans le cadre d'activités déployées dans l'Union. Plus précisément, en ce qui concerne les sociétés établies à l'étranger, le Règlement met œuvre le principe de territorialité objective¹²³. Ensuite, le Règlement, en

¹¹⁴ M. TAYLOR, « Permissions and Prohibitions... », *op.cit.*, p.18. Cette doctrine a été introduite par l'arrêt *United States v. Aluminum Co. of America* (Cour d'appel des Etats-Unis (2^{ème} circuit), *United States v. Aluminum Co. of America*, 12 mars 1945).

¹¹⁵ N. SAMIE, « The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws », *University of Miami Inter-American Law Review*, 1982, p.23.

¹¹⁶ P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op.cit.*, p. 215; M. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours générale de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1989, Vol.213., p.103 ; C.J. OLMSTEAD, *op.cit.*, p.234-235.

¹¹⁷ S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire...*, *op.cit.*, p. 173.

¹¹⁸ P. MAYER, *op.cit.*, p.355.

¹¹⁹ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *op.cit.*, p.342.

¹²⁰ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *op.cit.*, p.340.

¹²¹ P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op.cit.*, p.82; H. BATIFFOL, « Points de contacts entre le droit international public et le droit international privé », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, p.85.

¹²² P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op.cit.*, p.164.

¹²³ M. TAYLOR, « Permissions and Prohibitions... », *op.cit.*, pp.14-15.

s'appliquant aux traitements des données d'individus localisés dans l'Union, observe également un principe de personnalité passive¹²⁴. Deuxièmement, la norme extraterritoriale édictée en violation des règles internationales de compétence n'est pas en soi irrégulière¹²⁵. Les sanctions prévues par le droit international se situent sur le plan du régime de responsabilité de l'Etat et ne touchent pas à la légalité de la norme.

2. Le caractère raisonnable (ou la question du « devoir »)

Si toute application extraterritoriale d'une norme, fondée sur l'un des critères présentés plus haut, est en principe licite au regard du droit international, il existe aujourd'hui une tendance à considérer que toute revendication de la compétence normative d'un Etat doit présenter un caractère raisonnable¹²⁶. Les expressions utilisées par la doctrine varient. Certains auteurs parlent d'une « obligation de faire preuve, de modération et de mesure »¹²⁷, d'autres d'une interdiction pour les Etats de régler des questions « purement fortuites ou dénuées de tout caractère significatif »¹²⁸ ou encore de la nécessité d'un « lien d'une certaine intensité »¹²⁹ ou « substantiel »¹³⁰, d'« un certain rattachement des faits extraterritoriaux pris en compte ou de la situation pris en compte ou de la situation extraterritoriale régie par l'Etat »¹³¹. Les appellations différentes mais traduisent toutes l'idée de la nécessité d'un lien raisonnable entre l'auteur de la norme et la situation visée par cette dernière. Dans cette perspective, il ne suffit donc pas pour l'Union européenne de se baser sur un critère de rattachement territorial ou personnel pour justifier l'application extraterritoriale du Règlement. Ce rattachement doit également être raisonnable.

Sur un plan pratique, le "raisonnable" est une concept « fuyant »¹³² dont le contenu ne peut être défini *a priori* de manière objective et abstraite¹³³. Il est intéressant de noter, qu'en droit américain, *the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* établit une liste d'éléments de nature à déterminer le caractère raisonnable de l'utilisation extraterritoriale de ses compétences par un Etat¹³⁴. Parmi ces éléments, figurent entre autres, l'impact de l'activité régulée par la norme sur le territoire de l'Etat qui l'a émise, le lien existant entre l'Etat "régulateur" et les personnes responsables du comportement proscrit par la norme ou les personnes qu'elle entend protéger. Indépendamment de cette difficulté conceptuelle, la notion de "raisonnable" doit être distinguée de celle d'extraterritorialité. L'extraterritorialité est souvent perçue comme un synonyme d'exorbitant ou de déraisonnable¹³⁵.

¹²⁴ M. TAYLOR, *ibidem*, p.19.

¹²⁵ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *op.cit.*, pp. 163-165.

¹²⁶ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *ibidem*, p.242; B. STERN, « Quelques observations ... », *op.cit.*, p.45.

¹²⁷ C.I.J., affaire de la Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgique c. Espagne), fond, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil*, 1970, p.3, opinion individuelle du Juge Fitzmaurice, p.105.

¹²⁸ T. HUBERT, J. COMBACAU, S. SUR et C. VALLEE, *Droit international public*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1979, p.316.

¹²⁹ G. van HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1969, vol.126, p.418.

¹³⁰ R. ERGEC, *La compétence extraterritoriale à la lumière des contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.33.

¹³¹ B. STERN, « Quelques observations ... », *op.cit.*, p.20.

¹³² S. JOVANONIC, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988, p.147.

¹³³ A. Van WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique » in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit* (sous la dir. de G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST), Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 16.

¹³⁴ The Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, 1988, §403.

¹³⁵ D. J. B. SVANTESSON, « The concept of 'extraterritoriality': widely used, but misguided and useless », *OUPblog*, 17 novembre 2017, disponible sur <https://blog.oup.com/2015/11/extraterritoriality-law/> (dernière consultation le 25 mai 2018) ; C. KUNER, « Extraterritoriality and regulation... », *op.cit.*, p. 238.

Cependant, la question de l'application extraterritoriale d'un instrument est purement factuelle et objective et diffère en ce sens de la notion de raisonnable¹³⁶. Qualifier une norme d'extraterritoriale indique seulement qu'elle entend s'appliquer à des situations ou comportements localisés à l'étranger sans qu'aucune connotation négative ne puisse en soi y être attachée¹³⁷. Toute prétention extraterritoriale n'est pas *de facto* déraisonnable¹³⁸. Cela dépendra « d'une part des circonstances de fait qui entourent le cas d'espèce, d'autre part des valeurs qui sont agitées par l'application concrète du droit au cas d'espèce »¹³⁹.

¹³⁶ D. J. B. SVANTESSON, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Copenhagen, Ex Tuto Publishing, 2013, p.85.

¹³⁷ C. KUNER, « Extraterritoriality and regulation... », *op.cit.*, p. 239.

¹³⁸ C. KUNER, *ibidem*, p. 239.

¹³⁹ J. SALMON, *Les notions à contenu variable en droit international public*, Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 265.

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Force est de constater que les notions de territorialité et d'extraterritorialité sont sans cesse sollicitées par la littérature juridique sans savoir réellement ce qu'elles recouvrent. Comme le suggère l'origine latine du mot *extra territorium*, l'extraterritorialité se conçoit presque toujours en opposition avec le principe de territorialité. Or, les deux principes ne sont pas nécessairement antagonistes. Il est extrêmement rare de se trouver en présence d'une norme qui ne présente aucun lien, aussi minime soit-il, avec le territoire de l'Etat qui l'a émise¹⁴⁰. Une recherche menée par J. Scott sur l'extraterritorialité des législations européennes est révélatrice à cet égard. Elle conclut, au terme de son analyse, que les éléments déclencheurs de l'application des normes européennes à des situations localisées à l'étranger (les « '*extraterritorial*' triggers ») ne sont en soi ni territoriaux ni extraterritoriaux¹⁴¹. Ce constat a d'ailleurs amené des auteurs à préférer parler d'« effet extraterritorial »¹⁴² ou d'« extension territoriale »¹⁴³. Ces appellations reflètent l'idée qu'une norme peut avoir un effet extraterritorial alors que son application dépend d'un critère territorial ou se réalise sur le territoire de l'Etat qui l'a émise. Dans le prochain titre, nous verrons que le Règlement s'inscrit dans cette approche de l'extraterritorialité. Son application dépend largement d'un critère territorial tel la localisation de l'établissement du responsable de traitement ou des personnes concernées mais une fois ce nexus territorial établi, le Règlement s'impose également à des personnes morales localisées en-dehors de l'Union européenne¹⁴⁴. Ceci démontre que la véritable question de l'extraterritorialité dans le contexte du Règlement n'est pas celle de savoir s'il existe une base de compétence internationale mais de déterminer si son caractère est excessif ou non. Cet aspect de la problématique de l'extraterritorialité sera analysé dans les prochains titres.

¹⁴⁰ J. SCOTT, « Extraterritoriality and Territorial... », p. 87.

¹⁴¹ J. SCOTT, « The New EU 'Extraterritoriality' », *Com. M.L.R.*, 2014, p. 1365.

¹⁴² D. SVANTESSON, « The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law – Its Theoretical Justification and its Practical Effect on U.S. Businesses »

¹⁴³ J. SCOTT, « Extraterritoriality and Territorial... », *op.cit.*, p. 87.

¹⁴⁴ Cfr. art. 3 RGPD.

TITRE II. L'EXTRATERRITORIALITÉ DANS LE RÈGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

Dans le premier titre, nous avons tenté de théoriser les concepts de territorialité et d'extraterritorialité. Nous avons alors conclu que la problématique du Règlement concerne l'aspect matériel de l'application extraterritoriale du droit, soit l'application d'une norme à une situation dont les éléments sont localisés hors de l'État qui l'a émise. Dans ce second titre, nous allons étudier plus spécifiquement le domaine d'applicabilité spatial du Règlement et ses prétentions extraterritoriales. La démarche suivie est classique : il s'agit de définir dans un premier temps un concept pour ensuite le confronter à la pratique et analyser sa mise en œuvre dans un contexte particulier.

Globalement, « l'applicabilité désigne l'aptitude d'une règle de droit ou d'une décision à s'appliquer dans l'espace, matériellement et dans le temps »¹⁴⁵. Une norme peut donc délimiter son domaine d'application aux moyens de différents critères : matériels, personnels, temporels ou spatiaux. Dans le cadre de ce mémoire, nous nous focaliserons exclusivement sur les aspects territoriaux du domaine d'applicabilité du Règlement. Autrement dit, nous nous intéresserons aux critères adoptés par le Règlement pour déterminer d'un point de vue spatial, les situations auxquelles il entend s'appliquer. Ce choix d'étude a été dicté par le fait que le champ d'application territorial du Règlement fait l'objet d'énormément de confusions et suscite de nombreuses interrogations¹⁴⁶. Il ne faut cependant pas perdre de vue le fait que les domaines matériels et personnels du Règlement ont une influence certaine sur son champ d'application spatial. Nous verrons que la prise en compte des destinataires de la norme et la définition de concepts relevant du domaine matériel contribuent à l'élargissement du domaine spatial du Règlement.

Avant d'analyser le champ d'application territorial du Règlement à proprement parler (Chapitre 2), certaines clarifications d'ordre terminologique s'imposent (Chapitre 1).

¹⁴⁵ J.-S. BERGE, « L'application du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité », in *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et Droit international* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT de la MOTTE et S. TOUZE), Paris, Pedone, 2012, p.73.

¹⁴⁶ D.J.B. SVANTESSON, « The Google Spain case ... », p.2.

CHAPITRE 1. LA QUESTION DE L'APPLICABILITÉ

Ce chapitre a pour objet de baliser la question de l'applicabilité en la distinguant d'une autre notion (section 1) et en investiguant les choix posés par le législateur (section 2).

SECTION 1. APPLICABILITÉ ET FORCE OBLIGATOIRE

L'applicabilité est souvent confondue avec la force obligatoire. Les deux notions interviennent dans la délimitation du domaine spatial d'une norme mais ne se recoupent pas. Applicabilité et force obligatoire se distinguent au niveau de leur portée territoriale et des destinataires visés.¹⁴⁷

« La force obligatoire vise l'aptitude d'une norme à engendrer des obligations au sein d'un ordre juridique »¹⁴⁸. La force obligatoire évoque les « destinataires institutionnels », soit les autorités de l'ordre juridique dont la règle émane et qui sont chargés de sa mise en œuvre (juge, administration, institutions de l'Etat, ...) ¹⁴⁹. Ainsi, par exemple, seules les règles belges ont force obligatoire pour le juge belge. En ce sens, la force obligatoire est nécessairement territoriale (« territorialité au sens formel »)¹⁵⁰ puisque la norme ne s'impose qu'aux autorités et juridictions de l'Etat qui l'a émise et qui exercent en principe, leurs fonctions sur le territoire de cet Etat¹⁵¹. Toutefois, dans certaines hypothèses exceptionnelles, comme celles des consuls ou ambassadeurs, la loi a force obligatoire pour des organes qui ne se trouvent pas formellement sur le territoire national¹⁵². Cela étant, un Etat peut décider, par l'intermédiaire de règles de conflit de loi, de donner une force obligatoire à des lois étrangères sur son territoire.

L'applicabilité vise par contre l'aptitude d'une règle à s'appliquer à une situation particulière. A la différence de la force obligatoire, l'applicabilité concerne les « destinataires finaux », autrement dit les agents juridiques auxquelles la norme s'adresse¹⁵³. Ces derniers peuvent être des institutions ou toute personne dont la norme entend régir le comportement. La question de l'applicabilité n'est pas strictement territoriale. Elle peut l'être, au sens matériel¹⁵⁴, dans la mesure où « son hypothèse requière la localisation de certains faits ou événements sur le territoire de l'ordre juridique dont elle émane »¹⁵⁵ mais pas nécessairement. Comme expliqué dans le titre précédent, une règle de droit peut s'appliquer à des situations juridiques localisées hors du territoire.

L'affaire *Owusu* illustre cette dialectique entre force obligatoire/applicabilité¹⁵⁶. En effet, dans

¹⁴⁷ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire* ..., *op.cit.*, p.50 et s.

¹⁴⁸ S. FRANCO, *ibidem*, p. 51.

¹⁴⁹ S. FRANCO, *ibidem*, p. 52.

¹⁵⁰ M. FALLON, « Le domaine spatial d'un Code européen de droit international privé », in *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé?* (sous la dir. de M. FALLON, P. LAGARDE et S. Poillot-Peruzzeto), Francfort, Peter Lang, 2011, p.153

¹⁵¹ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire* ..., *op.cit.*, p. 52.

¹⁵² F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p.39.

¹⁵³ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire* ..., *op.cit.*, p.52

¹⁵⁴ M. FALLON, « Le domaine spatial d'un Code européen ... », *op.cit.*, p.40.

¹⁵⁵ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire* ..., *op.cit.*, p.52.

¹⁵⁶ F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, p.345.

son arrêt, la Cour fait implicitement référence à cette distinction en considérant que « le traité peut régir des situations ayant des points de rattachement avec un pays tiers sans entraîner pour autant aucune obligation pour celui-ci »¹⁵⁷. La première partie de la phrase se réfère à la question de l'applicabilité d'une norme alors que les mots « aucune obligation pour le pays tiers » renvoie à la notion de force obligatoire. A la lecture de ces propos, il est clair qu'une norme peut viser des situations localisées en-dehors du territoire de l'Etat qui l'a émise (applicabilité) mais ne sera appliquée en tant que telle que dans l'Etat dont elle émane (force obligatoire).

Ces précisions sont à mettre en parallèle avec la distinction précédemment expliquée entre compétence d'exécution et compétence normative¹⁵⁸. Le pouvoir de contrainte d'un Etat étant circonscrit aux limites de son territoire, une norme n'a de force obligatoire que pour les autorités de cet Etat. En conclusion, si l'applicabilité du Règlement s'étend au-delà des frontières européennes, il ne sera *in fine* appliqué que par les autorités européennes sur le territoire communautaire. Ce constat permet de relativiser l'impact de l'application extraterritoriale du Règlement.

SECTION 2. APPLICABILITÉ ET UNILATÉRALISME

Traditionnellement, il existe en droit international privé deux méthodes de détermination du domaine d'application dans l'espace des normes. Ces deux méthodes reposent sur des prémisses diamétralement opposées et mettent en œuvre différents types de règles de conflit de loi.¹⁵⁹

1. La théorie bilatéraliste part de l'idée que toute norme a un champ d'application *a priori* illimité¹⁶⁰. Par conséquent, la détermination du domaine d'application spatial ne peut s'opérer que par l'intermédiaire de règles distinctes, appelées règles de rattachement. Les règles de rattachement se bornent à désigner le droit applicable à une situation présentant un élément d'extranéité au moyen d'un facteur de localisation et en faisant abstraction du contenu des règles matérielles ainsi désignées¹⁶¹.

2. La méthode unilatéraliste, quant à elle, procède du postulat inverse que toute norme connaît en soi une limitation de son domaine d'application spatial et de ce fait, ne nécessite aucune règle de délimitation externe¹⁶². La règle d'applicabilité est traditionnellement rattachée à la théorie unilatéraliste. Une règle d'applicabilité « insérée dans le corps même de l'acte contenant les règles matérielles, identifie les situations internationales auxquelles ces règles sont applicables en raison d'un lien de rattachement avec le territoire d'un Etat membre »¹⁶³. Autrement dit, la règle d'applicabilité désigne le

¹⁵⁷ F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, p. 1533, paraphrasant : C.J.C.E (gde chr.), *arrêt Andrew Owusu c. N.B. Jackson*, 1 mars 2005, C-281/02, EU:C:2005:120, point 31.

¹⁵⁸ Voir *infra* Titre I, Chapitre 2, Section 1.

¹⁵⁹ F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, p.128.

¹⁶⁰ P. KINSCH, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP*, 2003, pp.409-410

¹⁶¹ F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, p.81.

¹⁶² M. FALLON, « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne » in *Les frontières spatiales du droit privé européen/ The boundaries of European Private Law*, (sous la dir. de E. POILLOT et I. RUEDA), Bruxelles, Larciers, 2012, p 74.

¹⁶³ M. FALLON, *Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne*, Cahiers du CeDIE 2011/01, www.uclouvain.be/cedie, 20 avril 2018, p.18.

domaine d'application dans l'espace des règles matérielles auxquelles elle est attachée. A la différence des règles de rattachement qui sont susceptibles de désigner des règles matérielles d'un autre ordre juridique, la technique de la règle d'applicabilité conduit nécessairement à un processus d'auto-désignation. De manière générale, les règles d'applicabilité insérées dans des actes européens utilisent trois types de techniques pour délimiter le domaine spatial des règles matérielles auxquelles elles se rapportent : l'utilisation d'un critère d'applicabilité unique, des critères alternatifs et la technique particulière des clauses de sauvegarde¹⁶⁴.

En matière de protection des données personnelles, l'Union européenne a adopté une méthode unilatéraliste de détermination du champ d'application territoriale des législations¹⁶⁵. A l'instar de la directive 95/46, le Règlement ne contient pas d'autres règles de conflit de loi qu'une règle d'applicabilité unique contenue dans l'article 3. Ce choix n'est pas anodin. A priori, rien n'empêchait le législateur d'adopter des règles de rattachement mais la technique de la règle d'applicabilité permet à la fois de sécuriser et d'étendre en-dehors de l'Union l'application des dispositions matérielles du Règlement¹⁶⁶. Cette volonté d'expansion ressort également de l'utilisation de deuxième technique de délimitation du domaine d'applicabilité spatial, celle des critères d'applicabilité alternatifs. Comme il le sera détaillé dans le prochain chapitre, le Règlement délimite son domaine d'applicabilité spatial au moyen de trois critères alternatifs, ce qui permet de « doubler/multiplier les chances d'application des règles matérielles »¹⁶⁷.

¹⁶⁴ M. FALLON, « Les frontières spatiales ... », *op.cit.*, pp. 85-87.

¹⁶⁵ P. A. De MIGUEL ASENSIO, « Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre la Protección de Datos de la Unión Europea », *Revista española de Derecho internacional*, 2017, vol. 69, p.6.

¹⁶⁶ S. FRANCO, « The external dimension of Rome I and Rome II: neutrality or schizophrenia » in *Private law in the external relation of the EU* (sous la dir. de M. CREMONA and H. MICKLITZ), Oxford, Oxford University Press, 2016, p 91.

¹⁶⁷ M. FALLON, « Les frontières spatiales ... », *op.cit.*, p.86.

CHAPITRE 2. LE REGLEMENT 2016/679 : UNE EXTRATERRITORIALITÉ RENFORCÉE

Le Règlement possède un champ d'application plus étendu que celui de la directive "données personnelles"¹⁶⁸. Ce champ d'application extrêmement large avait déjà été amorcé par les arrêts *Google Spain* et *Facebook c. Irlande*¹⁶⁹. L'utilisation de nouveaux critères d'applicabilité ainsi que la redéfinition de certains concepts clés contribuent à cet élargissement. Il s'agit ici d'une volonté d'application extensive qui est intimement liée à l'objectif poursuivi par le législateur européen d'assurer une protection globale des données personnelles des citoyens européens.

Le Règlement utilise trois critères d'applicabilité pour déterminer les situations auxquelles il entend s'appliquer. Ces critères sont regroupés au sein d'une disposition unique, à savoir l'article 3. Malgré leurs différences substantielles, ils utilisent un certain nombre de notions communes. Ces notions seront examinées dans la première section de ce chapitre. La seconde section est quant à elle consacrée à une analyse détaillée des critères d'applicabilité du Règlement. Notons d'ores et déjà que seul deux critères sur les trois feront l'objet de commentaires.

SECTION 1. ARTICLE 4 DU RÈGLEMENT 2016/679 : DÉFINITIONS

Les différents critères d'applicabilité du Règlement font tous appel à trois notions clés : (1) le *traitement* de (2) *données à caractère personnel* opéré par (3) un *responsable de traitement* ou un *sous-traitant*. L'article 3 du Règlement définit ces notions de manière fort semblable à son prédécesseur, l'article 4 de la directive 95/46. Par conséquent, la jurisprudence et les commentaires déployés dans le cadre de la directive restent dans une très large mesure pertinents pour l'analyse de ces notions. L'influence exercée par ces trois notions sur l'étendue du champ d'application spatial illustre l'interaction qui existe entre domaine d'applicabilité spatial, personnel et matériel et l'absence de catégories hermétiques.

1. Le traitement

« Toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel »¹⁷⁰ constituent un traitement au sens du Règlement. Le Règlement liste ensuite une série d'exemples, montrant ainsi que la notion couvre une grande variété d'opérations allant de la collecte des données à leurs destruction¹⁷¹. Cette définition étant identique à celle de la directive 95/46, la jurisprudence de la

¹⁶⁸ J.J. GONZALO DOMENECH, « La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE », *Revista Lex Mercatoria*, 2017, p.38; D.J.B SVANTESSON, « The (Uncertain) Future of Online Data Pivacy », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p.133.

¹⁶⁹ J.P. ALBRECHT, *op.cit.*, p.288.

¹⁷⁰ Article 4 al. 2^e, RGPD.

¹⁷¹ M. KRZYSZTOFEK, *Post-Reform Personal Data Protection in the European Union. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2016, point 3.05.

Cour de Justice reste pertinente. Dans l'affaire *Google Spain*, la Cour a interprété très soupagement et largement cette notion en considérant que la simple « opération consistant à faire figurer, sur une page internet, des données à caractère personnel » constitue un traitement de données¹⁷².

2. Les données à caractère personnel

Le Règlement définit les données à caractère personnel comme étant « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »¹⁷³. Par personne identifiable, il convient d'entendre « une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement » par l'utilisation d'un ensemble de moyens¹⁷⁴. En définitive, deux critères sont donc requis pour qu'une information puisse être qualifiée de donnée personnelle : elle doit d'une part, concerner des personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales et doit d'autre part, identifier ou être apte à identifier la personne concernée. Cette identification peut résulter d'une donnée isolée (empreinte digitale ou biométrique, numéro de registre national, etc.) ou d'un conjoint d'information. Par exemple, le nom d'une personne n'est pas forcément en soi une donnée personnelle dans la mesure où plusieurs personnes peuvent avoir le même nom. Une fois associé avec d'autres informations (couleur de cheveux, numéro de téléphone, adresse et autres), elles pourraient par contre identifier un individu¹⁷⁵.

La définition utilisée par le Règlement se veut extrêmement générale, reflétant l'intention déjà présente dans la directive de couvrir un large éventail de données¹⁷⁶. En comparaison avec la directive, le Règlement fait toutefois expressément référence à davantage d'éléments permettant d'identifier directement ou indirectement une personne physique. En effet, sont à présent explicitement mentionnées comme étant des données personnelles : les données de localisation et les identifiants en ligne. Le Règlement a ainsi intégré l'enseignement de la Cour qui avait considéré les adresses IP comme des données personnelles¹⁷⁷. Cette définition particulièrement large des données personnelles connaît néanmoins une limitation. Les données collectées « par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques » sont exclues du champ d'application du Règlement¹⁷⁸. Comme le nom l'indique, les activités personnelles et domestiques sont celles qui ne sont pas liées à une activité commerciale ou professionnelle¹⁷⁹. Elles incluent, entre autres, les « échanges de correspondance, la tenue d'un carnet d'adresses, ou l'utilisation de réseaux sociaux et les activités en ligne »¹⁸⁰. Par exemple, l'exploitation d'un système de vidéosurveillance installé dans une maison familiale pour prévenir des éventuels vols est couvert par l'exception pour autant que cette surveillance ne s'étend pas, même partiellement, à l'espace public¹⁸¹. Par contre, la Cour a considéré

¹⁷² Arrêt *Google Spain/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, C-131/12, EU:C:2014:317 (ci-après « arrêt *Google Spain* »), point 2.

¹⁷³ Art. 4 al 1^{er}, RGPD.

¹⁷⁴ Considérant n°26, RGPD.

¹⁷⁵ Avis 4/2007 du Groupe de travail 'Article 29' sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, adopté le 20 juin 2007, p. 14.

¹⁷⁶ Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, C.O.M (90) 314 final, p. 19.

¹⁷⁷ Arrêt *Patrick Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, C-582/14, EU:C:2016:779.

¹⁷⁸ Art. 2 §2 al. 3, RGPD.

¹⁷⁹ Considérant n°18, RGPD.

¹⁸⁰ Considérant n°18, RGPD.

¹⁸¹ Arrêt *František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, EU:C:2014:2428, point 35.

que la publication sur internet d'informations personnelles concernant des tierces personnes, telles que le nom ou le numéro de téléphone, par un particulier ne relevait pas de l'exception dans la mesure où par l'intermédiaire d'internet, « les données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes »¹⁸². Le Règlement prévoit également un régime de protection tout à fait spécifique pour les données sensibles¹⁸³. Cette catégorie particulière de données comprend les données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, philosophique ou religieuse, l'appartenance syndicale, les données biométriques et génétiques ainsi que celles relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle. La Cour interprète cette notion largement et considère par exemple, « l'indication du fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel » comme une notion sensible¹⁸⁴. Cette catégorie particulière de données n'échappe pas à l'applicabilité du Règlement mais connaît une interdiction de principe. Elle ne pourra être traitée que dans le respect de conditions spécifiques. A cette notion de données sensibles, s'ajoute les données relatives aux condamnations pénales dont le traitement doit respecter des contraintes particulières¹⁸⁵.

3. Le responsable de traitement et le sous-traitant

La notion de responsable de traitement et de sous-traitant joue un rôle central dans le régime de protection mis en place par le Règlement. En effet, c'est sur ces derniers que le Règlement fait peser les obligations « destinées à assurer la protection efficace et complète des données personnelles »¹⁸⁶.

a) *Le responsable de traitement*

Le Règlement définit le responsable de traitement comme étant « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement »¹⁸⁷. Toute personne, structure ou organisme public (administrations, collectivités territoriales, entreprises publiques) ou privé (sociétés, associations, syndicats) est ainsi susceptible d'être qualifié de responsable de traitement¹⁸⁸. Le critère essentiel pour identifier le responsable de traitement est son pouvoir de déterminer les finalités (le pourquoi) et les moyens (le comment) du traitement, sans considération pour la détention matérielle des données¹⁸⁹. Dans sa jurisprudence, la Cour de Justice a considéré que pour garantir une protection effective du droit fondamental à la protection des données personnelles, il convenait d'interpréter largement la notion de responsable de traitement¹⁹⁰. Elle a ainsi suivi la notion fonctionnelle préconisée par le Groupe de travail

¹⁸² C.J.C.E, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Procédure pénale c. Bodil Lindqvist*, Rec., 2003, p. I-12971 (ci-après « arrêt *Bodil Lindqvist* »), point 47.

¹⁸³ Article 9, RGPD et Considérant 51, RGPD.

¹⁸⁴ Arrêt *Bodil Lindqvist*, point 51.

¹⁸⁵ Article 10, RGPD.

¹⁸⁶ Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous l'arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, EU:C:2017:796 (ci-après « arrêt *Fan page* »), point 44. ; Arrêt *Google Spain*, point 34.

¹⁸⁷ Art.4 al.7, RGPD.

¹⁸⁸ A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p.208.

¹⁸⁹ M. WALRAVE, *Privacy Gescand? Direct marketing en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1999, p. 224

¹⁹⁰ Arrêt *Google Spain*, point 34; Arrêt *Fan page*, point 28.

« Article 29 » (ci-après "G29")¹⁹¹, attribuant « les responsabilités aux personnes qui exercent une influence de fait »¹⁹². La désignation formelle d'une entité comme responsable de traitement est un simple indicateur qu'il faudra encore confronter à la réalité des faits¹⁹³. Suivant cette logique, la Cour a été amenée à considérer que l'exploitant d'un moteur de recherche¹⁹⁴ ou l'administrateur d'une page fan d'un réseau social¹⁹⁵ sont des responsables de traitement. Cela étant, il se peut que les finalités et moyens du traitements soient déterminés par le droit de l'Union ou d'un Etat membre¹⁹⁶. Dans ce cas, ce droit peut désigner le responsable du traitement ou « les critères spécifiques applicables à sa désignation »¹⁹⁷.

b) *Le sous-traitant*

Le Règlement définit le « sous-traitant » comme la personne « qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »¹⁹⁸. Autrement dit, il s'agit du prestataire qui exécute le traitement au nom et pour le compte du responsable du traitement¹⁹⁹. Comme le souligne le G29, pour qu'une personne ait qualité de sous-traitant, il faut d'une part, qu'elle soit distincte du responsable du traitement et d'autre part, qu'elle traite des données à caractère personnel pour le compte de ce dernier²⁰⁰.

SECTION 2. ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT 2016/679 : CRITÈRES D'APPLICABILITÉ

Le Règlement, tout comme la directive, délimite son domaine d'application spatial au moyen trois critères d'applicabilité, alternatifs et exclusifs les uns des autres²⁰¹. Les deux instruments de nature différente n'utilisent pas ces critères dans la même optique. Dans la directive, ces critères servent à déterminer la loi nationale applicable au traitement des données alors que pour le Règlement, il s'agit de voir s'il est applicable ou non²⁰². Le premier critère utilisé par les deux instruments est celui de la localisation du responsable du traitement dans l'Union européenne. Si l'opérateur est localisé à l'étranger, tant le Règlement que la directive utilisent alternativement deux autres critères d'applicabilité. Le second critère mobilisé par les deux instruments est celui du droit international public. La législation européenne est applicable « lorsque le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international

¹⁹¹ Le Groupe de travail « Article 29 » (G29) est un groupe, composé de représentants des autorités nationales de protection des données, qui est chargé de fournir des avis à la Commission européenne sur certains aspects de la protection des données, de la conseiller et de promouvoir l'application uniforme de la directive 'données personnelles' (https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/edps-worldwide_fr#WP29)

¹⁹² Avis 1/2010 du Groupe de travail « Article 29 » sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, adopté le 16 février 2010 (ci-après "Avis 1/2010 du G29"), p.10.

¹⁹³ Avis 1/2010 du G29pp.9-10.

¹⁹⁴ Arrêt *Google Spain*, point 41.

¹⁹⁵ Arrêt *Fan page*, point 44.

¹⁹⁶ A. BENSOUSSAN (dir.), *op.cit.*, p. 209.

¹⁹⁷ Article 4 al. 7, RGPD.

¹⁹⁸ Article 4 al. 8, RGPD

¹⁹⁹ A. BENSOUSSAN (dir.), *op.cit.*, p. 226.

²⁰⁰ Avis 1/2010 du G29, p.35.

²⁰¹ Cfr. Article 3, RGPD.

²⁰² C. de TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Le règlement européen relatif à la protection des données à caractère personnel : quelles nouveautés ? », *Journal de droit européen*, 2017, p. 303.

public »²⁰³. Si le responsable de traitement n'est pas établi dans l'Union et que le critère du droit international public n'est pas rempli, le Règlement établit un troisième critère d'applicabilité. Sur ce point précis, le Règlement diffère fortement de la directive. En vertu de ce troisième critère, le Règlement est applicable à tout responsable de traitement établi à l'étranger qui traite les données personnelles d'individus localisé dans l'Union (1) lorsque par ces activités de traitement, il leur offre des biens ou des services (2) ou suit leur comportement prenant place dans l'Union (3).²⁰⁴

Dans cette section, nous allons analyser successivement chacun de ces critères afin de de les mettre en rapport avec l'application extraterritoriale du Règlement. Précisons d'ores et déjà, le critère du droit international public, ne concerne que des hypothèses spécifiques et marginales et ne sera donc pas examiné²⁰⁵. Une attention particulière sera par ailleurs portée à la situation de l'opérateur établi en-dehors de l'Union. En effet, cette dernière présente un intérêt de premier plan pour une discussion sur l'exterritorialité et met en œuvre de nouveaux critères d'applicabilité spatial par rapport à ceux employés par la directive.

1. Etablissement dans l'Union

Conformément au §1^{er} de l'article 3, le Règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel « effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union »²⁰⁶. A cet égard, le Règlement ne fait que rappeler l'article 4 § 1^{er} de la directive à trois détails près :

1) La disposition ne vise plus seulement « le responsable du traitement » mais également « le sous-traitant ».

2) Le Règlement, dans la lignée de l'arrêt *Google Spain*, précise expressément qu'il s'applique « que le traitement ait lieu ou non dans l'Union »²⁰⁷. Il réaffirme ainsi que son application se fait indépendamment de « la prise en compte du territoire où les activités de traitement des données sont effectuées »²⁰⁸.

3) Le caractère "réglementaire" de la nouvelle législation européenne a emporté la suppression de la référence à la situation où un même responsable de traitement est établi sur le territoire de plusieurs Etats membres. Malgré l'intention claire du Règlement de s'appliquer de manière uniforme sur

²⁰³ Article 4§ 1er al 2. et Considérant n°25, directive 'données personnelles' ; Article 3 §3 et Considérant n°25, RGPD.

²⁰⁴ P. de MIGUEL ASENSIO, « Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable », Blog, 19 Mai 2016, disponible sur http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento_19.html (dernière consultation le 20 mai 2018). Article 3 § 2, RGPD.

²⁰⁵ Le considérant 25 du Règlement mentionne à titre d'exemple, les hypothèses des représentations diplomatiques ou consulaires. Dans son avis 8/2010 sur le droit applicable, le G29 expliquait, pour la directive, que ce critère vise les cas où le droit international public détermine le droit applicable dans une ambassade ou consulat, navire ou aéronef (Avis 8/2010 du Groupe de travail « Article 29 » sur le droit applicable, WP 179, adopté le 16 décembre 2010 (ci-après "Avis 8/2010 du G29", p.20).

²⁰⁶ Article 3 §1^{er}, RGPD.

²⁰⁷ Considérant n°22, RGPD.

²⁰⁸ M. GALLARDO MESEGUER, « Aperçu de la dimension internationale du règlement général sur la protection des données à caractère personnel » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Bruylant, 2015, p.119.

l'ensemble du territoire de l'Union²⁰⁹, des divergences entre les Etats membres restent possible. Le Règlement laisse en effet aux Etats membres une certaine marge de manœuvre et introduit des possibilités de dérogation²¹⁰. Certains auteurs ont souligné qu'il était dès lors étrange que le Règlement ne comporte aucune règle de conflit de lois à proprement parler²¹¹. En vertu de l'article 9 §4, par exemple, les Etats membres peuvent imposer des limites supplémentaires au traitement de données personnelles concernant la santé. Certains Etats peuvent décider de faire usage de cette possibilité et d'autres de s'abstenir. En cas de litige présentant des éléments d'extranéité, ces différentes législations peuvent entrer en conflit et se posera alors la question de savoir quelle est la loi applicable. En l'absence de règles spécifiques contenues dans le Règlement, il convient de se retourner vers « le droit commun »²¹², notamment les règlements Rome I²¹³ et Rome II²¹⁴. S'il existe un contrat entre les protagonistes, les dispositions du Règlement Rome I s'appliqueront. Par contre, en matière extracontractuelle, la question est plus compliquée car le Règlement Rome II exclut expressément de son champ d'application les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité²¹⁵. Cette exclusion s'applique-t-elle aux données personnelles ? La question est hautement discutée et controversée²¹⁶. Ce débat est intimement lié à celui sur la relation entre le droit au respect de la vie privé et le droit à la protection des données personnelles. Comme il le sera expliqué plus loin dans ce titre²¹⁷, la doctrine est partagée quant à savoir si ces deux notions se recoupent ou au contraire se distancient. Si sur le plan théorique l'assimilation des deux notions est discutée, il est toutefois préférable pour des raisons pratiques de considérer que l'exception s'applique également aux données personnelles²¹⁸. Dans le cas contraire, il faudrait pour toutes les situations impliquant à la fois des violations du droit au respect de la vie privée et de la protection des données, opérer une véritable dissection afin de déterminer quels sont les aspects qui touchent la vie privée (exclus du Règlement) et ceux qui concernent la protection des données (soumis au Règlement)²¹⁹. Cette distinction est difficilement réalisable en pratique.

Les notions de *traitement* et de *responsable de traitement* ayant déjà été examinées²²⁰, il convient à présent d'analyser celles d'*établissement* (premier paragraphe) et de *cadre des activités* (deuxième paragraphe).

²⁰⁹ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Une meilleure protection et de nouvelles perspectives - Orientations de la Commission relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018 », C.O.M. (2018) 43 final, p.2.

²¹⁰ Il y a au total 37 sujets qui sont laissés à la discrétion des Etats membres (p. ex: Considérants n° 8,10 et 53 et articles 6,8,9,23,84,87 et 88).

²¹¹ M. GÖMANN, « The new territorial scope of EU Data Protection Law : Deconstructing a revolutionary achievement », *Com. M.L.R.*, 2017, p.575; F. JAULT-SESEKE et C. ZOLYNSKI, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles : Aspects de droit international privé », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1876

²¹² M. BRKAN, « Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship », *EDPL*, 2016, p.329-330; J. CHEN, « How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, 2016, p.318

²¹³ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE*, 2008, L 117/6 (Rome I).

²¹⁴ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE*, 2007, L 199/40 (Rome II).

²¹⁵ Article 1 § 2 g), Rome II.

²¹⁶ M. BRKAN, « Data Protection and Conflict-of-laws ... », *op.cit.*, p. 331; J. CHEN, *op.cit.*, p.318 -319.

²¹⁷ Voir *supra* Chapitre 3, Section 2.

²¹⁸ M. BRKAN, « Data Protection and Conflict-of-laws ... », *op.cit.*, p.331.

²¹⁹ M. BRKAN, « Data Protection and Conflict-of-laws ... », *op.cit.*, p.331-332.

²²⁰ Voir *infra* Section 1.

i) L'établissement

La localisation de l'établissement du responsable de traitement est le seul lien de connexion avec l'Union européenne exigé par l'article 3 § 1^{er} du Règlement. Il n'est pas requis que les activités de traitement des données ou que les personnes concernées par ce traitement soient localisées dans l'Union. Par conséquent, toute personne, quel que soit sa nationalité, son domicile ou sa localisation, dont les données personnelles sont traitées par un opérateur localisé dans l'Union européenne peut bénéficier de la protection offerte par le Règlement, pour autant bien entendu que le traitement soit effectué « dans le cadre des activités » de cet opérateur. Cela signifie par exemple, qu'un utilisateur Facebook de résidence et nationalité américaine dont les données personnelles auraient été traitées par la filiale irlandaise de Facebook US pourrait revendiquer en Europe l'application du Règlement.

Le Règlement ne définit pas cette notion d'établissement en tant que tel. Le considérant 22 précise toutefois que « l'établissement suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable. La forme juridique retenue pour un tel dispositif, qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard »²²¹. La notion a été interprétée par la Cour de Justice très soupagement, dans le contexte de la directive 95/46. Suivant les conclusions de l'avocat général Villalon²²², la Cour rejette « toute approche formaliste selon laquelle une entreprise ne serait établie que dans le lieu où elle est enregistrée »²²³. Ainsi, elle considère que pour « déterminer si une société, responsable d'un traitement de données, dispose d'un établissement, (...), il convient d'évaluer tant le degré de stabilité de l'installation que la réalité de l'exercice des activités dans cet autre État membre, en tenant compte de la nature spécifique des activités économiques et des prestations de services en question ». Appliquant ce raisonnement à la société Amazon EU, la Cour en déduit que la seule accessibilité de son site internet dans un État membre ne suffit pas à établir l'existence d'un établissement et qu'inversement l'absence de filiale ou de succursale dans un État membre n'exclut pas tant que tel l'existence d'un établissement dans l'Union²²⁴. Considérant l'objectif de la directive d'assurer une protection effective des données personnelles et son considérant 19, la Cour souligne que « la notion d'établissement (...) s'étend à toute activité réelle et effective, même minime, exercée au moyen d'une installation stable »²²⁵. Il ressort de cette jurisprudence *Weltimmo* que la notion d'établissement n'implique qu'un rattachement faible au territoire de l'Union²²⁶. La seule présence d'un employé travaillant sur le territoire d'un État membre peut conduire à la création d'un établissement²²⁷. Dans la mesure où le Règlement poursuit également un objectif de protection du droit fondamental et que son considérant 22 est identique au considérant 19 de la directive, il nous semble que ces acquis jurisprudentiels peuvent être transposés au Règlement.

²²¹ Considérant n°22, RGPD.

²²² Conclusions de l'avocat général M.P. Cruz Villalon sous l'arrêt *Weltimmo* s. r. o. c. *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426, point 28.

²²³ Arrêt *Weltimmo* s. r. o./*Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-230/14, EU:C:2015:639 (ci-après « arrêt *Weltimmo* »), point 29.

²²⁴ Arrêt *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl*, C-191/15, EU:C:2016:612, point 76

²²⁵ Arrêt *Weltimmo*, point 73.

²²⁶ P. de HERT et M. CZERNIAWSKI, « Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context », *International Data Privacy Law*, 2016, p. 234.

²²⁷ Arrêt *Weltimmo*, point 30.

ii) Le cadre des activités

Tout comme la directive, le Règlement se contente d'établir cette condition sans la définir ou fournir une quelconque indication quant à son contenu. Dans l'affaire *Google Spain*, la Cour a précisé à cet égard qu'il n'était pas nécessaire que le traitement ait été réalisé « par l'établissement » pour considérer qu'il a lieu dans le cadre de ses activités²²⁸.

Comme pour la notion d'établissement, la Cour a souligné qu'au vu des objectifs poursuivis par la directive, le terme « dans le cadre des activités d'un établissement » ne saurait être interprété restrictivement²²⁹. Cette deuxième condition a toutefois été interprétée tellement largement par la Cour qu'en réalité, elle est implicitement abandonnée²³⁰. Dans l'affaire *Weltimmo*, la Cour assimile la publication d'annonces de biens immobiliers accompagnées des données personnelles de leurs propriétaires à une activité de traitement et conclut de manière totalement laconique et superficielle qu'« il ne fait pas de doute que ce traitement a lieu dans le cadre des activités (de l'établissement du responsable de traitement) »²³¹. Au vu de cette argumentation, il semble qu'aux yeux de la Cour il suffit de constater qu'un traitement de données personnelle est réalisé par un établissement localisé dans l'Union pour considérer qu'il a nécessairement lieu dans le cadre de ses activités.

2. Etablissement hors de l'Union

Contrairement au §1^{er} du Règlement qui reprend substantiellement le critère d'applicabilité de la directive, le §2^e s'en distancie nettement. Le critère « des moyens situés sur le territoire d'un Etat membre »²³² retenu par la directive est définitivement abandonné et remplacé par la localisation des personnes concernées sur le territoire de l'Union²³³. La suppression de cette exigence de localisation des moyens employés conduit à une extension significative du domaine d'applicabilité spatial de la législation européenne²³⁴. La seule localisation des personnes concernées sur le territoire n'est toutefois pas suffisante. Encore faut-il que les activités de traitement soient destinées « à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union »²³⁵ ou « au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union »²³⁶. En d'autres termes, l'article 3 § 2 du Règlement adopte un raisonnement en cascade. Le Règlement s'applique si le responsable de traitement ou le sous-traitant n'est pas établi sur le territoire de l'Union, si les personnes concernées se trouvent dans l'Union (1) et finalement si les activités de traitement sont liées soit à l'offre de biens ou de services à ces personnes (2) ou au suivi de leurs comportements (3).

²²⁸ Arrêt *Google Spain*, point 52.

²²⁹ Arrêt *Google Spain*, point 53; Arrêt *Weltimmo*, point 25.

²³⁰ M. GÖMANN, *op.cit.*, p.574.

²³¹ Arrêt *Weltimmo*, point 38.

²³² Article 4 §1 c).

²³³ Dans le cadre de la directive, le Groupe de travail « Article 29 » avait établi que la localisation des personnes n'est pas déterminante.

²³⁴ C. KUNER, « The European Union and the Search ... », *op.cit.*, p.61 ; D.J.B SVANTESSON, « The (Uncertain) Future of Online Data Privacy », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p.133.

²³⁵ Article 3 § 2 al. 1^{er}, RGPD.

²³⁶ Article 3 § 2 al. 2, RGPD.

Ce nouveau critère bien que constituant une amélioration notable pour le droit fondamental à la protection des données laisse subsister certaines incertitudes²³⁷. Nous allons ci-dessous analyser successivement les différentes composantes de ce critère d'applicabilité et mettre en évidence les interrogations qu'elles suscitent.

i) Les personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union

Alors que la directive excluait expressément toute prise en compte de la nationalité ou de la résidence habituelle des personnes concernées²³⁸, le Règlement utilise la localisation des personnes dans la définition de son champ d'application territorial. L'adoption d'un tel critère centré sur la personne concernée s'inscrit dans la perspective adoptée par l'Union européenne de garantir le droit fondamental à la protection des données. Cette approche a été rendue possible par l'introduction de l'article 16 TFUE offrant au législateur européen une nouvelle base juridique. Dans l'optique d'assurer le respect du droit fondamental, l'approche est positive, mais nous devons déplorer sa formulation incertaine. Comment comprendre cette condition ? Faut-il une résidence dans l'Union ou une simple présence physique est-elle suffisante ?

Il nous semble que les termes ne peuvent faire référence à la résidence. Initialement, le Règlement était applicable aux traitements de données personnelles de personnes « ayant leur résidence sur le territoire de l'Union »²³⁹. La version finale du texte a abandonné ce critère de résidence au profit de celui de la simple localisation sur le territoire de l'Union²⁴⁰. De plus, les considérants 2 et 12 du Règlement établissent très clairement que « la protection conférée par le présent Règlement devrait s'appliquer aux personnes physiques, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence ». Il ressort de ces différents éléments que l'intention du législateur européen est très clairement de protéger de manière globale le droit fondamental à la protection des données au prix d'un critère incertain. Pris au pied de la lettre, ce critère marque paradoxalement un recul par rapport à la directive dans la protection des données personnelles d'un ensemble de citoyens européens. En effet, les citoyens européens en déplacement ou résidant à l'étranger ne pourront bénéficier de la protection offerte par le Règlement que si le responsable de traitement est établi dans l'Union²⁴¹. Ainsi, un résident belge en voyage d'affaire aux Etats-Unis qui commande un livre en ligne depuis sa chambre d'hôtel et dont les données personnelles sont collectées par une société américaine à cette occasion, ne pourra en principe pas bénéficier de dispositions protectrices du Règlement. Inversement, une personne de résidence et nationalité américaine rendant visite à un ami en Belgique dont les données sont collectées dans des circonstances identiques à celles exposées plus haut, pourra potentiellement se prévaloir de

²³⁷ M. GALLARDO MESEGUER, *op.cit.*, p.119.

²³⁸ Avis 8/2010 du G29, p. 8; Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen sous l'arrêt Google Spain/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), C-131/12, EU:C:2013:424, point 55.

²³⁹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, 25 janvier 2012, C.O.M (2012) 11 final, p.45.

²⁴⁰ Cfr. Amendement 97.

²⁴¹ J.-F. HENROTTE et F. COTON, « Application territoriale de la législation européenne en matière de protection des données et transfert de données vers des pays tiers: vaincre la peur de l'autre » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (sous la dir. de A. GROSJAN), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 192.

la protection offerte par le Règlement. Selon nous, le critère de la résidence initialement proposé permettait d'éviter ce genre de situation et d'assurer, dans une large mesure, que les individus protégés par la Règlement aient un lien étroit avec l'Union européenne²⁴².

Le critère de localisation des personnes concernées dans l'Union, tel que décrit par le Règlement, comporte également une autre lacune. S'agissant d'un traitement de données, plusieurs opérations sont possibles. Les données peuvent par exemple être collectées, enregistrées, conservées, diffusées ou encore échangées. La question centrale est donc de savoir laquelle de ces opérations est à prendre en compte pour établir la présence de la personne sur le territoire. Le Règlement reste imprécis à ce sujet.

ii) L'offre de biens ou de services à la personne concernée

Le Règlement s'applique au traitement des données de personnes localisées sur le territoire de l'Union qui est lié à « l'offre de biens et de service dans l'Union »²⁴³, sans qu'un contrat ou un paiement ne soient nécessaire²⁴⁴. Le Règlement se contente d'établir cette condition sans la définir davantage. Le considérant 23 fournit toutefois quelques indications quant à la mise en pratique de ce critère : « Afin de déterminer si un tel responsable du traitement [...] offre des biens ou des services à des personnes concernées qui se trouvent dans l'Union, il y a lieu d'établir s'il est clair que le responsable du traitement [...] envisage d'offrir des services à des personnes concernées dans un ou plusieurs États membres de l'Union » (nous soulignons). Comme le terme "envisager" le suggère, cette condition repose sur un élément subjectif, à savoir l'intention d'offrir des biens et des services à des personnes localisées dans l'Union, ce qui fait écho au critère, bien connue en droit de la consommation, du « ciblage »²⁴⁵. Notons que l'utilisation d'un tel critère avait déjà été préconisé par le G29²⁴⁶. En adoptant formellement ce critère, le Règlement rejette l'interprétation avancée par l'avocat général dans l'affaire *Google Spain* selon laquelle le critère du public ciblé n'est pas un facteur d'applicabilité territoriale²⁴⁷. La Cour, dans son arrêt a laissé ce point de côté en se focalisant exclusivement sur la présence d'un établissement du groupe Google en Espagne pour justifier l'application de la directive²⁴⁸. Les faits de l'affaire Google rentrent aujourd'hui clairement dans le champ d'application du Règlement, sans devoir même se pencher sur la relation entre Google Spain et Google Inc, dans la mesure où la société californienne Google Inc offre des services à des personnes situées dans l'Union européenne²⁴⁹.

²⁴² Il s'agit d'une opinion personnelle qui est également partagée par le professeur Kuner mais pas nécessairement par l'ensemble de la doctrine. D.J.B. Svantesson, par exemple, en se basant sur des exemples similaires aux nôtres, considère que le critère de la résidence est absurde et inapproprié (D.J.B. SVANTESSON, « The (Uncertain) Future of Online Data Privacy », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, p. 134).

²⁴³ Article 3 § 2 al. 1^{er}, RGPD.

²⁴⁴ J.-F. HENROTTE et F. COTON, *op.cit.*, p.190.

²⁴⁵ D.J.B. SVANTESSON, « The (Uncertain) Future ... », *op. cit.*, p.137. Pour une utilisation de ce critère en droit de la consommation, voir : Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, L 351, 20 décembre 2012, p. 1 (Bruxelles I bis), Article 17 § 1^{er} al. 3 ; Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L12, 16 janvier 2001, p.1, Article 15 §1^{er} c).

²⁴⁶ Avis 8/2010 du G29, p.28.

²⁴⁷ Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen sous l'arrêt *Google Spain*, point 57.

²⁴⁸ Arrêt *Google Spain*, point 49.

²⁴⁹ J.-F. HENROTTE et F. COTON, *op.cit.*, p.191.

Comment se matérialise ce critère du ciblage en matière de protection des données à caractère personnel ? Le Règlement est peu précis à ce sujet. Le considérant 23 indique que « la simple accessibilité du site internet du responsable du traitement (...) dans l'Union ne suffit pas pour établir cette intention ». Il semble donc que le Règlement ait adopté la suggestion du G29 de faire reposer ce critère sur « un ciblage poussé, en prenant en compte le lien effectif entre la personne et un État membre de l'UE »²⁵⁰. Le considérant 23 liste une série de facteurs qui permettent d'établir ce lien effectif, à savoir « l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie d'usage courant dans un ou plusieurs États membres, avec la possibilité de commander des biens et des services dans cette autre langue ou la mention de clients ou d'utilisateurs qui se trouvent dans l'Union ». Dans le même esprit, le G29 avait également souligné que des éléments tels que « l'affichage d'informations dans les langues parlées dans l'UE; la prestation de services ou la livraison de produits dans les États membres de l'UE; le fait que l'accessibilité d'un service soit subordonnée à l'utilisation d'une carte de crédit européenne; l'envoi de publicités dans la langue du destinataire ou pour des produits et services disponibles dans l'UE »²⁵¹ peuvent être des indices de l'intention de cibler des utilisateurs localisés dans l'Union.

Il est sans doute possible de s'inspirer du droit de la consommation pour interpréter cette condition du Règlement²⁵². Ce critère de "ciblage" ou de "la direction des activités" est utilisé par le règlement Rome I pour régler les conflits de lois à propos de contrats de consommation²⁵³ ainsi que par le règlement Bruxelles Ibis (antérieurement Bruxelles I)²⁵⁴ pour les questions de compétence. Dans l'affaire *Pammer et Alpenhof*²⁵⁵, la Cour a été amené à interpréter la notion « d'activité dirigée vers » de l'article 15 §1^{er} c) du Règlement Bruxelles I²⁵⁶ dans le cadre d'internet. Si des parallèles peuvent être aisément dressés entre cette jurisprudence et le Règlement, il convient de garder à l'esprit qu'il existe des différences substantielles entre les deux. D'une part, l'affaire *Pammer et Alpenhof* concerne la question de la compétence alors que l'article 3 du Règlement touche au droit applicable. D'autre part, la notion interprétée par la Cour est celle « d'activité dirigée » et non celle « d'offre de biens ou de services » qui inclut un éventail plus large d'activités²⁵⁷. Ayant ces deux considérations à l'esprit, il reste pertinent d'analyser la jurisprudence *Pammer et Alpenhof* dans la mesure où le considérant 23 laisse présager que la Cour, dans son interprétation de ce critère « d'offre de biens et de services », prendra un chemin semblable à celui emprunté en droit de la consommation.

Dans l'affaire *Pammer et Alpenhof*, la Cour précise tout d'abord que la notion « d'activité dirigée » renvoie « la volonté du commerçant d'établir des relations commerciales avec les

²⁵⁰ Avis 8/2010 du G29, p.36.

²⁵¹ Avis 8/2010 du G29, p. 36

²⁵² M. GÖMANN, *op.cit.*, p.585 ;

²⁵³ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE, L 177, 4 juillet 2008, p. 6. (Rome I), Article 16 et Considérant n°24.

²⁵⁴ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE, L 351, 20 décembre 2012, p. 1. (Bruxelles I bis), Article 17.

²⁵⁵ CJUE, 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Alpenhof*, Rec., 2010, p. I-12527 (ci-après « arrêt *Pammer et Alpenhof* »).

²⁵⁶ Depuis le 10 janvier 2015, date d'entrée en vigueur du règlement Bruxelles Ibis, cet article a été remplacé par l'article 17 §1

c) du nouveau règlement.

²⁵⁷ M. Taylor, « Permission and prohibitions ... », *op.cit.*, p.17

consommateurs » domiciliés sur le territoire d'un Etat membre²⁵⁸. La Cour poursuit ensuite en dressant une liste non exhaustive d'indices susceptibles d'établir cette volonté : « (...) la nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres (...) »²⁵⁹. Certains de ces éléments sont repris dans le considérant 23 du Règlement.

Les critiques faites au Règlement quant à cette approche du ciblage, peuvent être comprises à la lumière de cet arrêt *Pammer et Alpenhof*²⁶⁰. Ces auteurs critiquent le manque de prévisibilité et de sécurité juridique du critère car il laisse au juge le soin de déterminer *in fine* l'intention du responsable de traitement²⁶¹. Ces critiques ne sont pas propres au Règlement, elles sont identiques à celles formulées dans le cadre du droit la consommation. Pour le droit de la consommation, le Cour a toutefois "objectivé" ce critère éminemment subjectif en établissant dans l'arrêt *Pammer et Alpenhof* un certain nombre de facteurs permettant de déduire l'intention de cibler. Les indices identifiés par la Cour sont toutefois difficilement applicables en matière de protection des données. Alors qu'en droit de la consommation, des critères comme la langue ou la devise utilisée pour payer des produits peuvent permettre d'établir la volonté de l'auteur de cibler un État précis, ce n'est pas le cas pour le traitement des données²⁶². Par ailleurs, le Règlement n'a étrangement pas pris en considération l'impact des nouvelles technologies et il ne fait aucune référence aux techniques de géolocalisation dans la liste des facteurs susceptibles de déterminer s'il y a ciblage ou non. Cela suscite des interrogations, notamment celles de savoir si une société pourrait échapper à l'application du Règlement en mettant en place des techniques de "géoblocage"²⁶³.

iii) Le suivi du comportement de la personne concernée

Le Règlement est également applicable lorsque les activités de traitement d'un responsable établi à l'étranger sont liées au suivi du comportement de personnes se trouvant sur le territoire de l'Union²⁶⁴. Le Règlement ajoute que le comportement suivi doit lui-même prendre place dans l'Union. Sont donc exclu de son champ d'application les suivis de comportements de citoyens européens

²⁵⁸ Arrêt *Pammer et Alpenhof*, point 75.

²⁵⁹ Arrêt *Pammer et Alpenhof*, point 83.

²⁶⁰ D.J.B. SVANTESSON, « Extraterritoriality and targeting ... », *op.cit.*, p. 232 ; M. GÖMANN, *op.cit.*, p.586.

²⁶¹ D.J.B. SVANTESSON, « Extraterritoriality and targeting ... », *op.cit.*, p.232.

²⁶² D.J.B. SVANTESSON, « The (Uncertain) Future... », *op.cit.*, p.138.

²⁶³ D.J.B. SVANTESSON, « Extraterritoriality and targeting ... », *op.cit.*, p.232.

²⁶⁴ Article 3 §1 b).

réalisés durant leurs déplacements à l'étranger²⁶⁵. Tout comme pour le critère précédent, le Règlement n'explicite pas la notion de 'suivi du comportement'. Le considérant 24 apporte quelques éclaircissements. Il précise que pour qualifier une activité de traitement comme un suivi du comportement de la personne concernée, « il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit ». Il ressort clairement de ces propos que cette notion inclut le profilage²⁶⁶. Outre cet aspect, le débat reste ouvert quant à savoir d'une part quelle autre opération est susceptible de constituer "un suivi de comportement" et d'autre part si une certaine intensité du suivi est requise.

²⁶⁵ J.-F. HENROTTE et F. COTON, *op.cit.*, p.191.

²⁶⁶ M. GALLARDO MESEGUER, *op.cit.*, p.120.

CHAPITRE 3. L'OBJECTIF DU RÈGLEMENT : UNE EXTRATERRITORIALITÉ JUSTIFIÉE

Les objectifs poursuivis par une législation jouent un rôle important dans la détermination de son champ d'application, principalement sur deux plans. D'une part, le législateur tient souvent compte de la finalité de la norme lorsqu'il édicte des critères d'applicabilité. Cette démarche se reflète dans les lois protectrices en matière de droit de la consommation. Le critère de rattachement de la résidence habituelle découle de la finalité poursuivie par ces lois ; à savoir protéger les consommateurs²⁶⁷. Dans cette perspective, les objectifs poursuivis par une loi peuvent conduire à son application « à un ensemble de situations impliquant parfois des éléments localisés sur un autre territoire »²⁶⁸.

D'autre part, le domaine d'applicabilité spatial d'un instrument s'interprète généralement à la lumière de ses objectifs. En droit européen, ce constat s'impose avec d'autant plus de force que la Cour de Justice a souvent recours à l'interprétation téléologique, utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Van Gend & Loos*²⁶⁹. Comme le nom l'indique, cette méthode consiste à interpréter la loi en fonction de son *telos*, c'est-à-dire son but, ses valeurs défendues, son objet ou sa finalité, sans s'arrêter à sa lettre. Cette méthode d'interprétation a été largement utilisée dans le contexte d'internet pour définir le champ d'application territorial des législations européennes²⁷⁰. Les arrêts *Google Spain* et *Weltimmo* illustrent ce propos en matière de protection des données personnelles. Dans ces deux affaires, la Cour interprète les dispositions de la directive 96/46 à la lumière du droit fondamental à la protection des données et donne ainsi une interprétation particulièrement large au champ d'application de la directive²⁷¹.

Ces deux constats démontrent qu'il existe une corrélation certaine entre les objectifs poursuivis par la législation européenne et « la nécessité de couvrir des situations localisées dans des Etats tiers »²⁷². Contenu de ces considérations, il est nécessaire d'analyser l'objectif du Règlement et d'en tirer les conséquences au niveau de la détermination de son domaine d'application spatial. L'objectif premier du Règlement est indiscutablement de garantir le droit fondamental des citoyens européens à la protection de leurs données personnelles. Plusieurs éléments corroborent cette affirmation. Tout d'abord, les discussions précédant l'adoption du Règlement ainsi que les différentes communications de la Commission, indiquent très clairement l'intention du législateur européen de garantir le droit à la protection des données à travers ce nouvel instrument²⁷³. Ensuite, l'utilisation de l'article 16 TFUE

²⁶⁷ B. HAFTEL, « Droit international privé et immatériel – rapport français » in *L'immatériel – Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française – Journées Espagnoles*, Madrid, 2014, p.15.

²⁶⁸ S. FRANCO, *Applicabilité du droit communautaire...*, op.cit., p.72.

²⁶⁹ C.J.C.E, 5 février 1963, aff. 22-62, *Van Gend & Loos*, Rec.,1963, p.3.

²⁷⁰ C. KUNER, « The Internet and the Global Reach of EU Law », *LSE Working Papers*, 2017, p. 32: « The Court's current approach to defining the territorial scope of EU law on the Internet is largely based on the policy objectives that the law seeks to pursue ».

²⁷¹ P. de HERT et M. CZERNIAWSKI, op.cit., p.235. Cfr. Arrêt *Google Spain*, points 53 à 58 et arrêt *Weltimmo*, points 25, 26, 27, 30 et 31.

²⁷² S. FRANCO, « The external dimension ... », op.cit., p.98.

²⁷³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Une meilleure protection et de nouvelles perspectives - Orientations de la Commission relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018 », C.O.M. (2018) 43 final, p.1 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil,

comme base juridique traduit indéniablement la volonté d'élever le Règlement au rang d'un instrument de protection d'un droit fondamental²⁷⁴. Si le Règlement fait incidemment référence à l'article 114 TFUE, c'est dans le but de pouvoir amender la directive 2002/58/EC²⁷⁵. Enfin, le texte même du Règlement laisse transparaître l'importance accordée au droit fondamental. Le premier considérant du Règlement mentionne expressément l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 16 TFUE, deux instruments garantissant le droit de toute personne physique à la protection de ses données personnelles²⁷⁶. Davantage limpide, le considérant 166 qui précise explicitement que « protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel » est un objectif du Règlement.

Dans ce chapitre, nous allons analyser l'objectif poursuivi par le Règlement de garantir de manière effective et efficace le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. Nous repasserons sur l'historique ayant conduit à l'émergence du droit à la protection des données personnelles (section 1), pour nous interroger ensuite sur la « valeur ajoutée »²⁷⁷ de ce droit à la protection des données personnelles par rapport au droit au respect de la vie privée (section 2). Enfin, nous clôturerons ce chapitre par une réflexion sur la relation qu'entretient le droit à la protection des données personnelles avec les autres droits fondamentaux (section 3).

SECTION 1. HISTORIQUE

Sur le plan international, la protection des données a dans un premier temps été garantie par l'intermédiaire du droit à la protection de la vie privée. Le concept de droit au respect de la vie privée et familiale est d'abord apparu dans la déclaration universelle des droits de l'homme²⁷⁸, avant d'être protégé de manière beaucoup plus substantielle par l'article 8 ChUE²⁷⁹. En l'absence de textes spécifiques assurant la protection des données personnelles, c'est précisément par l'intermédiaire de cet article 8 et de l'interprétation évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme que la matière a été abordée dans un premier temps²⁸⁰. La Cour a interprété très largement l'article 8 de la Convention de manière à inclure dans la notion de droit au respect de la vie privée celle de protection des données²⁸¹. Face à la nécessité d'assurer une protection spécifique des individus contre un traitement

au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », *C.O.M.* (2010) 609 final, p.5.

²⁷⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des Régions – « Protection de la vie privée dans un monde en réseau /Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21e siècle », *C.O.M.* (2012) 9 final, p.3.

²⁷⁵ V. REDING, « The European data protection framework for the twenty-first century », *International Data Privacy Law*, 2012, p. 120.

²⁷⁶ Considérant n°1, RGPD.

²⁷⁷ O. LYNKEY, « Deconstructing Data Protection: The 'Added-value' of a right to data protection in the EU legal order », *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 569-597.

²⁷⁸ Déclaration universelle des droits de l'homme, signée à Paris le 10 décembre 1948, Article 12.

²⁷⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et Protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvés par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p.5028 (ci-après «CEDH»), Article 8.

²⁸⁰ L. TASSONE, « La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (sous la dir. de A. GROSJAN), Bruxelles, Larcier, 2015, p.54.

²⁸¹ Cour eur. DH, arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2000-II, point 65 ; Cour eur. DH, arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2000-V, point 43 ; Cour eur. DH, arrêt *Copland c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997-III, point 41.

abusif de leurs données personnelles, le Conseil de l'Europe a adopté en 1981, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel, connue sous l'appellation "Convention 108"²⁸². Il s'agit du premier instrument international juridiquement contraignant à vocation universelle, dédié spécifiquement à la protection des données²⁸³. Cette Convention a joué un rôle important dans le développement et la promotion du droit fondamental à la protection des données personnelles tant au niveau international qu'eupéen. La Convention a servi de cadre de référence pour l'adoption de législations nationales relatives à la protection des données personnelles²⁸⁴. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé la Convention 108 pour déterminer l'existence d'une éventuelle violation de l'article 8 CEDH²⁸⁵. La législation européenne, quant elle, reprend un grand nombre de principes de la Convention 108²⁸⁶.

Au niveau européen, la protection des données personnelles a été initialement conçue dans une "optique marché intérieur"²⁸⁷. La réception et l'implémentation de la Convention 108 se sont déroulées de façon diverse dans les différents Etats membres²⁸⁸. Consciente que ces divergences législatives pourraient porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur, l'Union européenne a adopté, après 4 ans de négociation, la directive 95/46²⁸⁹. Comme en témoigne l'article 1^{er} §2 de la directive et l'utilisation de l'article 114 TFUE comme base juridique, le but poursuivi par la directive est principalement d'assurer la libre circulation des données personnelles au sein du marché intérieur. Il est vrai que la préoccupation pour le droit des personnes à la protection de leurs données personnelles n'était pas totalement absente de la directive²⁹⁰. L'article 1^{er} §1 stipule que « les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel »²⁹¹. Cet aspect "droit fondamental" de la directive ressort avec davantage de vigueur de la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans plusieurs affaires, la Cour a mis en avant l'objectif de la directive de garantir le droit fondamental à la protection des données personnelles pour lui donner une interprétation extensive²⁹². Cela étant, comme la reconnu la Commission, l'objectif économique

²⁸² Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention n°108), faite à Strasbourg le 28 janvier 1981.

²⁸³ En 1980, les *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Data Flows of Personal Data* avaient déjà été adoptées mais il s'agit là d'un instrument international non contraignant.

²⁸⁴ G. GONZALEZ FUSTER, *The emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Etats-Unis, Springer International, 2014, p. 92. A titre d'exemple, le 'UK Data Protection Act 1984' a été très largement influencé par la Convention 108.

²⁸⁵ HUSTINX, « EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation », 2014, disponible sur <http://www.statewatch.org/news/2014/sep/eu-2014-09-edps-data-protection-article.pdf> (dernière consultation le 15 avril 2018), p. 7; L. Tassone, « La protection des données ... », op.cit., p.76. Voir à titre d'exemple : Cour eur. DH, arrêt *Z c. Finland* du 25 février 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997-I.

²⁸⁶ P. HUSTINX, op.cit., p. 9. Pour plus de détail voy. *supra* Titre III, Chapitre 2.

²⁸⁷ M. TAYLOR, « the EU's human rights obligations in relation to its data protection laws with extraterritorial effect », *International Data Privacy Law*, 2015, p.246

²⁸⁸ P. Hustinx, op.cit., p. 9.

²⁸⁹ Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, C.O.M. (90) 314 final, p.4 : « *The diversity of national approaches and the lack of a system of protection at Community level are an obstacle to completion of the internal market. If the fundamental rights of data subjects, in particular their right to privacy, are not safeguarded at Community level, the cross-border flow of data might be impeded...* ». P. de HERT et S. GUTWIRTH, « Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxembourg : constitutionalisation in action » in *Reinventing data protection ?* S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. de HERT, J. NOUWT ET C. de TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, p.5.

²⁹⁰ Avis 4/2007 du Groupe de travail "Article 29" sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, adopté le 20 juin 2007 (ci-après "Avis 4/2007 du G29"), p.4.

²⁹¹ Article 1§1, directive 'données personnelles'.

²⁹² Cfr. Arrêt *Google Spain*, points 53 à 58 et arrêt *Weltimmo*, points 25,26, 27, 30 et 31.

d'achèvement du marché intérieur est prédominant²⁹³. Ceci est par ailleurs confirmé par les nombreuses dispositions « *business-friendly* » incluses dans la directive²⁹⁴. Le Règlement met de côté cette perspective économique pour se focaliser sur le droit fondamental à la protection des données personnelles. En effet, le but du Règlement est avant tout de renforcer les droits individuels des citoyens européens en améliorant les possibilités de contrôle de leurs données personnelles ainsi qu'en leur fournissant les moyens d'être informé du traitement de ces données personnelles et d'exercer leurs droits²⁹⁵. Ce changement de perspective a été rendu possible par l'adoption de l'article 16 TFUE qui offre une nouvelle base juridique au législateur européen²⁹⁶.

SECTION 2. DISTINCTION ENTRE DROIT A LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Comme mentionné dans le texte ci-dessus, le droit à la protection des données personnelles trouve généralement ses origines dans le droit au respect de la vie privée et familiale²⁹⁷. Notons toutefois que certains Etats membres n'ont jamais envisagé la protection des données personnelles sous l'angle du droit à la vie privée²⁹⁸. Le droit à la protection des données est souvent envisagé par la doctrine comme étant une protection de vie la privée appliquée au monde digital²⁹⁹. Dans cet esprit, M. Hijmans considère que ces deux droits sont au niveau de la société de l'information, « les deux revers d'une même médaille », de sorte qu'il n'y a pas lieu de les distinguer³⁰⁰. Il est vrai que la jurisprudence des deux Cours, Strasbourg et Luxembourg, ainsi que le libellé de certains textes européens alimentent cette conception. Dans sa jurisprudence, la Cour de Justice a tendance à traiter le droit à la protection des données personnelles comme un substitut du droit au respect de la vie privée³⁰¹. A titre d'exemple, dans l'affaire *Volker*, la Cour se réfère indistinctement aux article 7 et 8 de la Charte, semblant ainsi ignorer les spécificités des deux droits³⁰².

Force est de constater toutefois que si ces deux notions interagissent entre elles, elles ne se superposent pas pour autant³⁰³. Au niveau de la Charte des droits fondamentaux, les deux droits ont

²⁹³ Commission of the European Communities, « First Report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC) », C.O.M (2003) 265 final, p.27 ; Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, C.O.M. (90) 314 final.

²⁹⁴ P. de HERT et S. GUTWIRTH, *op.cit.*, p.5.

²⁹⁵ V. REDING, « The European data protection... », *op.cit.*, p.124.

²⁹⁶ C. DOCKSEY, « Article 7 and 8 of the EU Charter: Two distinct fundamental rights », in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 96.

²⁹⁷ C. Docksey, *ibidem*, p. 71

²⁹⁸ G. GONZALEZ FUSTER, *op.cit.*, p. 268; P. de HERT et S. GUTWIRTH, *op.cit.*, p.9. En France, par exemple, la protection des données personnelles s'est construite sur base d'une conception large de la notion liberté. En Allemagne, ce sont les concepts de dignité et d'autodétermination garantis par la Constitution qui ont servis de principes directeurs dans le processus de régulation du traitement des données.

²⁹⁹ C. Docksey, *op.cit.*, p. 71

³⁰⁰ H. HIJMAN, *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU*, Suisse, Springer 2016, p.72.

³⁰¹ O. LYNKEY, *op.cit.*, pp. 6-7. Cfr. C.J.C.E, 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rechnungshof*, Rec., 2003, p. I-4989 (ci-après « arrêt *Rechnungshof* ») ; Rec., 2003, p. I-4989 C.J.U.E, 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, Rec., 2008, p. I-00271 ; C.J. (gde ch.), 9 novembre 2010, aff. Jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifer c. Land Hessen*, Rec., 2010, p. I-11063, points 52, 53 et 87 (ci-après « arrêt *Volker* »).

³⁰² H. KRANENBORG, « Article 8 – Protection of Personal Data », in *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD (éd.), Royaume-Uni, Hart, 2014, p.230. Cfr. arrêt *Volker* point 52

³⁰³ A. ROUVROY et Y. POULLET, « The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development : Reassessing the Importance of Privacy for Democracy » in *Reinventing data protection ?* S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. de HERT, J. NOUWT ET C. de TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, pp. 69-70

été garantis par des dispositions différentes : l'article 7 proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale alors que l'article 8 assure, quant à lui, la protection des données à caractère personnel. Cette consécration des deux droits dans des articles distincts laisse penser que « dans le contexte européen, la protection des données est sensée ajouter quelque chose à celle de la vie privée »³⁰⁴. Cela a été confirmé par G29 qui a noté que « la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre la protection des données à caractère personnel dans son article 8 comme un droit autonome, séparé et différent du respect de la vie privée, visé à l'article 7 de ladite charte »³⁰⁵ (nous soulignons). Dans l'affaire *Bavarian Lager*, la Cour a également souligné la spécificité du régime de protection des données personnelles vis-à-vis du droit au respect de la vie privée³⁰⁶. Dans l'affaire *Volker*, l'avocate générale Sharpston distingue les deux droits en déclarant que « deux droits distincts sont invoqués en l'espèce: un droit classique (la protection de la vie privée en vertu de l'article 8 de la CEDH) et un droit plus moderne (les dispositions de la convention n° 108 relatives à la protection des données) »³⁰⁷. La Cour n'a toutefois pas donné corps à ces propos³⁰⁸.

Malgré les débats doctrinaux "schizophréniques" sur la relation existante entre droit à la protection des données personnelles et celui du respect de la vie privée³⁰⁹, il est permis de conclure, au vu des considérations exposées plus haut, que les deux concepts sont étroitement liés mais non identiques³¹⁰. Le droit à la protection des données personnelles est à la fois plus et moins que le droit au respect de la vie privée et familiale³¹¹. D'une part, il est plus restreint que le droit au respect de la vie privée en ce sens qu'il ne concerne exclusivement et strictement que le traitement des données personnelles³¹². Le droit au respect de la vie privée couvre également d'autres aspects que cette dimension informationnelle, tels que « la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulgation de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscrétions injustifiables ou inadmissibles »³¹³. Par ailleurs, les personnes morales sont exclues du champ d'application personnelle du droit à la protection des données³¹⁴ mais peuvent par contre se prévaloir du droit au respect de la vie privée³¹⁵. D'autre part, la protection des données couvre l'ensemble des informations qui permettent d'identifier une personne indépendamment de leur impact sur la vie privée de cette dernière. En ce sens, le droit à la protection

³⁰⁴ Traduction libre de M. TZANOU, « Data protection as a fundamental right next to privacy ? 'Reconstructing a not so new right' », *IDPL*, 2013, p.90

³⁰⁵ Avis 4/2007 du G29, p.8

³⁰⁶ C.J.U.E (gd chr.), 29 juin 2010, aff. C-28/08 P., *Commission européenne c. The Bavarian Lager Co. Ltd, Rec.*, 2010, p. I-06055, point 60.

³⁰⁷ Conclusions de l'avocate générale Eléonore Sharpston sous l'arrêt *Volker*, point 71.

³⁰⁸ Arrêt *Volker*, points 47 et 52.

³⁰⁹ S. RODOTÁ, « Data Protection as a Fundamental Right » in *Reinventing data protection?* S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. de HERT, J. NOUWT ET C. de TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, p.77

³¹⁰ P. de HERT et E. SCHREUDERS, « The Relevance of Convention 108 (Rapport) », *Proceedings of the Council of Europe Conference on Data Protection*, Varsovie, 19–20 November 2000 : « *They are twins but not identical* ».

³¹¹ P. HUSTINX, *op.cit.*, p.5.

³¹² C. KUNER, « An international legal framework for data protection: issues and prospects », *Computer Law & Security Review*, 2009, Vol.25, p.309.

³¹³ Résolution 428 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 23 janvier 1970 portant « Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme », point 16.

³¹⁴ Article 2 (a) et Considérant n°2, directive 'données personnelles'; Considérant n°14, RGPD; arrêt *Volker*, points 52, 53 et 87 (ci-après « arrêt *Volker* »).

³¹⁵ J. KOKOTT et C. SOBOTTA, « The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR », *IDPL*, 2013, p. 225.

des données personnelles est plus large que celui du respect de la vie privée : « Toutes les données à caractère personnel ne sont pas susceptibles par leur nature de porter atteinte à la vie privée de la personne concernée »³¹⁶. Un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour illustre ce propos. Dans l'affaire *Rundfunk*, la Cour constate que « la simple mémorisation par l'employeur de données nominatives relatives aux rémunérations versées à son personnel ne saurait, comme telle, constituer une ingérence dans la vie privée »³¹⁷. Une telle opération constitue par contre un traitement de données personnelles tombant dans le champ d'application du droit à la protection des données. De plus, la vie privée n'est qu'une des valeurs que le droit à la protection des données entend garantir^{318,319}. Le droit à la protection des données est plus large puisqu'il cherche à protéger d'autres intérêts que le respect à la vie privée, comme le traitement licite et loyal des données, la sécurité et la qualité de ces dernières, le respect du principe de transparence ou encore de garantir le respect du principe de non-discrimination³²⁰.

SECTION 3. ARTICULATION AVEC LES AUTRES DROITS FONDAMENTAUX

Le droit à la protection des données n'est pas absolu « mais doit être pris en considération par rapport à sa fonction dans la société »³²¹. Conformément à l'article 52 ChUE, il peut faire l'objet de limitations. En cas de conflit avec d'autres droits fondamentaux, notamment le droit à la liberté d'opinion et d'expression, le droit à l'information ou encore la liberté d'entreprendre, le juge doit en principe opérer une mise en balance des intérêts en présence³²². S'il n'existe formellement pas de hiérarchie entre les différents droits fondamentaux, le raisonnement de la Cour de Justice dans les arrêts *Google Spain* et *Digital Rights Ireland* laisse toutefois penser qu'une certaine primauté est accordée au droit à la protection des données³²³. Dans l'arrêt *Google Spain*, la Cour a déclaré que les droits reconnus aux articles 7 et 8 ChUE « prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne »³²⁴. Dans l'affaire *Digital Rights*, il était demandé à la Cour d'apprécier la validité de la directive 2006/24 au regard de trois droits fondamentaux : le droit au respect de la vie privée (art. 7 ChUE), le droit à la protection des données personnelles (article. 8 ChUE) et le

³¹⁶ T.P.I.C.E. (3^e chr.), 8 novembre 2007, aff. 194/04, The Bavarian Lager Co. Ltd/Commission des Communautés européennes, *Rec.*, p. II-04523, point 119.

³¹⁷ C.J.C.E., 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rechnungshof, Rec.*, 2003, p. I-4989, point 74.

³¹⁸ L. BYGRAVE, *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, La Haye, Kluwer law international, 2002, p.125.

³¹⁹ L'utilisation du terme 'en particulier' dans l'article 1§1 de la directive démontre que la protection de la vie privée n'est qu'un seul des droits fondamentaux que le régime de protection des données personnelles entend garantir.

³²⁰ M. TZANOU, « Data protection as a fundamental right... », *op.cit.*, p.91.

³²¹ Arrêt *Volker*, point 48.

³²² Dans l'affaire *Google Spain*, l'avocat général avait souligné dans ses conclusions qu'« un équilibre doit être trouvé entre plusieurs droits fondamentaux, tels que la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté d'entreprise, d'une part, et la protection des données à caractère personnel et de la vie privée des individus, d'autre part » (Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen sous l'arrêt *Google Spain*, point 2).

³²³ C. KUNER, « A "Super-right" to Data Protection? The Irish Facebook Case & the Future of EU Data Transfer Regulation », *LSE Media Policy Project Blog*, 2014, disponible sur <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/06/24/a-super-right-to-data-protection-the-irish-facebook-case-the-future-of-eu-data-transfer-regulation/> (dernière consultation le 5 août 2018) ; M. TAYLOR, « The EU's human rights obligations ... », *op.cit.*, pp. 253 et 255.

³²⁴ Arrêt *Google Spain*, point 97.

droit à la liberté d'expression (art. 11 ChUE)³²⁵. Cependant, la Cour a considéré que dans la mesure où la directive 2006/24 viole les articles 7 et 8, il n'était pas nécessaire d'examiner sa validité au regard de l'article 11³²⁶. Alors qu'un constat de violation de la liberté d'expression aurait pu consolider sa décision d'annulation, la Cour préfère écarter complètement ce droit de son examen de validité de la directive.

A la lecture de ces deux arrêts, le droit à la protection des données peut être vu comme « *super right* »³²⁷ ou « *heavier right in terms of balancing tests* »³²⁸, qui prévaut sur les autres droits fondamentaux. Cette jurisprudence est largement critiquée par la doctrine qui y voit une menace pour les autres droits fondamentaux³²⁹. Une partie de la doctrine considère par exemple, que la consécration d'un "droit à l'oubli" particulièrement vaste dans l'affaire *Google Spain* est de nature à compromettre le droit à l'information et la liberté d'expression³³⁰. Notons que le Règlement autorise expressément un responsable de traitement à refuser l'effacement des données personnelles d'un individu exerçant son 'droit à l'oubli' lorsque le « traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'information et d'expression »³³¹. La charge de cette preuve est toutefois difficile à apporter et repose exclusivement sur les épaules du responsable de traitement³³². Cette jurisprudence fait également l'objet de critiques de la part d'Etats-tiers et surtout des Etats-Unis qui la perçoivent comme une censure de la liberté d'expression et d'entreprendre³³³.

³²⁵ Arrêt *Digital Rights*, points 23 à 25.

³²⁶ Arrêt *Digital Rights*, point 70.

³²⁷ C. KUNER, « A "Super-right" to Data Protection? The Irish Facebook Case & the Future of EU Data Transfer Regulation », *LSE Media Policy Project Blog*, 2014, disponible sur <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/06/24/a-super-right-to-data-protection-the-irish-facebook-case-the-future-of-eu-data-transfer-regulation/> (dernière consultation le 5 août 2018).

³²⁸ M. TAYLOR, « The EU's human rights obligations... », *op.cit.*, p. 255.

³²⁹ C. KUNER, « A "Super-right" to Data Protection ... », *op.cit.*; M. TAYLOR, « The EU's human rights obligations ... », *op.cit.*, p. 256.

³³⁰ M. FAZLIOGLU, « Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet », *International Data Privacy Law*, 2013, p.149; J. ROSEN, « The Right to be Forgotten », *Stanford Law Review*, 2012, disponible sur <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/> (dernière consultation le 2 août 2018), p. 89.

³³¹ Article 17§3 RGPD.

³³² J. ROSEN, *op.cit.*, p. 90.

³³³ C. KUNER, « Google Spain in the EU and International context », *MJ*, 2015, pp. 159-162. A titre illustrative de la réaction américaine : S. Baker, « Inside Europe's censorship machinery », *The Washington Post*, 8 septembre 2014, disponible sur https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/09/08/inside-europes-censorship-machinery/?noredirect=on&utm_term=.2b41970d1813 (dernière consultation le 5 août 2018).

CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Au terme de cette étude des critères d'applicabilité spatial du Règlement, un constat s'impose avec force : le Règlement est doté d'un champ d'application territorial extrêmement étendu. Il s'applique, en effet, tant à des responsables de traitement établis dans l'Union européenne que dans de Etats tiers. Cette expansion territoriale s'inscrit dans une approche centrée sur les individus et leur droit fondamental à la protection des données. En comparaison avec la directive, la localisation des individus dans l'Union devient ainsi un élément déterminant dans la définition du domaine d'applicabilité spatial de la législation européenne. Le Règlement s'applique aux responsables de traitement localisés à l'étranger qui opèrent des traitements de données à caractère personnel d'individus situés dans l'Union, liés à « l'offre de biens ou de service » ou au « suivi de leurs comportements ». L'analyse détaillée de ces critères d'applicabilité permet de comprendre pourquoi le champ d'application du Règlement est souvent qualifié d'extraterritorial. Cette extraterritorialité poursuit l'objectif d'assurer le respect du droit fondamental à la protection des données, non seulement à échelle européenne mais également en dehors des frontières de l'Union. Ce droit se voit par ailleurs reconnaître un statut spécifique par la jurisprudence européenne qui le place au-dessus des autres fondamentaux. Au vu de l'ensemble de ces éléments, on peut légitimement s'interroger sur le caractère raisonnable des prétentions extraterritoriales de l'Union européenne. Pour répondre à cette interrogation, nous développerons dans le dernier titre de ce mémoire quelques réflexions personnelles pour centrer le débat et proposer une nouvelle approche de l'extraterritorialité.

TITRE III. L'EXTRATERRITORIALITÉ DIFFÉRENCIÉE

Le champ d'application du Règlement, qualifié "d'extraterritorial", fait l'objet de nombreux débats en doctrine. Il est salué par les uns et critiqué par les autres. Dans les titres précédents, nous avons analysé ces discussions en définissant le concept théorique d'extraterritorialité (Titre I) et en approfondissant les critères d'applicabilité du Règlement (Titre II). Dans ce dernier titre, nous reprendrons l'ensemble des éléments présentés dans les parties précédentes pour développer notre propre vision critique du champ d'application du Règlement. Le Chapitre 1 reformule la problématique de l'extraterritorialité du Règlement comme étant celle de la définition uniforme de son champ d'application. Sur base de ce constat, le Chapitre 2 propose une nouvelle approche de l'extraterritorialité du Règlement.

CHAPITRE 1. LA PROBLÉMATIQUE : L'EXTRATERRITORIALITÉ UNIFORME

Avec les technologies actuelles et le phénomène de mondialisation, les données personnelles peuvent être potentiellement traitées partout dans le monde. Par conséquent, si l'Union européenne veut légiférer de manière effective en la matière, il lui faut nécessairement assortir ses législations d'un champ d'application territorial extrêmement étendu³³⁴. En ce sens, l'extraterritorialité du Règlement est inévitable. Mais plus encore, elle est également souhaitable et légitime. Le Règlement a été adopté en vue d'assurer la protection des données à caractère personnel des citoyens européens. Or, comme le souligne la Cour dans les arrêts *Google Spain* et *Weltimmo*, la protection complète et effective de ce droit fondamental requière une application extraterritoriale de la législation européenne³³⁵. D.J.B. Svantesson confirme ce constat en affirmant que « si les Etats n'étendent pas leur protection des données aux comportements de parties étrangères, ils ne peuvent assurer la protection effective de leurs citoyens. Cette protection doit être fournie indépendamment de l'origine géographique de l'attaque »³³⁶. M. Taylor va même plus loin en tirant du caractère fondamental du droit, une obligation pour l'Union européenne de respecter, protéger et mettre en œuvre le droit de ses citoyens à la protection de leurs données personnelles de manière extraterritoriale. Si l'existence d'une l'obligation négative "extraterritoriale" de respecter le droit fondamental ne fait pas débat, il en va autrement de l'obligation positive de le faire respecter³³⁷. M. Taylor considère que le droit international des droits de l'homme impose à l'Union européenne une obligation de s'assurer que les responsables de traitement établis à l'étranger ne violent pas le droit des citoyens européens à la protection de leurs données personnelles³³⁸. Cette opinion n'est toutefois pas partagée par l'ensemble de la doctrine³³⁹. Indépendamment de ce débat sur l'existence d'une obligation positive, l'Union européenne, appuyée par une grande partie de la doctrine, utilise ce raisonnement axé sur la protection d'un droit fondamental pour justifier l'application du Règlement à des parties localisées en-dehors de l'Union³⁴⁰ : « L'Union doit veiller à ce que le droit fondamental à la protection des données soit appliqué systématiquement »³⁴¹. « Les droits des personnes physiques doivent continuer d'être garantis lorsque des données à caractère personnel sont transférées de l'Union européenne vers des pays tiers, et dès que des prestataires de services établis dans des pays tiers ciblent des personnes physiques dans les Etats membres et utilisent

³³⁴ E. DIAZ DIAZ, « The new European Union General Regulation on Data Protection and the legal consequences for institutions », *Church, Communication and Culture*, 2016, P.210

³³⁵ P. de HERT et M. CZERNIAWSKI, *op.cit.*, pp. 234-235.

³³⁶ Traduction libre de D.J.B SVANTESSON, « Extraterritoriality in Data Privacy Regulation », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2012, p.95 ; D.J.B SVANTESSON, « A 'layered approach' ... », *op.cit.*, p. 278.

³³⁷ C. RYNGAERT, « Editorial: Symposium issue on extraterritoriality and EU data protection », *International Data Privacy Law*, 2015, pp. 223-224. L'obligation négative de respecter suscite peu de discussion car l'article 51 §1 de la Charte des droits fondamentaux dispose expressément que l'Union respecte les droits fondamentaux. Au contraire, la Charte ne fait pas référence à une obligation positive de protection.

³³⁸ M. TAYLOR, « The EU's human rights obligations... », *op.cit.*, pp. 246-256. Pour M. Taylor, l'obligation positive extraterritoriale de l'Union découle de la jurisprudence de la CEDH relative à la Convention européenne des droits de l'homme.

³³⁹ Christopher Kuner et Dan Svantesson insistent au contraire, sur la nécessité d'assigner des limites au champ d'application extraterritorial du Règlement.

³⁴⁰ C. RYNGAERT, *op.cit.*, p.223 ; M. TAYLOR, « The EU's human rights obligations... », *op.cit.*, p.255 ; M. TAYLOR, « Permissions and Prohibitions... », *op.cit.*, p. 16 ; C. KUNER, F. CATE, C. MILLARD et D.J.B SVANTESSON, « Editorial : The extraterritoriality of data privacy laws— an explosive issue yet to detonate », *International Data Privacy Law*, 2013, p.147.

³⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des régions – « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens », C.O.M. (2010) 171 final, p. 3.

ou analysent les données qui les concernent. Par conséquent, les normes de l'Union européenne en matière de protection des données doivent s'appliquer quelle que soit la localisation géographique d'une société ou de son service de traitement des données »³⁴².

L'objectif poursuivi par le Règlement de garantir le droit fondamental à la protection des données personnelles justifie son extraterritorialité. C'est plutôt dans la définition uniforme du champ d'application du Règlement que se situe la faiblesse de l'extraterritorialité. Toutes les dispositions du Règlement, indépendamment de leur contenu matériel, ont le même champ d'application spatial étendu. Une approche « *black or white* » est adoptée dans l'article 3 du Règlement³⁴³. En d'autres termes, soit un responsable de traitement tombe sous le champ d'application du Règlement et se voit appliquer le Règlement dans son entièreté, soit il échappe à l'ensemble des dispositions. Or, le Règlement contient une grande variété de règles matérielles substantiellement différentes. Il peut être raisonnable d'appliquer extraterritorialement certaines dispositions mais pas d'autres. Ainsi, le professeur Svantesson considère par exemple, qu'il est raisonnable d'exiger d'une entreprise américaine offrant occasionnellement des biens en ligne à des citoyens européens dans l'Union européenne de respecter l'article 5 du Règlement prévenant l'usage abusif de renseignements personnels. Par contre, il ne serait pas raisonnable selon lui d'exiger de cette même entreprise sans présence substantielle sur le marché européen de se conformer à l'onéreuse obligation d'établir un délégué européen à la protection des données³⁴⁴. Suivant la logique du législateur européen et l'objectif du Règlement, il est à notre sens, raisonnable que les dispositions touchant à l'« essence » du droit à la protection des données personnelles bénéficient *per se* d'un champ d'application extraterritorial mais non les dispositions qui ne sont que périphériques.

A présent que nous avons redéfini le problème de l'extraterritorialité du Règlement comme étant celui d'appliquer de manière uniforme des critères d'applicabilité à des dispositions matérielles substantiellement différentes, le prochain chapitre tentera de répondre à cette problématique en développant une nouvelle approche de l'extraterritorialité du Règlement.

³⁴² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des régions – « Protection de la vie privée dans un monde en réseau /Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21e siècle », C.O.M. (2012) 9 final, p.12.

³⁴³ C. KUNER, « The Internet and the Global Reach... », *op.cit.*, p.12.

³⁴⁴ D.J.B SVANTESSON, « Extraterritoriality and targeting... », *op.cit.*, p.23.

CHAPITRE 2. LA SOLUTION : L'EXTRATERRITORIALITÉ DIFFÉRENCIÉE

SECTION 1. LA DÉMARCHE, SES MÉRITES ET SES OBSTACLES

La démarche suivie est en apparence simple et intuitive. Elle part du constat que le Règlement comprend une grande variété de règles matérielles dont certaines touchent à "l'essence" du droit fondamental à la protection des données personnelles alors que d'autres non. Suivant la logique du législateur européen d'envisager l'extraterritorialité comme une manière de garantir un droit fondamental, seules les règles qui forment l'essence de ce droit peuvent par nature bénéficier d'un champ d'application spatial extraterritorial. Il convient dès lors de distinguer, au sein du Règlement, les règles matérielles qui protègent l'essence du droit à la protection de celles qui en assurent une protection périphérique, afin de leurs assigner un champ d'application territorial différent ou une "extraterritorialité différenciée". Au lieu d'avoir, comme c'est actuellement le cas, un champ d'application spatial unique pour l'ensemble du Règlement, les dispositions recevront un champ d'application plus au moins étendu en fonction des rapports entretenus avec le droit fondamental à la protection des données.

Sur un plan conceptuel, cette démarche permet de répondre aux critiques faites à l'encontre du domaine d'applicabilité spatial du Règlement en limitant son caractère extraterritorial. « Bien que l'Union européenne considère la portée extraterritoriale du droit à la protection des données comme découlant de son autorité à imposer des règles en vue de garantir les droits fondamentaux, elle est néanmoins consciente de la nécessité de définir les limites de cette extraterritorialité »³⁴⁵. En ce sens, la Cour de justice a précisé dans l'*affaire Bodil Lindqvist* que la législation en matière de protection des données personnelles n'avait pas vocation à s'appliquer à l'ensemble d'internet³⁴⁶. Le G29 a également souligné que les dispositions de la directive 95/46 relatives à son champ d'application territoriale pourraient avoir « des conséquences indésirables, telles qu'une possible application universelle du droit de l'Union »³⁴⁷. Le G29 avait à cet égard déjà suggéré en 2002 l'adoption d'une approche prudente et sélective, selon laquelle le droit européen ne s'appliquerait que lorsque « le besoin s'en fait sentir, que cette protection est utile et que le degré d'applicabilité de la directive est correct »³⁴⁸. C'est, à notre avis, dans cette notion d'essence du droit à la protection des données qu'il faut trouver les limites à l'application extraterritoriale du Règlement. Seules les dispositions du Règlement touchant à l'essence du droit bénéficieraient *per se* d'un champ d'application extraterritoriale.

La démarche proposée a également le mérite de rétablir un lien entre le champ d'application spatial du Règlement et les dispositions de droit matériel. Comme le soulignait D.J.B. Svantesson, il est

³⁴⁵ Traduction libre de D.J.B. SVANTESSON, « The extraterritoriality of EU data privacy law: Its theoretical justification and its practical effect on U.S. businesses », *Stanford Journal of International Law*, 2014, p.72.

³⁴⁶ C.J.C.E., arrêt *Bodil Lindqvist*, 6 novembre 2003, C-101/01, EU:C:2003:596, points 68 et 69.

³⁴⁷ Avis 8/2010 du G29, p.36.

³⁴⁸ Document de travail n°5035/01 du Groupe de Travail « Article 29 » sur l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE, WP 56, adopté le 30 mai 2002, p. 10.

difficile d'évaluer la validité d'une prétention extraterritoriale sans prendre en considération le droit matériel sous-jacent. Des revendications extraterritoriales peuvent se justifier si elles entendent rendre applicable certaines règles de droit matériel mais non si elles se rapportent à d'autres dispositions substantielles³⁴⁹.

Finalement, l'«extraterritorialité différenciée» permet de donner corps au principe abstrait du raisonnable. Comme repris dans le premier titre, le vrai débat de l'extraterritorialité du Règlement est de savoir si l'approche extraterritoriale adoptée est raisonnable et appropriée. Des concepts tels que "raisonnable", "balance d'intérêt", "intérêt légitime", "rattachement significatif" sont toutefois éminemment subjectifs et difficile à traduire en pratique. La nécessité de fournir au juge un point de référence pour évaluer le caractère raisonnable d'une application extraterritoriale et limiter ainsi son pouvoir discrétionnaire a été souligné³⁵⁰. La notion d'essence du droit fondamental pourrait constituer ce point de référence. Toutes prétentions extraterritoriales liées à l'essence du droit seraient en soi considérées comme raisonnables.

Sur un plan pratique, l'approche proposée de l'«extraterritorialité différenciée» rencontre toutefois deux difficultés majeures. Premièrement, les différentes dispositions du Règlement forment un tout cohérent ayant pour but d'assurer *in fine* la protection effective des données personnelles des citoyens européens. Un champ d'application différencié peut conduire à la situation paradoxale où une société étrangère est tenue de respecter certains principes mais non les aspects procéduraux qui en assurent la mise œuvre effective. Emettons par exemple, que l'article 5 du Règlement établissant entre autres, le principe de la limitation des finalités, soit considéré comme une disposition relative à l'essence du droit fondamental à la protection des données et bénéficie de ce fait d'un champ d'application extraterritorial. Au contraire, les dispositions relatives aux sanctions³⁵¹ et à l'obligation de communication à la personne concernée d'une violation de données personnelles³⁵² ne font pas en tant que tel partie du contenu essentiel du droit à la protection des données, dans la mesure où elles ne s'appliquent *a posteriori* qu'en cas d'atteinte à ce dernier³⁵³. Suivant la logique de l'«extraterritorialité différenciée», une société établie dans un Etat tiers qui traiterait des données personnelles de citoyens européens tomberait dans le champ d'application du Règlement pour ce qui concerne le respect du principe de limitation des finalités mais non pour les dispositions relatives aux sanctions et à l'obligation de communication. Ceci voudrait dire que si cette société collecte des données personnelles de citoyens européens à d'autres fins que celles initialement prévues, elle viole l'article 5 du Règlement. Cependant, l'obligation de communication ne bénéficiant pas d'un champ d'application extraterritorial, il est peu probable que les personnes concernées exercent effectivement leurs droits à défaut d'avoir été informées de cette violation. Par ailleurs, même si un recours devait être introduit, les sanctions prévues par le Règlements ne pourront être infligées, faute d'avoir un domaine d'applicabilité extraterritorial.

³⁴⁹ D.J.B. SVANTESSON, « The extraterritoriality of EU data... », *op.cit.*, p. 97.

³⁵⁰ C. KUNER, « Extraterritoriality and regulation... », *op.cit.*, p. 245.

³⁵¹ Article 83 et 84, RGPD.

³⁵² Article 34, RGPD.

³⁵³ D.J.B. Svantesson rangent d'ailleurs ces dispositions dans les catégorie 'Abus-prévention' et non pas dans celle de 'droit' (D.J.B. SVANTESSON, « A 'layered approach'... », *op.cit.*, pp. 278-286.

Force est de constater que dans cette hypothèse, le droit fondamental ne serait pas effectivement garanti.

Deuxièmement, l'"extraterritorialité différenciée" implique qu'il faille définir ce qui constitue l'"essence" du droit fondamental à la protection des données. Or, aucun texte de droit primaire ou droit dérivé ne définit le droit fondamental à la protection des données à proprement dit ni *a fortiori* son essence. Plusieurs auteurs soulignent le caractère vague de la notion d'essence qui ne prend véritablement corps qu'en fonction du contexte envisagé³⁵⁴. Ils attirent l'attention sur le fait que l'essence d'un droit n'est pas une notion qui peut se définir *in abstracto* dans la mesure où son contenu dépend du contexte envisagé, de l'« interprétation du moment » et « des éléments normatifs de chaque droit fondamental »³⁵⁵. Une autre difficulté conceptuelle provient du fait que la notion 'd'essence' est essentiellement utilisée en vue de déterminer le noyau intangible du droit qui ne peut en aucun cas faire l'objet de restrictions, limitations ou d'ingérence³⁵⁶. Le contenu de l'essence d'un droit fondamental n'apparaît alors qu'au travers de sa violation. Or, un droit peut être violé de manières différentes en fonction des circonstances de sorte qu'il peut y avoir plusieurs essences à un même droit³⁵⁷. Prenons l'article 47 ChUE qui garantit le droit fondamental à un recours effectif. Si une personne fait l'objet d'une condamnation sans qu'aucune possibilité de recours ne soit prévue dans la loi, l'essence du droit fondamental à un recours effectif est violée. Dans cette hypothèse, l'absence de voie de recours légale constitue une atteinte à l'essence du droit fondamental. Le droit sera également violé dans la situation opposée où la loi offre des voies de recours mais dont les délais sont tellement courts que dans les faits il est impossible de les exercer effectivement. Dans ce cas, la violation de l'essence du droit est liée à l'impossibilité d'exercer le droit et non plus à l'absence de reconnaissance légale du droit, comme c'était le cas précédemment³⁵⁸.

Il faut toutefois noter que le caractère fuyant et inconfortable de la notion n'implique pas nécessairement qu'il faille la rejeter et ne la rend pas *de facto* impropre à servir de base pour une théorie. Il est vrai que l'essence d'un droit est un concept aux contours flous et variables mais le droit, y compris le droit international privé, regorge de ce type de notions qui remplissent une certaine fonction³⁵⁹. Il suffit de penser aux concepts d'ordre public, de raisonnable, d'équité ou de proportionnalité. Par ailleurs, il faut, à notre sens, comprendre le caractère vague de la notion à la lumière de son caractère évolutif. Le contenu de la notion d'essence est destiné à être progressivement élaboré par la jurisprudence. J. Verhaegen évoque à cet égard, l'existence d'un « processus de

³⁵⁴ T. OJANEN, « Making the essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter », *European Constitutional Law Review*, 2016, pp.326 et s.; M. TZANOU, *The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Royaume-Uni, Hart, 2017, p.43.

³⁵⁵ T. OJANEN, *ibidem.*, p.326.

³⁵⁶ S. van DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 366 ; S. van DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « The Essence of Fundamental Rights in the ECHR's System: Searching for Sugar in Hot Milk? », Working Paper, 2018, p.2.

³⁵⁷ M. BRKAN, *The essence of the fundamental rights to privacy and data protection: Finding the way through the maze of the CJUE's constitutional reasoning*, Maastricht Faculty of Law Working Paper, 2017, p.13.

³⁵⁸ M. BRKAN, *ibidem.*, p.13.

³⁵⁹ Ch. Perelman explique que les notions à contenu variable sont souvent utilisées en vue d'arriver à des notions plus humaines et acceptables. C. PERELMAN, « Essai de synthèse » in *Les notions à contenu variable en droit* (sous la dir. de C. PERELMAN et R. Vander ELST), Bruxelles, Bruylant, 1984, p.366.

recherche et de mise en évidence de concept spécificateurs par lesquels les organes d'application du droit, que chassant le vague de la notion, parviennent à en dégager certaines déterminations concrètes ou en tout cas moins abstraites »³⁶⁰. Ce propos sera développé dans la prochaine section.

SECTION 2. L'ESSENCE DU DROIT FONDAMENTAL À LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

1. L'essence, une notion en construction

L'approche préconisée d'adopter un champ d'application différencié implique qu'il faille déterminer le contenu de l'essence du droit fondamental à la protection des données personnelles afin d'identifier les dispositions du Règlement s'y afférant.

La notion "d'essence" est bien connue en philosophie : « l'essence coïncide avec ce qu'il y a de plus intime et de presque secret dans la nature de la chose, bref ce qu'il y a en elle d'essentiel »³⁶¹. Ce concept aux résonnances philosophiques a été repris par le droit. La Charte des droits fondamentaux se réfère explicitement au « contenu essentiel des droits et libertés » (dans la version anglaise, le terme "essence" est utilisé)³⁶². La notion apparaît aussi dans les constitutions de nombreux Etats membres³⁶³. A titre d'exemple, l'article 19 §2 de la Loi fondamentale allemande dispose qu'« il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental »³⁶⁴. Dans le même ordre d'idées, les constitutions espagnoles et portugaises garantissent la protection du 'contenu essentiel' (*contenido esencial*³⁶⁵, *conteudo essencial*³⁶⁶) des droits fondamentaux. Le concept a également été utilisé à plusieurs reprises par la Cour de Justice³⁶⁷ ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme³⁶⁸, dans leur jurisprudence respective.

Quant au Règlement, il fait explicitement référence dans son article 9 concernant le traitement de données sensibles, à la notion d'essence du droit à la protection des données. Le Règlement autorise le traitement des données personnelles sensibles, notamment lorsque le traitement est nécessaire « pour des motifs d'intérêt public important » ou « à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques », qu'il respecte « l'essence du

³⁶⁰ J. VERHAEGEN, « Notions floues en droit pénal » in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp.10-11.

³⁶¹ É. GILSON, *L'Être et l'essence*, 3^e éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, p.20.

³⁶² Article 52 ChUE.

³⁶³ M. BRKAN, « The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core », *European Constitutional Law Review*, 2018, p.2.

³⁶⁴ Traduction empruntée à F. DELPERÉE, M.VERDUSSEN et K. BIVER, *Recueil des constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 887 : " In Keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden".

³⁶⁵ Article 53 § 1, de la Constitution espagnole.

³⁶⁶ Article 18, de la Constitution portugaise.

³⁶⁷ Cfr. C.J.C.E., 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Kjell Karlsson e.a*, Rec., 2000, p.I-02737, point 45 ; C.J.C.E., 11 juillet 1989, aff. C-265/87, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, Rec., 1989, p.02237, point 15 ; C.J.C.E., 13 décembre 1979, aff. C- 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, Rec.,1979, p.03727, points 23 et 30.

³⁶⁸ Cfr. Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A n° 18, pp.16-18, §38 ; Cour eur. D.H., arrêt *Prince Hans- Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, 12 juillet 2001, Rec. Cour eur. D.H., 2001-VIII, §44 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mürsel Eren c. Turquie*, 7 février 2006, Rec. Cour eur. D.H., 2006-II, §44.

droit à la protection des données » et prévoit des mesures appropriées³⁶⁹. Le Règlement mobilise également indirectement le concept d'essence à travers la mise en place d'un système de décisions d'adéquation³⁷⁰. En vertu de l'article 45 du Règlement, la Commission peut adopter une décision autorisant le transfert de données personnelles de l'Union vers un Etat tiers qui offre un niveau adéquat de protection « essentiellement équivalent » à celui garanti dans l'ordre juridique européen³⁷¹. La Commission devra en substance, évaluer si les éléments essentiels du droit fondamental à la protection des données se trouvent garantis dans le système étranger, ce que la Cour vérifiera *a priori*³⁷². Dans l'arrêt *Schrems*, la Cour s'est précisément basée sur cette notion de contenu essentiel pour invalider l'accord "Safe Harbor" (ou "sphère de sécurité") encadrant le transfert de données personnelles de l'Europe vers les Etats-Unis³⁷³. La Cour a jugé que le régime américain de la sphère des données portait atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée d'une part et à celui d'une protection juridictionnelle effective, d'autre part³⁷⁴. On notera que la Cour fait référence au contenu essentiel du droit au respect de la vie privée et non à celui de la protection des données personnelles. Ce constat s'explique par l'assimilation jurisprudentielle existante entre ces deux droits³⁷⁵. Il semble donc que contrairement au libellé de l'arrêt, l'essence du droit à la protection des données se trouve bien au cœur du système d'adéquation. Cette interprétation est corroborée par la doctrine qui mentionne l'arrêt *Schrems* comme étant la première consécration d'une violation de l'essence à la fois du droit à la vie privée et de celui de la protection des données personnelles³⁷⁶. La Cour de Justice, dans son avis 1/15, va également dans ce sens. La Cour apprécie la validité de l'accord négocié entre l'Union européenne et le Canada sur le transfert des données des dossiers passagers (accord "PNR" en anglais)³⁷⁷, au regard non seulement du contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée mais également de celui à la protection des données personnelles³⁷⁸.

Tout ceci démontre que le concept d'essence du droit fondamental est connu de la discipline juridique. Mais ces différents textes se contentent de mentionner la notion "d'essence du droit" sans en expliciter le contenu. Le Règlement n'échappe pas à la règle. Il ne liste pas l'essentiel des droits à la protection des données. La jurisprudence et la doctrine ne fournissent pas non plus de définition claire et précise du concept³⁷⁹. E. Özüncü ne livre rien d'autre à cet égard, qu'une tautologie en définissant

³⁶⁹ Article 9 §2 g) et article 9§2 j), RPDG.

³⁷⁰ Nous remercions le professeur Kuner pour avoir attiré notre attention sur ce point.

³⁷¹ Considérant n°104, RPDG.

³⁷² C. KUNER, C. KUNER, « The European Union and the Search ... », *op. cit.*, p.70 ; Commission européenne, « Bouclier de protection des données: il faut trouver une solution plus robuste et plus durable », *Communiqué de presse, EDPS/2016/11*, 30 mai 2016, p.1.

³⁷³ Décision (CE) 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 215, du 26 juillet 2000, pp. 7- 47.

³⁷⁴ Arrêt Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, C-362/14, EU:C:2015:650 (ci-après "arrêt *Schrems*"), points 94 et 95.

³⁷⁵ Voy. Titre II, Chapitre 3, section 2.

³⁷⁶ H.C.H. HOFMANN, « The Essence of EU Fundamental Rights and their Global Reach », 2 Mai 2016, disponible sur <https://rsiblog.blogactiv.eu/2016/05/02/schrems/> (dernière consultation le 15 juillet 2018).

³⁷⁷ Décision (2006/230/CE) du Conseil du 18 juillet 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données, IPV/DP, *J.O.U.E.*, L 82/14, du 21 mars 2006, p. 14-14.

³⁷⁸ Avis 1/15 du 26 juillet 2017, C-1/15, EU:C:2017:592, point 150.

³⁷⁹ S. van DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « The Essence of Fundamental Rights in the ECHR's System: Searching for Sugar in Hot Milk? », Working Paper, 2018, p.2.

l'essence d'un droit (*the core*) comme étant « la partie du droit qui est essentiel à sa définition »³⁸⁰. Instinctivement, on comprend que l'essence d'un droit fondamental se réfère à « sa quiddité, aux éléments sans lesquels le droit cesse d'être lui-même, d'être 'authentique' et par conséquent, n'a plus aucune valeur pour ses bénéficiaires »³⁸¹, sans qu'il ne soit toutefois possible d'identifier exactement ce que renferme la notion. Si cette impossibilité de définir de manière claire et précise l'essence du droit peut *prima facie* paraître inconfortable, elle s'explique par le fait qu'il s'agit d'une 'notion en construction' dont le contenu est élaboré par les cours et tribunaux³⁸². La jurisprudence européenne en matière de citoyenneté est évocatrice à cet égard. La Cour de Justice a développé la notion de « jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à la citoyenneté » pour étendre la protection offerte par le droit européen³⁸³. Elle a ainsi utilisé la notion pour octroyer des droits à des ressortissants d'Etat tiers dans des situations purement internes, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le citoyen européen n'a pas fait usage de sa libre circulation. « Sans qu'il existe une liste de ces droits »³⁸⁴, la Cour a, au fil de sa jurisprudence, construit « pierre par pierre »³⁸⁵ la notion "d'essentiel des droits". Elle a progressivement identifié un noyau dur de droits des citoyens considéré comme étant l'« essentiel » de leurs droits.

Cette notion d'essentiel des droits des citoyens européens a été utilisée pour la première fois dans *l'affaire Ruiz Zambrano*. Cette affaire concernait le droit de séjour de ressortissants d'Etats tiers, en l'occurrence la Colombie, ayant à charge des enfants de nationalité belge. La Cour énonce comme principe que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »³⁸⁶. La Cour reprend ainsi l'idée déjà développée dans *l'affaire Rottman* qu'un citoyen européen ne peut être privé des droits attachés à sa citoyenneté³⁸⁷. Elle poursuit en concluant que dans le cas d'espèce, le refus d'octroyer un droit de séjour et un permis de travail à ces parents colombiens dans l'Etat membre où résident leurs enfants en bas âge, ressortissants dudit Etat membre, aurait pour effet de priver des citoyens européens de l'essentiel de leurs droits³⁸⁸. A la suite de cet *arrêt Ruiz Zambrano*, des doutes subsistaient quant au contenu exact de l'essentiel des droits du citoyens³⁸⁹. Particulièrement discutée en doctrine, la question de savoir si le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale était compris dans la notion d'essentiel des droits³⁹⁰.

³⁸⁰ E. ÖRÜCÜ, « The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits » in *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, T. CAMPBELL, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 38.

³⁸¹ Traduction libre de S. van DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, *op.cit.*, p.3.

³⁸² T. OJANEN, *op.cit.*, p.322.

³⁸³ S. van DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, *op.cit.*, p. 7.

³⁸⁴ S. SAROLEA, « Eloge de la mobilité : là où le binational devient citoyen », *Cahiers EDEM*, novembre 2017, p.6.

³⁸⁵ Traduction libre de « stone by stone » : K. LENAERT, « EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach », *International Comparative Jurisprudence*, 2015, p. 1-2.

³⁸⁶ C.J.U.E (gde.ch.), 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, *Rec.*, 2011, p. I-01177 (ci-après "*arrêt Ruiz Zambrano*"), point 42.

³⁸⁷ S. CORNELOUP, « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *Recueil Dalloz*, 2011, p.1326. Cfr. C.J.U.E (gde.ch.), 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, *Rec.*, 2010, p.I-01449, points 49 et 56.

³⁸⁸ *Arrêt Ruiz Zambrano*, point 43.

³⁸⁹ H. GICQUEL, « Précisions sur le critère de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union : la Cour de Justice, pompier pyromane ? », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2011, disponible sur <https://revue-jade.eu/article/view/142> (dernière consultation le 20 juillet 2018).

³⁹⁰ K. LENAERT, « EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach », *International Comparative Jurisprudence*, 2015, p.6.

La Cour a été amenée à se pencher à nouveau sur la notion d'essentiel des droits des citoyens européen dans l'affaire *McCarthy*. L'affaire concernait cette fois, le droit de séjour d'un ressortissant Jamaïcain, époux d'une ressortissante britannique, M^{me} McCarthy, résidant au Royaume-Uni mais possédant également la nationalité irlandaise. Si l'essentiel des droits correspondait comme le soutiennent certains auteurs, au droit à la vie familiale, la Cour aurait dû appliquer la même solution aux relations matrimoniales que celle dégagée dans l'affaire *Ruiz Zambrano* pour les relations entre parents et enfants. Mais la Cour a écarté du contenu de la notion d'essentiel des droits, le droit fondamental à vivre en famille. Elle a considéré que l'expulsion du mari de M^{me} McCarthy, n'avait « pas pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union »³⁹¹. Contrairement à l'affaire *Ruiz Zambrano*, la mesure nationale en cause ne conduit pas à ce que M^{me} McCarthy doive quitter le territoire de l'Union dans la mesure où elle bénéficie en vertu du droit international, d'un droit de séjour inconditionnel au Royaume-Uni³⁹².

La Cour a par la suite clarifié la portée exacte des arrêts *Ruiz Zambrano* et *McCarthy* en précisant ce qu'il y avait lieu d'entendre par l'essentiel des droits: « Le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'UE se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'Etat membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble »³⁹³. La Cour définit ainsi la notion par rapport à ses conséquences puisque l'essentiel des droits du citoyen européen sera en cause uniquement si le refus d'un droit de séjour à un membre de sa famille a pour conséquence de l'obliger à quitter le territoire de l'Union³⁹⁴. La Cour apprécie ce critère de manière très stricte : « Le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un Etat membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un Etat membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'était pas accordé »³⁹⁵.

Dans l'arrêt *Chavez*, la Cour s'oriente prudemment vers une conception de l'essentiel des droits davantage liée aux droits de l'homme. Dans cette affaire, l'obligation de quitter le territoire n'est plus appréciée d'un point de vue purement matériel mais au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour considère que pour évaluer si un citoyen européen est contraint de quitter le territoire et est ainsi « privé de la jouissance effective de l'essentiel des droits que lui confère l'article 20 TFUE », il y a lieu de déterminer « s'il existe une relation de dépendance effective entre celui-ci et le parent ressortissant d'un

³⁹¹ C.J.U.E., 5 mai 2011, aff. C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, Rec., 2011, p.I-03375 (ci-après "arrêt *McCarthy*"), point 49.

³⁹² Arrêt *McCarthy*, point 49.

³⁹³ C.J.U.E., (gde. ch.), 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, Rec., 2011, p.I-11315 (ci-après "arrêt *Dereci*"), point 66.

³⁹⁴ H. GICQUEL, *op.cit.*

³⁹⁵ Arrêt *Dereci*, point 68.

pays tiers »³⁹⁶. La Cour précise que dans le cadre de cette appréciation, il faut tenir compte du droit au respect de la vie familiale (article 7 ChUE) ainsi que de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 24 ChUE)³⁹⁷.

En conclusion, l'analyse de cette jurisprudence en matière de citoyenneté démontre que la notion "d'essence du droit" est une notion qui se construit jurisprudentiellement à travers des cas particuliers et qui ne peut donc être défini *a priori* de manière abstraite. Le contenu essentiel du droit fondamental à la protection des données devra donc *in fine* être déterminé par la Cour de Justice, dans une démarche comparable à celle entreprise en matière de citoyenneté. La Cour s'est d'ailleurs déjà référée à plusieurs reprises à l'essence du droit à la protection des données. Dans l'affaire *Digital Rights*, la Cour a jugé qu'une réglementation prévoyant la conservation généralisée et indifférenciée des données ne portait pas atteinte « au contenu essentiel du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, consacré à l'article 8 de la Charte », dans la mesure où elle imposait également de respecter certains principes de protection et de sécurité³⁹⁸. Ces principes de protection et de sécurité concernent la mise en place de « mesures techniques et organisationnelles appropriées contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte ou l'altération accidentelle des données »³⁹⁹. La Cour a par contre souligné que le contrôle effectué sur base du droit de l'Union, par une autorité indépendante du respect des exigences de protection et de sécurité, « constitue un élément essentiel du respect de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel »⁴⁰⁰. Dans l'affaire *Tele2 Sverige AB*, la Cour réitère sa jurisprudence *Digital Rights* en déclarant qu'une réglementation imposant une obligation générale et indifférenciée de conservation des données sans toutefois autoriser la conservation de leur contenu, n'est pas de nature à porter atteinte au contenu essentiel des droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte⁴⁰¹. Dans son Opinion 1/15, la Cour considère que le projet d'accord PNR ne viole pas le contenu essentiel du droit à la protection des données dans la mesure où il respecte le principe de la limitation des finalités du traitement et établit des « règles destinées à assurer, notamment, la sécurité, la confidentialité et l'intégrité de ces données, ainsi qu'à les protéger contre les accès et les traitements illégaux ». A la lecture de cette Opinion, il apparaît donc que le principe de la limitation des finalités est un élément essentiel du droit à la protection des données⁴⁰². A la lumière de l'arrêt *Digital Rights* et de l'Opinion 1/15, il semble que les principes de sécurité et de protection des données font partie du contenu essentiel du droit à la protection des données⁴⁰³. Peut-être en adoptant cette approche, la Cour entend suggérer que « l'essence du droit ne se définit pas par rapport à l'objectif qu'il poursuit (tel que protéger l'intimité des individus ou leurs accorder une maîtrise de leurs données personnelles) mais plutôt par rapport aux moyens qui permettent de garantir la protection des données personnelles »⁴⁰⁴.

³⁹⁶ Arrêt *H. C. Chavez-Vilchez et autres c Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank et autres*, C-133/15, EU:C:2017:354 (ci-après « arrêt Chavez ») point 70.

³⁹⁷ Arrêt *Chavez*, point 70.

³⁹⁸ Arrêt *Digital Rights*, point 40.

³⁹⁹ Arrêt *Digital Rights*, point 40.

⁴⁰⁰ Arrêt *Digital Rights*, point 68.

⁴⁰¹ Arrêt *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970, point 101.

⁴⁰² M. BRKAN, « The essence of the fundamental rights to privacy ... », *op. cit.*, p.13. Le principe de la limitation des finalités est consacré à l'article 5 RGPD et 8 ChUE.

⁴⁰³ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015, p.172.

⁴⁰⁴ O. LYNKEY, *ibidem*, p.172.

Cet aperçu de la jurisprudence actuelle en matière de protection des données personnelles révèle son caractère fort disparate et l'impossibilité corrélative d'en dégager les contours précis de la notion d'essence⁴⁰⁵. Dans sa jurisprudence future, la Cour empruntera peut-être le chemin tracé en matière de citoyenneté et s'emploiera à définir avec davantage de consistance et de rigueur le contenu spécifique de l'essence du droit fondamental à la protection des données. A l'inverse, il est possible que la Cour continue de définir au cas par cas s'il y a violation de l'essence du droit sans donner à la notion un contenu autonome et suivre ainsi la vision défendue par certains auteurs de réduire l'essence d'un droit fondamental à une notion purement factuelle et changeante. Une chose est certaine, le Règlement faisant référence à plusieurs reprises à l'essence du droit à la protection des données, la Cour sera amenée tôt ou tard à se pencher sur la notion mais la jurisprudence actuelle laisse la porte ouverte quant à savoir quelle voie sera empruntée.

2. L'essence, une notion opérant dans un cadre juridique défini

Si l'essence du droit à la protection des données ne peut être définie *in abstracto*, un auteur soulignait toutefois l'importance pour la Cour d'avoir un certain cadre normatif dans lequel opérer⁴⁰⁶. Nous émettons ici trois pistes qui pourraient diriger la Cour dans l'élaboration du contenu essentiel du droit à la protection des données.

i) La Convention n° 108

La Convention 108 du Conseil de l'Europe est le premier instrument contraignant adopté en matière de protection des données. Comme le souligne la Commission européenne, « les principes généraux énoncés dans la Convention du Conseil de l'Europe sont une référence à prendre en compte car ils constituent déjà une base commune pour les pays l'ayant ratifié. Ainsi, tout en adoptant des solutions compatibles avec celles de la Convention, la directive complète ces principes généraux afin d'établir une protection (...) de haut niveau »⁴⁰⁷. Aussi bien la directive que le Règlement entretiennent une relation étroite avec cet instrument international. Le considérant 11 de la directive et 105 du Règlement témoignent de cette interaction. Le considérant 11 de la directive établit que les principes de la protection des droits et des libertés des personnes contenus dans la directive amplifient ceux de la Convention n° 108. Le considérant 105 du Règlement, quant à lui, invite la Commission à prendre en compte l'adhésion à la Convention n° 108 lors de l'évaluation de l'adéquation du système étranger. Bien que la Convention n° 108 ait originairement inspiré l'adoption des textes européens en matière de protection des données⁴⁰⁸, elle a récemment fait l'objet d'une réforme en vue précisément de maintenir

⁴⁰⁵ M. BRKAN, *In search of the concept of essence of EU fundamental rights through the prism of data privacy*, Maastricht Working Papers, 2017, p.5.

⁴⁰⁶ C. KUNER, « International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage: Opinion 1/15, *EU-Canada PNR* », *Common Market Law Review*, 2018, p.876.

⁴⁰⁷ Première proposition de directive, exposé des motifs, p.18.

⁴⁰⁸ N. Deffains, *Traitement de données à caractère personnel et droit au respect de la vie privée devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Techniques et droit humain, Actes du Colloque organisé du 20 au 23 avril 2010, Montchrestien 2011, p. 253.

une cohérence avec le cadre européen⁴⁰⁹. La Commission a déclaré que le texte de Convention modernisé reflète « les mêmes principes que ceux consacrés dans les nouvelles règles de l'UE en matière de protection des données, contribuant ainsi à la convergence vers un ensemble de normes élevées en matière de protection des données »⁴¹⁰. Il nous semble que cette convergence peut aider à identifier l'essence du droit à la protection des données personnelles. Le Chapitre II de la Convention édicte une série de principes de base pour la protection des données qui se retrouvent également au niveau européen : le principe de loyauté et de licéité⁴¹¹, le principe de finalité⁴¹², le principe d'exactitude⁴¹³, le principe de la limitation de la durée de conservation des données⁴¹⁴ et le principe de proportionnalité^{415,416}. Parmi les garanties offertes aux personnes concernées, le Règlement et la directive reprennent de la Convention 108, le droit d'accès⁴¹⁷, le droit de rectification⁴¹⁸ et le droit de recours en cas de contestation^{419,420}.

ii) La Charte des droits fondamentaux

Lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments essentiels du droit fondamental à la protection des données, le point de départ naturel est la Charte des droits fondamentaux et plus spécifiquement son article 8⁴²¹. L'article 8 ChUE limite le pouvoir législatif discrétionnaire octroyé par l'article 16 TFUE en matière de données personnelles. Lorsque le législateur européen adopte une législation sur base de l'article 16 TFUE, il est tenu de respecter les "éléments essentiels" du droit fondamental à la protection des données tels que consacrés à l'article 8 ChUE⁴²². Après avoir rappelé que « toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel », l'article 8 ChUE établit 6 principes applicables à tout traitement de données personnelles : le principe de loyauté (1), le principe de la spécification et limitations des finalités (2), le principe de légitimité (3), le droit d'accès (4), le droit de rectification (5), le

⁴⁰⁹ Rapport explicatif de la Convention 108 telle que modifiée par le Protocole d'amendement, Série des traités du Conseil de l'Europe n° 223, 2018, p.2.

⁴¹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Échange et protection de données à caractère personnel à l'ère de la mondialisation », C.O.M. (2017) 7 final, p.13.

⁴¹¹ Les données à caractère personnel doivent être « traitées de manière licite et loyale » (Article 5 §1^{er} al.1, RGPD).

⁴¹² Les données à caractère personnel doivent être « collectées pour des finalités explicites, déterminées et légitimes et ne pas être traitées de manière incompatible avec ces finalités » (Article § 1^{er} al.2, RGPD).

⁴¹³ Les données à caractère personnel doivent être « exactes et, si nécessaire, tenues à jour » (Article 5 §1^{er} al.4, RGPD).

⁴¹⁴ Les données à caractère personnel « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont traitées » (Article 5 §1^{er} al.5, RGPD).

⁴¹⁵ « Le traitement de données doit être proportionné à la finalité légitime poursuivie et refléter à chaque étape du traitement un juste équilibre entre tous les intérêts en présence, qu'ils soient publics ou privés, ainsi que les droits et les libertés en jeu » (Article 5 §1^{er} al.3, RGPD).

⁴¹⁶ C. TERWANGNE, « La réforme de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel » in *Quelle protection des données personnelles en Europe ?* (sous la direction de C. CASTETS-RENARD), Bruxelles, Larciér, 2015, pp.81-120; L. COUDRAY, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne : Naissance et consécration d'un droit fondamental*, Allemagne, Éditions universitaires européennes, Allemagne, 2010, p.94.

⁴¹⁷ Toute personne a « le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel » et obtenir un certain nombre d'informations (Article 15 RGPD).

⁴¹⁸ Toute personne a « le droit d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes » ainsi que de faire compléter celles qui sont incomplètes (Article 16, RGPD).

⁴¹⁹ Toute personne a « le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement, dans les meilleurs délais, de données à caractère personnel la concernant » lorsqu'il peut se prévaloir de certains motifs (Article 17, RGPD).

⁴²⁰ L. COUDRAY, *op.cit.*, p.94.

⁴²¹ M. TZANOU, « Data protection as a fundamental right... », *op.cit.*, p. 97.

⁴²² C. DOCKSEY, *op.cit.*, p.96.

principe du contrôle indépendant (6)^{423,424}. C. Kuner assimile ces principes aux éléments essentiels du droit fondamental à la protection des données⁴²⁵.

iii) Le Groupe de travail « Article 29 »

Comme nous l'avons vu précédemment, le Règlement et la directive instaurent un mécanisme d'adéquation⁴²⁶. Ils autorisent le transfert de données à caractère personnel en-dehors de l'Union européenne si la Commission constate par une décision d'adéquation, que le pays tiers concerné « assure un niveau de protection adéquat »⁴²⁷. Le "principe de protection adéquate" « exige que le droit fondamental à la protection des données soit garanti, y compris lorsque des informations à caractère personnel sont transférées en dehors de l'Union ou à des organismes qui ne sont pas soumis au droit de l'Union »⁴²⁸. Pour ce faire, la Commission devra déterminer si les éléments essentiels du droit fondamental se retrouvent dans la législation étrangère. A cet égard, le G29 a, dans un document de travail de 1998, établi six principes qui sont "au cœur" de la protection des données et qui doivent être garantis par les pays tiers concernés par la décision d'adéquation⁴²⁹ : la limitation des transferts à une finalité spécifique (1), la qualité et la proportionnalité des données (2), la transparence (3), la sécurité (4)⁴³⁰, le droit d'accès (5), de rectification et d'opposition (6)⁴³¹. Ces six principes jugés essentiels par le G29 peuvent servir de point de départ pour déterminer le contenu de l'essence du droit fondamental à la protection des données.

⁴²³ L'autorité de protection des données chargée de contrôler le respect des dispositions du Règlement (dénommée 'Autorité de contrôle) doit exercer toutes ses missions en parfaitement indépendance (Article 52 RGPD).

⁴²⁴ G. GONZALEZ FUSTER, *Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, p.4.

⁴²⁵ C. KUNER, « The European Union and the Search ... », *op. cit.*, p.70.

⁴²⁶ Article 9 RGPD, Article 25 et 26 directive 95/46.

⁴²⁷ Considérants n° 56 et 57, Article 25, directive 'données personnelles' ; Considérant 169 et Article 45 RGPD.

⁴²⁸ Le Contrôleur européen à la protection des données, Document d'orientation, « Le transfert de données à caractère personnel à des pays tiers et à des organisations internationales par les institutions et organes de l'Union européenne », Bruxelles, 14 juillet 2014, p.2.

⁴²⁹ Document de travail du Groupe de travail « Article 29 » sur le Transfert des données personnelles vers des pays tiers : Application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données », WP12, adopté le 24 juillet 1998, pp. 6-7.

⁴³⁰ Des mesures techniques ou organisationnelles doivent être mises en place par le responsable de traitement afin d'assurer la fiabilité et confidentialité des données personnelles.

⁴³¹ Le droit de toute personne s'opposer au traitement de ses données personnelles et de faire rectifier des données erronées ou compléter des données incomplètes.

CONCLUSION

Pour répondre à l'essor d'internet et au développement des technologies de l'information, l'Union européenne a adopté le 14 avril 2016, le Règlement général sur la protection des données à caractère personnel. Il s'agit d'un instrument clé en matière de protection de données personnelles : « Le RGPD ne va pas seulement changer le cadre législatif européen de la protection des données mais le monde tel que nous le connaissons »⁴³². Si le Règlement peut prétendre avoir un impact à l'échelle mondiale, c'est parce qu'il possède un champ d'application territorial extrêmement étendu. En vertu de l'article 3, le Règlement s'applique non seulement aux responsables de traitement établis dans l'Union mais également à ceux localisés en-dehors. A cet égard, le Règlement, en remplaçant le critère « des moyens situés sur l'Union » par celui de « la localisation du public cible du traitement des données »⁴³³, adopte un champ d'application territoriale encore plus vaste que celui de la directive 95/46. Cette expansion territoriale se situe dans la lignée des arrêts *Google Spain* et *Schrems*⁴³⁴.

Le domaine d'applicabilité spatial du Règlement est son aspect qui suscite le plus d'émotion. En doctrine, il est qualifié par certains auteurs de « *overreaching* »⁴³⁵ ou encore de « *geographic overexpansion* »⁴³⁶. Il fait également l'objet de critique de la part d'Etats tiers, en particulier des Etats-Unis, qui y voient une atteinte à leur souveraineté. L'ancien Président américain, Barack Obama, avait déclaré que si l'Europe s'en prenait à travers ses législations à des géants du net tels que Google ou Facebook, ce n'était que pour des raisons commerciales et non pour défendre le droit à la vie privée de ses citoyens⁴³⁷. Comme ce propos l'illustre, derrière ces discussions juridiques se cache un jeu d'opportunités politiques et économique. De nombreuses législations s'appliquent à des situations localisées à l'étranger sans qu'elles ne soient jamais contestées⁴³⁸. Si le Règlement fait autant débat, c'est surtout en raison des intérêts commerciaux qui sont en jeu.

Ces critiques qualifient volontiers le champ d'application du Règlement d'"extraterritorial" pour souligner son caractère exorbitant. Dans le discours politique, le terme d'"extraterritorialité" a en effet, acquis une connotation négative qui occulte le débat juridique. L'extraterritorialité est une notion juridique polysémique. Au sens matériel, l'extraterritorialité renvoie à la prise en compte dans la définition du domaine d'applicabilité spatial d'une norme d'éléments localisés en-dehors du territoire de l'Etat qui l'a édicté. De ce point de vu, le Règlement peut effectivement être qualifié d'extraterritorial. En vertu de l'article 3 §2, le Règlement est en effet, applicable à des sociétés établies dans des Etats tiers qui traitent les données à caractère personnel d'individus localisés dans l'Union et qui les ciblent ou

⁴³² Traduction libre de J.P. ALBRECHT, *op.cit.*, p. 287.

⁴³³ Expression empruntée à C. de TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, *op.cit.*, p.304.

⁴³⁴ C. KUNER, « The Internet and the Global Reach of EU Law », *op.cit.* p. 32.

⁴³⁵ C. KUNER, « Extraterritoriality and regulation ... », *op.cit.*, p. 12.

⁴³⁶ C. WOLF, « Overextended: Jurisdiction and Applicable Law under the EU General Data Protection Regulation », White Paper, 2013, p.4

⁴³⁷ M. AHMED, « Obama attacks Europe over technology protectionism », *Financial Times*, 16 février 2015, disponible sur <https://www.ft.com/content/41d968d6-b5d2-11e4-b58d-00144feab7> (dernière consultation le 30 juillet 2018).

⁴³⁸ F. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire...*, *op. cit.*, p.70.

suivent leurs comportements. *A priori*, le droit international public ne s'oppose à ce qu'une législation ait un domaine d'application extraterritorial mais ce point est débattu en doctrine. Certains auteurs considèrent que la définition d'un champ d'application spatial peut contrevenir au droit international. En tout état de cause, le Règlement se conforme au prescrit du droit international puisqu'il respecte un principe de territorialité et de personnalité passive. Ceci démontre que la véritable question de l'extraterritorialité dans le contexte du Règlement n'est pas celle de savoir s'il existe une base de compétence internationale mais de déterminer si son caractère est excessif ou non.

Contrairement à ce que laisse sous-entendre le débat politique, toute application extraterritoriale d'une norme n'est pas en soi déraisonnable. Les objectifs poursuivis par la loi peuvent dicter son application à des situations localisées à l'étranger. Il convient donc d'apprécier le caractère raisonnable ou non du champ d'application extraterritorial du Règlement au regard des objectifs poursuivis et des valeurs défendues. En adoptant le Règlement, l'Union européenne entend garantir le droit fondamental des citoyens européens à la protection de leurs données personnelles. Or, la protection effective de ce droit ne peut s'accommoder d'une prise en compte de la location géographique du responsable de traitement. Cet "aspect droit fondamental" légitime l'application extraterritoriale du Règlement et pour certains auteurs, il emporte même une obligation positive pour l'Union d'exporter ses valeurs et standards en-dehors des frontières européennes.

Partant du principe que l'objectif poursuivi par le Règlement justifie son extraterritorialité, nous avons remarqué deux incohérences. La première incohérence se situe au niveau du choix des critères d'application. En remplaçant le critère initialement prévu de la résidence habituelle par celui de la simple localisation des personnes concernées sur le territoire de l'Union, une partie des citoyens européens échappent de fait à la protection offerte par le Règlement. Les citoyens européens en déplacement ou résidant à l'étranger ne pourront bénéficier des dispositions protectrices du Règlement que si le responsable de traitement est établi dans l'Union européenne. Leurs données personnelles peuvent être par contre, être traitées librement par les sociétés établies dans des Etats tiers.

La deuxième incohérence résulte de la définition uniforme du champ d'application territorial du Règlement. Le Règlement comprend une grande variété de dispositions matérielles substantiellement différentes qui se voient pourtant assigner le même champ d'application extraterritoriale. Or, suivant l'"approche droit fondamental" adoptée par l'Union européenne et défendue par une partie de la doctrine, seules les dispositions "au cœur" du droit fondamental à la protection des données personnelles devraient bénéficier *ipso facto* d'un champ d'application extraterritorial mais non celles qui sont périphériques. Au vu de ces considérations, le véritable problème du Règlement n'est pas, comme le soutiennent les Etats tiers et une majorité de la doctrine, qu'il entend s'appliquer à des sociétés établies à l'étranger mais qu'il définit de manière uniforme son champ d'application spatial sans prendre en considération le contenu des dispositions matérielles sous-jacentes.

Pour résoudre cette contradiction entre la justification de l'extraterritorialité avancée par l'Union européenne et sa mise en œuvre effective, une nouvelle approche de l'extraterritorialité a été proposée : l'extraterritorialité différenciée. L'extraterritorialité différenciée permet de répondre aux critiques formulées à l'égard du domaine d'applicabilité spatial du Règlement en assignant des limites à son caractère extraterritorial. L'élément clé de cette approche est la notion d'essence. Seules les dispositions liées à l'essence du droit fondamental à la protection des données bénéficieraient *per se* d'un champ d'application extraterritorial. L'essence n'est pas un concept qui se laisse définir *in abstracto* mais qui au contraire se construit progressivement de manière jurisprudentielle, comme le démontre la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de citoyenneté. Dans le cadre de la directive 'données personnelles', la Cour s'est contentée de constater dans des cas spécifiques, qu'au vu des circonstances de l'espèce, il y avait violation ou non de l'essence du droit fondamental sans assigner à la notion un contenu spécifique. Cette jurisprudence laisse donc subsister des interrogations. La Cour en considérant qu'il n'y pas d'atteinte à l'essence du droit si des mesures techniques de sécurité des données sont adoptées, s'oriente-t-elle vers approche du contenu de l'essence fondée sur des considérations d'ordre technique plutôt que de droits fondamentaux ? Dans le cadre du Règlement, la Cour continuera-t-elle faire du cas par cas ou empruntera-t-elle la voie tracée en matière de citoyenneté ? L'avenir nous le dira.

Finalement, nous avons identifié dans ce mémoire, trois instruments qui pourraient guider la Cour dans son œuvre constructive de la notion d'essence du droit fondamental à la protection des données : la Convention 108, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et un document de travail du G29 de 1998. Premièrement, la Cour pourrait identifier le contenu essentiel du droit à la protection des données personnelles au-départ des principes qui se trouvent garantis aussi bien au niveau international, par l'intermédiaire de la Convention 108, qu'eupéen. Deuxièmement, l'essence du droit pourrait correspondre aux six principes garantis par l'article 8 ChUE. Troisièmement, la Cour pourrait suivre l'avis du G29 et reprendre les principes qu'il a identifié comme essentiel dans le cadre des décisions d'adéquation.

BIBLIOGRAPHIE

I. LÉGISLATION

1. UNION EUROPÉENNE

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 364 du 18 décembre 2000.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 326 du 26 octobre 2012.
- 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, *JOCE*, L 281/3, 23 novembre 1995, p. 31.
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L12, 16 janvier 2001, p.1 (Bruxelles I).
- Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *J.O.U.E.*, 2007, L 199/40 (Rome II).
- Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE*, 2008, L 117/6 (Rome I).
- Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, L 351, 20 décembre 2012, p. 1 (Bruxelles I bis),
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.*, 25 janvier 2012, COM (2012) 11 final.
- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016, p. 1.

2. CONSEIL DE L'EUROPE

- Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention n°108), faite à Strasbourg le 28 janvier 1981.

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et Protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvés par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p.5028.
- Résolution 428 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 23 janvier 1970 portant « Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme ».

3. NATIONS UNIES

- Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, approuvée par la loi du 14 décembre 1945, *M.B.*, 1 janvier 1946.

4. AUTRES

- Déclaration universelle des droits de l'homme, signée à Paris le 10 décembre 1948.

5. ÉTATS- UNIS

- The Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, 1988.
- The Havard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 1935.

II. DÉCISIONS, AVIS, COMMUNICATIONS, COMMUNIQUÉS ET PROPOSITIONS

1. GROUPE DE TRAVAIL

- Document de travail du Groupe de travail « Article 29 » sur le Transfert des données personnelles vers des pays tiers : Application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données », *WP12*, adopté le 24 juillet 1998.
- Document de travail n°5035/01 du Groupe de Travail « Article 29 » sur l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE, *WP 56*, adopté le 30 mai 2002.
- Avis 4/2007 du Groupe de travail 'Article 29' sur le concept de données à caractère personnel, *WP 136*, adopté le 20 juin 2007.
- Avis 1/2010 du Groupe de travail article 29 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », *WP 169*, adopté le 16 février 2010, p.10.
- Avis 8/2010 du Groupe de Travail « Article 29 » sur le droit applicable, *WP 179*, adopté le 16 décembre 2010.

2. DÉCISIONS

2.1 COMMISSION EUROPEENNE

- Décision (CE) 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, n° L 215, du 26 juillet 2000, pp. 7- 47.
- Commission of the European Communities, « First Report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC) », *C.O.M* (2003) 265 final.
- Commission européenne, « Bouclier de protection des données : il faut trouver une solution plus robuste et plus durable », *Communiqué de presse, EDPS/2016/11*, 30 mai 2016, p.1.
- Communication de la Commission relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans la Communauté et à la sécurité des systèmes d'information, *C.O.M* (90) 314 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des régions – « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens », *C.O.M.* (2010) 171 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions - « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », *C.O.M.* (2010) 609 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité des régions – « Protection de la vie privée dans un monde en réseau /Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21e siècle », *C.O.M.* (2012) 9 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Échange et protection de données à caractère personnel à l'ère de la mondialisation », *C.O.M.* (2017) 7 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – « Une meilleure protection et de nouvelles perspectives - Orientations de la Commission relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018 », *C.O.M.* (2018) 43 final.

2.2 CONSEIL

- Décision (2006/230/CE) du Conseil du 18 juillet 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données, IPV/DP, *J.O.U.E.*, L 82/14, du 21mars2006, p. 14-14.

3. PROPOSITIONS

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, 25 janvier 2012, *C.O.M.* (2012) 11 final, p.1.

III. JURISPRUDENCE

1. UNION EUROPÉENNE

- C.J.C.E, 5 février 1963, aff. 22-62, *Van Gend & Loos*, *Rec.*, 1963, p.3.
- C.J.C.E, 13 décembre 1979, aff. C- 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, *Rec.*, 1979, p.03727
- C.J.C.E, 11 juillet 1989, aff. C-265/87, *Schräder c. Hauptzollamt Gronau*, *Rec.*, 1989, p.02237
- C.J.C.E, 13 avril 2000, aff. C-292/97, *Kjell Karlsson e.a*, *Rec.*, 2000, p.I-02737
- C.J.C.E, 6 novembre 2003, aff. C-101/01, *Procédure pénale c. Bodil Lindqvist*, *Rec.*, 2003, p. I-12971.
- C.J.C.E, 20 mai 2003, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rechnungshof*, *Rec.*, 2003, p. I-4989.
- C.J.C.E (gde chr.), 1 mars 2005, aff. C-281/02, *Andrew Owusu c. N.B. Jackson*, *Rec.*, p. I-01383
- T.P.I.C.E. (3^e chr.), 8 novembre 2007, aff. 194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd/Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, p. II-04523.
- C.J.U.E, 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, *Rec.*, 2008, p. I-00271
- C.J.U.E (gde ch.), 9 novembre 2010, aff. Jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifer c. Land Hessen*, *Rec.*, 2010, p. I-11063.
- C.J.U.E., 7 décembre 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, *Pammer et Alpenhof*, *Rec.*, 2010, p. I-12527.
- C.J.U.E (gd chr.), 29 juin 2010, aff. C-28/08 P., *Commission européenne c. The Bavarian Lager Co. Ltd*, *Rec.*, 2010, p. I-06055,
- C.J.U.E (gde.ch.), 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, *Rec.*, 2010, p.I-01449
- C.J.U.E (gde.ch.), 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09, *Rec.*, 2011, p. I-01177.

- C.J.U.E., 5 mai 2011, aff. C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, Rec., 2011, p.I-03375.
- C.J.U.E., (gde. ch.), 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, Rec., 2011, p.I-11315.
- C.J.U.E. (gde.ch.), 21 décembre 2011, aff. C-366/10, *Air Transport Association of America et autres c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, p. I-13755.
- Arrêt *Google Spain/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, C-131/12, EU:C:2014:317.
- Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen sous l'arrêt *Google Spain/Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, C-131/12, EU:C:2013:424.
- Arrêt *Digital Rights Ireland Ltd/Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres*, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238.
- Arrêt *František Ryneš/Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, EU:C:2014:2428.
- Arrêt *Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner*, C-362/14, EU:C:2015:650.
- Arrêt *Weltimmo s. r. o./Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-230/14, EU:C:2015:639.
- Conclusions de l'avocat général M.P. Cruz Villalon sous l'arrêt *Weltimmo s. r. o./Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426.
- Arrêt *Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland*, C-582/14, EU:C:2016 :779.
- Arrêt *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl*, C-191/15, EU:C:2016:612.
- Arrêt *Tele2 Sverige AB/Post- och telestyrelsen*, C-203/15 et C-698/15, EU:C:2016:970.
- Arrêt *H. C. Chavez-Vilchez et autres/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank et autres*, C-133/15, EU:C:2017:354.
- Avis 1/15 du 26 juillet 2017, C-1/15, EU:C:2017:592.
- Arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, EU:C:2018:388

- Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous l'arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, EU:C:2017:796.

2. CONSEIL DE L'EUROPE

- Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A n° 18, pp.16-18.
- Cour eur. DH, arrêt *Z c. Finland* du 25 février 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997-I.
- Cour eur. DH, arrêt *Copland c. Royaume-Uni* du 25 juin 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997-III.
- Cour eur. DH, arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2000-II, point 65.
- Cour eur. DH, arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2000-V.
- Cour eur. D.H., arrêt *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, 12 juillet 2001, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2001-VIII,
- Cour eur. D.H., arrêt *Mürsel Eren c. Turquie*, 7 février 2006, *Rec. Cour eur. D.H.*, 2006-II.

3. ÉTATS-UNIS

- Cour d'appel des Etats-Unis (2^{ème} circuit), *United States v. Aluminum Co. of America*, 12 mars 1945).

4. JURIDICTIONS INTERNATIONALES

- C.P.A, Affaire de l'île de Palmas (Etats-Unis c. Pays-Bas), sentence arbitrale, 4 avril 1928, *RGDPI*, 1935, p
- C.P.J.I., affaire du *Lotus* (France c. Turquie), fond, arrêt du 7 septembre 1927, *C.P.J.I. Recueil*, série A, n°10, p. 5.
- C.I.J., affaire de la Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgique c. Espagne), fond, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil*, 1970, p.3.

IV. CONCLUSIONS

- Conclusions de l'avocat général M.P. Cruz Villalon sous l'arrêt *Weltimmo s. r. o./Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426.
- Conclusions de l'avocat général Yves Bot sous l'arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, C-210/16, EU:C:2017:796.

V. DOCTRINE

1. MONOGRAPHIES

- Sous la dir. de ALLAND D., *Droit international Public*, PUF, 2000.
- ANCEL, B., *Eléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Penthéon-Assas, 2017.
- ARBOUR J-M. et PARENT G., *Droit International Public*, 6^{ème} éd., Canada, Yvon Balais, 2012.
- BATIFFOL, H et LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, vol. 1, 8^e éd., 1993.
- BENLOLO-CARABOT M., CANDAS U. et CUJO E., *Union européenne et droit international*, Paris, Padone, 2012.
- Sous la dir. de BENSOUSSAN A., *La protection des données personnelles de A à Z*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2017
- BYGRAVE L., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, La Haye, Kluwer law international, 2002.
- CORBION, L., *Le déni de justice en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- COUDRAY, L., *La protection des données personnelles dans l'Union européenne : Naissance et consécration d'un droit fondamental*, Allemagne, Éditions universitaires européennes, 2010.
- DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit International Public*, 8ème éd., Paris, LGDJ, 2009.
- d'ARGENTRÉ, B., *Commentarii in patrias britonum leges sen consuetudines generales antiquissimi ducatus britannicæ* (De statutis personalibus et realibus), glose sous l'article 218 de la coutume de Bretagne, 1646.
- DELPÉRÉE, F., VERDUSSEN M. ET BIVER, K., *Recueil des constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- de VAREILLES-SOMMIERES, P., *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, L.G.D.J, Paris, 1997
- DUPUY, P.-M.,
 - *Droit international Public*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004.
 - *Droit international Public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- ERGEC, R., *La compétence extraterritoriale à la lumière des contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- FRANCO S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- HIJMANS, H., *The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU*, Suisse, Springer 2016.

- HUBERT T., COMBACAU J., SUR S. et VALLÉE C., *Droit international public*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1979.
- JOVANONIC, S., *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris, Pédone, 1988.
- KRZYSZTOFEK, M., *Post-Reform Personal Data Protection in the European Union. General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Pays-Bas, Wolters Kluwer, 2016.
- GILSON, É., *L'Être et l'essence*, 3e éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2002.
- GOLDSMITH, F., et WU, T., *Who controls the Internet ?*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GONZALEZ FUSTER, G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Suisse, Springer, vol.16, 2014.
- LAINÉ, A., *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, F. Pinchon, 1988.
- OLMSTEAD, C.J., *Extraterritorial application of laws and responses thereto*, Oxford, ESC, 1984.
- RIGAUX, F., et FALLON, M., *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- SALMON, J., *Les notions à contenu variable en droit international public*, Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- SVANTESSON, D.J.B., *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Copenhague, Ex Tuto Publishing, 2013.
- TZANOU, M., *The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Royaume-Uni, Hart, 2017.
- van DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- WALRAVE, M., *Privacy Gescand? Direct marketing en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1999.

2. CONTRIBUTIONS DANS UNE MONOGRAPHIE

- BERGE, J.-S., « L'application du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité », in *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et Droit international* (sous la dir. de L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE ET S. TOUZE), Paris, Pedone, 2012, pp.71-84.
- DEBEZY, A-L., « L'application de la norme nationale à l'étranger » in *Regards sur le droit des étrangers*, France, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010.
- de HERT, P. et GUTWIRTH S., « Data Protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg : constitutionalisation in action » in *Reinventing data protection ?* GUTWIRTH S., Y. POULLET, P. DE HERT, J. NOUWT et C. DE TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, pp. 3-44.
- DOCKSEY, C., « Article 7 and 8 of the EU Charter: Two distinct fundamental rights », in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 71-97.

- FALLON, M.,
- « Le domaine spatial d'un Code européen de droit international privé », *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé ?* (sous la dir. de M. FALLON, P. LAGARDE ET S. POILLOT-PERUZZETO), Francfort, Peter Lang, 2011, pp. 137-184.
- « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne » in *Les frontières spatiales du droit privé européen/ The boundaries of European Private Law*, (sous la dir. de E. POILLOT ET I. RUEDA), Bruxelles, Larciers, 2012, pp. 65- 124.
- FRANCO, S., « The external dimension of Rome I and Rome II : neutrality or schizophrenia » in *Private law in the external relation of the EU* (sous la dir. de M. CREMONA and H. MICKLITZ), Oxford, Oxford University Press, 2016, pp.71-106.
- GALLARDO MESEGUER M., « Aperçu de la dimension internationale du règlement général sur la protection des données à caractère personnel » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 117-159.
- HENROTTE J. et COTON F., « Application territoriale de la législation européenne en matière de protection des données et transfert de données vers des pays tiers : vaincre la peur de l'autre » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles* (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 171- 188.
- HUSTINX, P., « Prologue. European Leadership in Privacy and Data Protection », *Hacia un nuevo régimen europeo de protección de datos / Towards a new European Data Protection Regime*, RALLO LOMBARTE A. ET GARCIA MAHAMUT R. (éd.), Valence, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 15-25.
- KRANENBORG, H., « Article 8 – Protection of Personal Data », in *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD, Royaume-Uni, Hart, 2014, pp. 223-264.
- MORENO-LAX V. et COSTELLO C., « The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights : From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model », in *The EU Charter of Fundamental Rights : A Commentary*, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER ET A. WARD (éd.), Royaume-Uni, Hart, 2014, pp.1657-1684.
- ÖRÜCÜ, E., « The Core of Rights and Freedoms: The Limit of Limits » in *Human Rights: From Rhetoric to Reality*, T. CAMPBELL, Oxford, Basil Blackwell, 1986, pp. 789-809.
- PERELMAN, C., « Essai de synthèse » in *Les notions a contenu variable en droit* (sous la dir. DE C. PERELMAN ET R. vander ELST), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 362-374
- RODOTA S., « Data Protection as a Fundamental Right » in *Reinventing data protection ?* GUTWIRTH S., Y. POULLET, P. DE HERT, J. NOUWT et C. de TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, pp. 77-82.
- ROUVROY, A ET POULLET, Y. « The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development : Reassessing the Importance of Privacy for Democracy » in *Reinventing data protection ?* GUTWIRTH S., Y. POULLET, P. DE HERT, J. NOUWT et C. de TERWANGNE (éd.), Pays-Bas, Springer, 2009, pp. 45-76.
- TASSONE, L., « La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, (sous la dir. de A. GROSJEAN), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 53-70.

- TERWANGNE, C., « La réforme de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel » in *Quelle protection des données personnelles en Europe ?* (sous la direction de C. CASTETS-RENNARD), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 81-120.
- van WELKENHUYZEN, A., « Autorité et raison dans l'argumentation juridique » in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit* (sous la dir. de G. HAARSCHER, L. INGBER ET R. VANDER ELST), Bruxelles, Nemesis, 1988.
- VERHAEGEN, J., « Notions floues en droit pénal » in *Les notions à contenu variable en droit* (sous la dir. de C. PERELMAN ET R. VANDER ELST), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 7-20.

3. ARTICLES

a. Version Papier

- ALBRECHT, J.P., « How the GDPR Will Change the World », *EDPL*, 2016, pp. 287-289.
- BRKAN, M.,
- « Data Protection and Conflict-of-laws: A Challenging Relationship », *EDPL*, 2016, pp. 324-340.
- « The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core », *European Constitutional Law Review*, 2018, pp. 1-37.
- BATIFFOL, H., « Points de Contacts entre le Droit International Public et le Droit International Privé », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, pp. 77- 91.
- BUXBAUM, H.L., « Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflicts », *The American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 631-676.
- CHEN, J., « How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, 2016, pp. 310-323.
- COELHO, N.F., « Extraterritoriality from the Port : EU's approach to jurisdiction over ship-source pollution », *Spanish Yearbook International Law*, 2015, 269-284.
- COLANGELO, A- J., « What is extraterritorial jurisdiction », *Cornell Law Review*, 2014, pp. 1303-1352.
- CORNELOUP, S. « Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice », *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 1325-1328.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., « Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre la Protección de Datos de la Unión Europea », *Revista española de Derecho internacional*, 2017, vol. 69, pp.75-108.
- de TERWANGNE, C., ROSIER, K., ET LOSDYCK, B., « Le règlement européen relatif à la protection des données à caractère personnel : quelles nouveautés ? », *Journal de droit européen*, 2017, pp. 302-316.
- DIAZ DIAZ, E., « The new European Union General Regulation on Data Protection and the legal consequences for institutions », *Church, Communication and Culture*, 2016, pp. 206-239.

- FAZLIOGLU, M., « Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet », *International Data Privacy Law*, 2013, pp. 149-157.
- GÖMANN, M. « The new territorial scope of EU Data Protection Law : Deconstructing a revolutionary achievement », *Com. M.L.R.*, 2017, pp. 567-590.
- GONZALO DOMENECH, J.J., « La aplicación del nuevo RGPD en el contexto del tratamiento de datos en la UE », *Revista Lew Mercatoria*, 2017, pp. 37-42.
- GRAFF, T.F., « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, 2015, pp. 41-53.
- GROUX, J., « 'Territorialité' et droit communautaire », *Rev.trim.dr.europ.*, 1987, pp. 5-34.
- GUTZWILLER, M., « Le développement historique du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1929, vol.29, pp. 291-394.
- HERT, P. et CZERNIAWSKI, M., « Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context », *International Data Privacy Law*, 2016, pp. 230-243.
- HUET, A., « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *J.D.I.*, 1982, pp. 625 et s.
- JACQUET, J-M., « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Journ. dr. int.*, 1985, pp. 327-405.
- KASSAN, S., « Extraterritorial Jurisdiction in the Ancient World », *American Journal of International Law*, 1935, pp. 237-247.
- KINSCH, P., « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP*, 2003, pp.430-435.
- KUNER C., CATE F., MILLARD C. et SVANTESSON D., « Editorial: The extraterritoriality of data privacy laws - an explosive issue yet to detonate », *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 3, pp. 147-148.
- KUNER, C.,
 - « An international legal framework for data protection: issues and prospects », *Computer Law & Security Review*, 2009, Vol.25, pp. 307-3017.
 - « The European Union and the Search for an International Data Protection Framework », *Groningen Journal of International Law*, 2014, pp. 55-71.
 - « Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law », *International Data Privacy Law*, 2015, pp. 235-245.
 - « Google Spain in the EU and International context », *MJ*, 2015, pp. 158-164.
 - « International agreements, data protection, and EU fundamental rights on the international stage : Opinion 1/15, *EU-Canada PNR* », *Com. M.L.R.*, 2018, pp. 257-282.
- KOKOTT, J. ET SOBOTTA, C., « The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHr », *IDPL*, 2013, pp. 222-228.
- LENAERT K., « EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach », *International Comparative Jurisprudence*, 2015, pp.1-10.

- LOUIS-LUCAS, P., « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *Journ. dr. intern.*, 1956, pp. 774-723.
- LYNSKEY, O., « Deconstructing Data Protection: The 'Added-value' of a right to data protection in the EU legal order », *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, pp. 569-597.
- MAIER, V.H., « Extraterritorial jurisdiction at the crossroads: an intersection between public and private international law », *A.J.I.L.*, 1982, pp. 280-320.
- MARTYNISZYN, M., « On Extraterritoriality and the Gazprom case », *European Competition Law Review*, 2015, pp. 291-294.
- MAYER, P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, pp. 467-485.
- MICHAELS, R., « Two Paradigms of Jurisdiction », *Michigan Journal of International Law*, 2007, pp. 1003-1069.
- POULLET, Y., « Transborder Data Flows and Extraterritoriality : the European Position », *Journal of International Commercial Law and Technology*, 2007, pp. 141-153.
- PROSSER, W. L., « Interstate Publication », *Michigan Law Review*, 1953, pp. 959-1000.
- REDING V., « The European data protection framework for the twenty-first century », *International Data Privacy Law*, 2012, Vol. 2, pp. 119-129.
- RIGAUX, M., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours générale de droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1989, Vol.213., pp. 9-407.
- RYNGAERT, C., « Editorial : Symposium issue on extraterritoriality and EU data protection », *International Data Privacy Law*, 2015, pp. 221-225.
- N. SAMIE, N., « The Doctrine of "Effects" and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws », *University of Miami Inter-American Law Review*, 1982, pp. 23-59.
- SCOTT, J.,
 - « Extraterritoriality and territorial extension », *The American Journal of Comparative Law*, 2014, pp. 87-126.
 - « The New EU 'Extraterritoriality' », *Com. M.L.R.*, 2014, pp. 1343-1380.
- JAULT-SESEKE, F. et ZOLYNSKI, C., « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles : Aspects de droit international privé », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1874-1880.
- STERN, B.,
 - « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, 1986, pp. 7-52.
 - « L'extra-territorialité « revisitée » où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *Annuaire français de droit international*, 1992, Vol. 38, pp. 239-313.
 - « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue québécoise de droit international*, 1996, pp.49-78.

- SVANTESSON, D.J.B.,
 - « A 'layered approach' to the extraterritoriality of data privacy laws », *International Data Privacy Law*, 2013, pp. 278-286.
 - « Extraterritoriality in the context of Data Privacy Regulation », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2013, pp.87-96.
 - « The extraterritoriality of EU data privacy law: Its theoretical justification and its practical effect on U.S. businesses », *Stanford Journal of International Law's*, 2014, pp. 53-117.
 - « A Jurisprudential Justification for Extraterritoriality in (Private) International Law », *Santa Clara Journal of International Law*, 2015, p. 517-571.
 - « A new jurisprudential framework for jurisdiction : Beyond the Harvard Draft », *AJIL Unbound*, 2015, pp. 69-74.
 - « Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation », *IDPL*, 2015, pp. 226-234.
 - « The (Uncertain) Future of Online Data Privacy », *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2015, pp. 129-153.
- TAYLOR, M., « The EU's human rights obligations in relation to its data protection laws with extraterritorial effect », *International Data Privacy Law*, 2015, Volume 5, pp. 246-256.
- OJANEN, T., « Making the essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter », *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 318-329.
- van HECKE, G., « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *R.C.A.D.I.*, 1969, vol.126, pp.399-570.

b. Version électronique

- NICOLAS, T., « La protection des données à caractère personnel », *Documentaliste-Sciences de l'Information*, 2013, disponible sur <https://www.cairn.info/revue-documentaliste-sciences-de-l-information-2013-3-page-62.htm> (dernière consultation le 4 août 2018).
- HUSTINX P., « "EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation », 2014, disponible sur <http://www.statewatch.org/news/2014/sep/eu-2014-09-edps-data-protection-article.pdf> (dernière consultation le 15 avril 2018).
- GICQUEL, H., « Précisions sur le critère de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union : la Cour de Justice, pompier pyromane ? », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2011, disponible sur <https://revue-jade.eu/article/view/142> dernière consultation le 20 juillet 2018).

VI. DIVERS

1. CONFÉRENCES, CONGRÈS ET COLLOQUES

- DEFFAINS, N., *Traitement de données à caractère personnel et droit au respect de la vie privée devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Techniques et droit humain, Actes du Colloque organisé du 20 au 23 avril 2010, Montchrestien, 2011.
- de HERT P. ET SCHREUDERS F., « The Relevance of Convention 108 (Rapport) », Proceedings of the Council of Europe Conference on Data Protection, Varsovie, 19–20 November 2000.
- HAFTEL, B., « Droit international privé et immatériel – rapport français » in *L'immatériel – Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française – Journées Espagnoles*, Madrid, 2014.
- LEHMANN M., « American vs. European Approaches to Extraterritoriality in Civil Litigation », Powerpoint présenté à la 29^e Journée DIP 'US Litigation Today: Still a Threat For European Businesses or Just a Paper Tiger?', Lausanne, 2017, disponible sur www.isdc.ch (dernière consultation le 25 mai 2018).
- SVANTESSON D.J.B., Conférence « Jurisdiction, Conflicts of Laws and Data Protection in Cyberspace », Luxembourg, 12 octobre 2017, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=EhbwdhBFuCU> (dernière consultation le 20 mai 2018).

2. DOCUMENTS DE RECHERCHE

- BRKAN M., « In search of the concept of essence of EU fundamental rights through the prism of data privacy », Maastricht Working Papers, 2017.
- FALLON, M., « Les frontières spatiales du droit privé européen selon le droit de l'Union européenne », Cahiers du CeDIE 2011/01, 20 avril 2018, www.uclouvain.be/cedie (dernière consultation le 19 juin 2018).
- GREENLEAF, G., « The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108 », Edinburgh School of Law Research Paper No. 2012/12, 2012.
- KUNER C. :
 - « Extraterritoriality and International Data transfers in EU Data Protection Law », University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 49/2015, 2015.
 - « The Internet and the Global Reach of EU Law », LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2017, 2017.
- TAYLOR, M., « Permissions and Prohibitions in Data Protection Jurisdiction », Brussels Privacy HUB Working Paper N°6, 2016.

- SAROLEA, S., « Eloge de la mobilité : là où le binational devient citoyen », *Cahiers EDEM*, novembre 2017.
- SVANTESSON, D.J.B., «The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach », *EUI Working Papers*, 2015.
- van DROOGHENBROECK S. et RIZCALLAH C., « The Essence of Fundamental Rights in the ECHR's System: Searching for Sugar in Hot Milk? », *Working Paper*, 2018.
- WOLF, C., « Overextended: Jurisdiction and Applicable Law under the EU General Data Protection Regulation », *White Paper*, 2013.
- ZEITER, A., « The New General Data Protection Regulation of the EU and its Impact on IT Companies in the U.S. », *TTLF Working Papers*, 2010.
- ZERK, J., « Extraterritorial Jurisdiction : Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas », *Working Paper of the Corporate Social Responsibility Initiative*, 2010.

3. BLOGS

- HOFMANN, H. C. H., « The Essence of EU Fundamental Rights and their Global Reach », 2 Mai 2016, disponible sur <https://rsiblog.blogactiv.eu/2016/05/02/schrems/> (dernière consultation le 15 juillet 2018).
- KUNER, C., « A "Super-right" to Data Protection? The Irish Facebook Case & the Future of EU Data Transfer Regulation », *LSE Media Policy Project Blog*, 2014, disponible sur <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2014/06/24/a-super-right-to-data-protection-the-irish-facebook-case-the-future-of-eu-data-transfer-regulation/> (dernière consultation le 5 août 2018).
- DE MIGUEL ASENSIO, P., « Aspectos internacionales del Reglamento general de protección de datos de la UE (II): Derecho aplicable », *Blog*, 19 Mai 2016, disponible sur http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/05/aspectos-internacionales-del-reglamento_19.html (dernière consultation le 20 mai 2018).
- ROSEN, J., « The Right to be Forgotten », *Stanford Law Review*, 2012, disponible sur <https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/> (dernière consultation le 2 août 2018).
- SVANTESSON, D. J. B., « The concept of 'extraterritoriality': widely used, but misguided and useless », *OUPblog*, 17 novembre 2017, disponible sur <https://blog.oup.com/2015/11/extraterritoriality-law/> (dernière consultation le 25 mai 2018).

4. ARTICLES DE PRESSE

- GLEICK, J., « Big Brother Is Us », *The New York Times Magazine*, 29 Septembre 1996, disponible sur <https://www.nytimes.com/1996/09/29/magazine/big-brother-is-us.html> (dernière consultation le 4 août 2018).
- GUILLAUD, H., « Vers un Nouveau Monde de données », 1 juin 2002, disponible sur <http://www.internetactu.net/2012/06/01/vers-un-nouveau-monde-de-donnees/> (dernière consultation le 4 août 2018).
- BAKER, S., « Inside Europe's censorship machinery », *The Washington Post*, 8 septembre 2014, disponible sur https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/09/08/inside-europes-censorship-machinery/?noredirect=on&utm_term=.2b41970d1813 (dernière consultation le 5 août 2018).
- AHMED, M., «Obama attacks Europe over technology protectionism», *Financial Times*, 16 février 2015, disponible sur <https://www.ft.com/content/41d968d6-b5d2-11e4-b58d-00144feab7> (dernière consultation le 30 juillet 2018).

5. ROMANS

- ORWELL G., 1984, Gallimard, 1950.
- ZWEIG, S., *La nuit fantastique*, Les Cahiers rouges, Grasset.

6. AUTRES

- COMMISSION EUROPEENNE, Special Eurobarometer 431 « Data protection », 2015, disponible sur http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf (dernière consultation le 10 juillet 2018).
- BRAIBANT, G., Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive no 95/46 : « Données personnelles et sociétés de l'information », 1998, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984000836.pdf> (dernière consultation le 20 août 2018).
- OXMAN B. X., « Jurisdiction of States », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, disponible sur <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436> (dernière consultation 2 juillet 2018).
- REDING, V., « A data protection compact for Europe », 28 janvier 2014, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-62_en.htm (dernière consultation le 28 juillet 2018).
- The US House of Representatives, « The EU Data Protection Directive : Implications for the U.S. Privacy », audience du jeudi 8 Mars 2001, disponible sur <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-107hhrg71497/html/CHRG-107hhrg71497.htm> (dernière consultation le 1 août).
- Rapport explicatif de la Convention 108 telle que modifiée par le Protocole d'amendement, Série des traités du Conseil de l'Europe n° 223.

Une nouvelle approche de l'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données: L'extraterritorialité différenciée

I.	Introduction.....	1-3
II.	Titre I. L'extraterritorialité comme principe.....	4-17
1.	Chapitre 1. Le principe de territorialité.....	5-7
1.1	Section 1. Définition.....	5-6
1.2	Section 2. Historique.....	6-7
2.	Chapitre 2. Le principe d'extraterritorialité.....	8-16
2.1	Section 1: Définition.....	9-11
2.2	Section 2: Compétence extraterritoriale et droit international public	11-16
2.2.1.	Le caractère licite (ou la question du « pouvoir »).....	12-15
2.2.2.	Le caractère raisonnable (ou la question du « devoir »).....	15-16
3.	Conclusion intermédiaire.....	17-17
III.	Titre II. L'extraterritorialité dans le Règlement général sur la protection des données.....	18-42
1.	Chapitre 1. La question de l'applicabilité	19-21
1.1	Section 1. Applicabilité et force obligatoire.....	19-20
1.2	Section 2. Applicabilité et unilatéralisme.....	20-21
2.	Chapitre 2. Le Règlement 2016/679: Une extraterritorialité renforcée.....	22-34
2.1	Section 1. Article 4 du Règlement 2016/679: Définitions.....	22-25
2.1.1.	Le traitement.....	22-23
2.1.2	Les données à caractère personnel.....	23-24
2.1.3.	Le responsable de traitement et le sous-traitant.....	24-25
2.1.3.1	Le responsable de traitement.....	24-25
2.1.3.2	Le sous-traitant.....	25-25
2.2	Section 2. Article 3 du Règlement 2016/679: Critères d'applicabilité.....	25-34
2.2.1.	Établissement dans l'Union.....	26-29
2.2.1.1	L'établissement.....	28-28
2.2.1.2.	Le cadre des activités.....	29-29
2.2.2.	Établissement hors de l'Union.....	29-34
2.2.2.1.	Les personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union.....	30-31
2.2.2.2	L'offre de biens ou de services à la personne concernée....	31-33
2.2.2.3.	Le suivi du comportement de la personne concernée.....	33-34

3. Chapitre 3. L'objectif du Règlement : Une extraterritorialité justifiée.....	35-41
3.1 Section 1. Historique.....	36-38
3.2 Section 2. Distinction entre droit à la protection des données personnelles et droit au respect de la vie privée.....	38-40
3.3 Section 3. Articulation avec les autres droits fondamentaux.....	40-41
3. Conclusion intermédiaire.....	42-42
IV. Titre III. L'extraterritorialité différenciée.....	43-56
1. Chapitre 1. La problématique: L'extraterritorialité uniforme.....	44-45
2. Chapitre 2. La solution: L'extraterritorialité différenciée.....	46-56
2.1. Section 1. La démarche, ses merites et ses obstacles.....	46-49
2.2. Section 2. L'essence du droit fondamental à la protection des données personnelles.....	49-56
2.2.1. L'essence, une notion en construction.....	49-54
2.2.2. L'essence, une notion opérant dans un cadre juridique défini.....	54-56
2.2.2.1. La Convention n° 108.....	54-55
2.2.2.2. La Charte des droits fondamentaux.....	55-56
2.2.2.3. Le Groupe de travail « Article 29 ».....	56-56
V. Conclusion.....	57-59
VI. Bibliographie.....	60-75

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

