

Tribunal de l'Union européenne
Affaire T-738/16
(2017/C 006/49)

Observations sur l'exception d'irrecevabilité

POUR

La Quadrature du Net

La Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dite « FFDN »

French Data Network (Réseau de données français), dit « FDN »

Représentés par

M^e Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH

Avocat au Barreau de Paris

5 rue Daunou, Paris 2^e (75002)

France

CONTRE

Commission européenne

Table des matières

1	Sur la recevabilité de l'action des associations au nom de leurs membres	1
1.1	Sur le pouvoir de représentation des associations . . .	1
1.2	Sur la recevabilité de leurs membres	3
2	Sur la recevabilité de l'action des associations en leur nom propre	9
2.1	French Data Network (FDN) et la Fédération FDN (FFDN)	10
2.2	Intérêts communs aux trois requérantes	12
	Table des jurisprudences	15

- 1 Le 25 octobre 2016, les associations requérantes La Quadrature du net, French Data Network (FDN) et la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (Fédération FDN) introduisaient un recours en annulation (tel que prévu par l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) contre la décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis (dit « Privacy Shield »)¹.
- 2 Le 31 janvier 2017, la Commission européenne soulevait une exception d'irrecevabilité, notifiée aux associations requérantes le 6 février 2017. Celles-ci entendent la contester par les présentes observations.

1. Sur la recevabilité de l'action des associations au nom de leurs membres

- 3 Comme le rappelle la Commission européenne (point 12), « il est de jurisprudence constante que la recevabilité d'un recours en annulation formé par une association est admise notamment lorsque l'association représente les intérêts de ses membres qui seraient eux-mêmes recevables à agir (voir *ex multis* arrêt TPIUE, 18 mars 2010, *Forum 187 ASBL c. Commission européenne*, T-189/08, paragraphe 58 et la jurisprudence mentionnée) ».
- 4 Les associations requérantes représentent leurs membres et ces derniers seraient recevables pour contester la légalité de la décision attaquée. À tort, la Commission européenne conteste chacun de ces deux faits.

1.1. Sur le pouvoir de représentation des associations

- 5 **S'agissant de La Quadrature du Net**, l'article 3 de ses statuts (pièce A. 4 de la requête) lui donne comme objet de « représenter ses membres dans ses relations avec [...] les instances communautaires et internationales, et dans ce cadre, d'être habilitée à traiter, notamment, d'aspects sociaux et réglementaires ou autres au nom de ses membres ». Ici, l'expression « instances communautaires » comprend, à l'évidence, notamment le Tribunal de l'Union européenne. La protection de la vie privée – à laquelle la décision attaquée porte atteinte – est manifestement un des « aspects sociaux » visés par l'action de La Quadrature du Net. L'ensemble des membres de La Quadrature du Net sont des personnes physiques.
- 6 Dès lors, la Commission expose les faits de façon erronée en prétendant que « les requérantes n'ont pas prouvé pouvoir valablement représenter leur membres personnes physiques » (point 14, page 6 de l'exception), puisque La Quadrature du Net a produit dès l'introduction de l'instance les pièces permettant de démontrer le contraire.

1. Journal Officiel de l'Union européenne, C 6 du 9 janvier 2017, p. 39

- 7 **S’agissant de la Fédération FDN**, elle prévoit, à l’article 6 de ses statuts (annexe A. 12 de la requête, pages 137 et 138), être « composée d’associations membres, de correspondants, de membres individuels, et de membres d’honneur », étant précisé au paragraphe 3 de ce même article que les membres individuels sont des « personnes physiques ».
- 8 Dès lors, la Commission expose les faits de façon tronquée en se contentant d’indiquer que « le statut de la Fédération FDN permet notamment l’adhésion d’autres associations ou personnes morales » (page 6 de l’exception, bas de page n° 3) alors que ces statuts permettent aussi l’adhésion de personnes physiques.
- 9 Ensuite, la Fédération FDN se donne pour objet, à l’article 3 de ses statuts (pièce A. 12 de la requête), de « représenter ses membres, y compris en justice le cas échéant, pour défendre [...] ses objectifs ». La référence qui est ici faite aux « membres » de l’association ne fait absolument aucune distinction selon que lesdits membres soient des personnes morales ou des personnes physiques. Cette absence de distinction apparaît d’autant plus clairement que, contrairement à cette disposition, d’autres dispositions des statuts distinguent explicitement les différentes catégories de membres (voir, par exemple, l’article 8 quant à la perte de qualité de membre, ou l’article 10, paragraphe 2, quant à la composition de l’assemblée générale).
- 10 Ainsi, la Fédération FDN est explicitement habilitée à représenter en justice ses membres personnes physiques pour toute atteinte qu’ils subiraient et qui serait contraire aux objectifs défendus par l’association. Ces objectifs sont définis par l’article 3 de ses statuts comme étant « la promotion et la défense du réseau Internet, dans le respect de son éthique, [...] et en particulier sa neutralité, son ouverture, et la liberté d’expression en ligne ».
- 11 En premier lieu, l’éthique de la Fédération FDN comprend manifestement la protection de la vie privée et la lutte contre la surveillance étatique injustifiée, cette association ayant engagé de nombreux contentieux nationaux démontrant que ces valeurs sont au centre de l’éthique qu’elle promeut (s’agissant des contentieux clos, on peut citer ceux, en France : contre la loi de programmation militaire pour les années 2014 à 2019, devant le Conseil constitutionnel² et le Conseil d’État³ ; contre les mesures de surveillance contenues dans des dispositions de censure en ligne, devant le Conseil d’État⁴ ; contre la loi relative au renseignement, devant le Conseil constitutionnel⁵ et poursuivi depuis devant le Conseil d’État ; contre la surveillance internationale secrète, devant le Conseil d’État⁶). La Fédération FDN est donc habilitée à représenter ses membres personnes physiques qui

2. voir la décision rendue : Conseil constit., 24 juill. 2015, *FDN*, 2015-478 QPC

3. voir la décision rendue : Conseil d’État, 10^e et 9^e SSR, 12 févr. 2016, *FDN [accès admin. aux données de connexion]*, n° 388134

4. voir la décision rendue : Conseil d’État, 15 févr. 2016, *French Data Network et a.*, n^{os} 389896 et 389140

5. voir la décision rendue : Conseil constit., 21 oct. 2016, *LQDN [Surveillance voie hertzienne]*, 2016-590 QPC

6. voir la décision rendue : Conseil d’État, 8^e chambre, 18 nov. 2016, *LQDN [Décret non publié sur les activités de surveillance internationale]*, n° 393080

subissent une atteinte contraire à cette éthique, telles que les atteintes que la décision attaquée porte à leur vie privée.

- 12 En second lieu, la défense de la liberté d'expression en ligne, pour laquelle la Fédération FDN est aussi habilitée à représenter ses membres, comprend divers sous-objectifs, au titre desquels est maintenant notoirement reconnu celui de limiter le sentiment d'être surveillé en ligne, plus nettement encore lorsque cette surveillance est exercée par des autorités publiques (voir, en ce qui concerne la directive 2006/24, arrêt CJUE, g^{de} ch., 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12, C-594/12, point 28, et, en ce qui concerne des réglementations nationales, CJUE, g^{de} ch., 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige*, C-203/15, C-698/15, point 101). L'objectif de défense de la liberté d'expression en ligne poursuit dès lors clairement celui de limiter les atteintes injustifiées à la vie privée des utilisateurs du réseau Internet. Or, la décision attaquée produit de telles atteintes à l'égard des membres personnes physiques de la Fédération FDN.
- 13 Ainsi, il apparaît clairement que la Fédération FDN est habilitée à agir devant les juridictions de l'Union européenne au nom de ses membres personnes physiques contre la décision attaquée, celle-ci portant atteinte à des droits qu'ils ont habilité la Fédération à défendre en leur nom.
- 14 **En conclusion**, contrairement à ce que prétend la Commission, et alors même que les pièces permettant de l'établir ont été produites dès l'introduction de l'instance, La Quadrature du Net et la Fédération FDN sont habilitées à contester la légalité de la décision attaquée au nom de leurs membres personnes physiques. Dès lors, elles sont recevables pour ce faire dans la mesure où leurs membres le seraient aussi.

1.2. Sur la recevabilité de leurs membres

- 15 Le quatrième alinéa de l'article 263 TFUE prévoit que toute personne est recevable à contester la légalité d'un acte de la Commission européenne lorsque l'une des trois conditions suivantes est remplie :
- la personne est destinataire de l'acte ;
 - l'acte l'affecte directement et individuellement ;
 - l'acte l'affecte directement et il s'agit d'un acte réglementaire, qui n'implique pas l'adoption de mesure d'exécution.
- 16 En l'espèce, les membres des associations requérantes ne sont ni les destinataires de la décision attaquée ni individuellement affectés par celle-ci. Toutefois, comme le souligne la Commission, la décision attaquée « est un acte de portée générale » (point 28 de l'exception d'irrecevabilité) qui « s'applique sans besoin de l'intervention d'autorités nationales d'un Etat membre » (point 31) et « indépendamment de toute mesure d'exécution » (point 30), devant dès lors être regardée comme un « acte réglementaire qui ne comporte pas de mesure d'exécution » au sens de l'article 263 §4 TFUE.
- 17 Ainsi, pour que les membres des associations requérantes soient recevables à contester la légalité de la décision attaquée devant le Tribunal de l'Union

européenne, il suffit de démontrer que cette décision les affecte directement. Plus précisément, le Tribunal de l'Union européenne divise cette condition d'affectation directe en deux sous-conditions, qui seront démontrées comme étant satisfaites :

1. La mesure en cause « affecte de manière certaine et actuelle la situation juridique de particuliers », notamment « en restreignant leurs droits ou en leur imposant des obligations » (TPIUE, 7 juill. 2015, *Federcoopesca c. Commission*, T-312/14, paragraphes 36 et 37) ;
2. Il n'est laissé « aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique » (TPIUE, 25 oct. 2011, *Microban International v. Commission*, T-262/10, paragraphe 25 et 29).

1.2.1. Sur les transferts de données permis par la décision attaquée

18 La Commission européenne semble prétendre que la première sous-condition d'affectation directe ne serait pas remplie en ce que la décision attaquée n'altérerait la situation juridique d'aucun particulier, se contentant d'autoriser des transferts de données personnelles qui auraient déjà été permis dans l'état antérieur du droit (points 33 à 37 de l'exception).

19 Or, il n'en est rien. Jusqu'à ce que la décision attaquée entre en vigueur, n'étaient, par principe, autorisés vers les États-Unis que les transferts intervenant (visés à l'article 26, §1, de la directive 95/46/CE) :

- entre un exportateur situé dans l'Union européenne et un importateur étranger, lorsque ceux-ci étaient liés par un contrat comprenant des garanties suffisantes pour assurer la protection des données (ces garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles types adoptées par la Commission européenne⁷) ;
- entre différentes filiales d'un même responsable de traitement situées dans l'Union européenne, lorsque celui-ci avait souscrit à des règles d'entreprise contraignantes comprenant des garanties suffisantes pour la protection des données⁸.

20 Dans tous les autres cas, lorsqu'un responsable de traitement situé en dehors de l'Union européenne souhaitait transférer des données vers les États-Unis sans passer par un exportateur situé dans l'Union, il ne pouvait le faire qu'à titre exceptionnel, tel que le prévoit l'article 26, §1, de la directive 95/46/CE :

7. La Commission a publié les clauses et informations y afférant (en anglais) ici : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/transfer/index_en.htm

8. La Commission explique le fonctionnement des règles d'entreprise contraignantes (en anglais) ici : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/binding-corporate-rules/index_en.htm

- avec le consentement de la personne concernée ;
- pour exécuter un contrat avec la personne concernée ;
- pour exécuter des mesures pré-contractuelles demandées par la personne concernée ;
- pour exécuter un contrat conclu avec un tiers dans l'intérêt de la personne concernée ;
- pour la sauvegarde d'un intérêt public important, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice ;
- pour sauvegarder l'intérêt vital de la personne concernée ; ou
- au départ d'un registre public destiné à l'information du public.

- 21 Lorsqu'aucune de ces conditions n'était remplie, aucun responsable étranger ne pouvait réaliser un tel transfert de données personnelles vers les États-Unis. Depuis que la décision attaquée est entrée en vigueur, il suffit de souscrire au « Privacy Shield » pour ce faire.
- 22 Concrètement, cela couvre notamment le cas où une entreprise d'affichage et de ciblage publicitaire en ligne située aux États-Unis, tel que Google AdSense, collecte directement depuis les États-Unis (sans passer par un intermédiaire européen) des informations sur les résidents européens qui visionnent les nombreuses publicités qu'elle affiche sur une multitude de sites Internet⁹. Dans ce cas concret, le transfert de données résultant de cette collecte ne peut être légal que du fait de la décision attaquée. La situation juridique des résidents européens visionnant ces publicités en a été nécessairement altérée.
- 23 Plus généralement, pour se convaincre que la décision attaquée a altéré l'état du droit et celui des flux de données personnelles vers les États-Unis, il suffit de se rappeler de l'ampleur du débat qui a suivi l'invalidation de la précédente décision d'adéquation concernant les États-Unis, de l'empressement de la Commission et du gouvernement des États-Unis à remplacer cette dernière décision par celle présentement attaquée puis des efforts déployés par la Commission pour éviter que la légalité de sa dernière décision ne soit examinée par votre Tribunal.
- 24 **En conclusion**, la Commission européenne fait une appréciation erronée du droit européen des données personnelles en prétendant que les transferts permis par la décision attaquée pouvaient déjà être réalisés avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Partant, c'est à tort qu'elle prétend que la situation juridique d'aucun particulier n'a pu en être altérée. Ainsi, ce moyen d'irrecevabilité doit être écarté.

1.2.2. Sur la prétendue volonté des personnes concernées

- 25 La Commission européenne semble soutenir que la seconde sous-condition d'affectation directe ne serait pas remplie en ce que la mise en œuvre de la

9. Voir à ce sujet le rapport du 5 février 2009 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) sur « la publicité ciblée en ligne », p.14 notamment, accessible ici : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf

- décision attaquée ne serait pas automatique mais dépendrait du choix des personnes dont les données personnelles sont transférées vers les États-Unis.
- 26 Elle prétend ainsi que, « pour que l'effet juridique de la décision attaquée puisse se déployer vis-à-vis des personnes concernées, [...] encore faut-il que la personne concernée veuille procéder à ce transfert » (point 38). Elle poursuit en indiquant que « la réalisation des effets juridiques de la décision sur les personnes concernées [...] dépend du choix [...] des personnes concernées » (point 39). Ces prétentions sont équivoques.
- 27 **En premier lieu**, la Commission pourrait vouloir indiquer qu'aucun transfert de données personnelles n'est possible sans que la personne concernée n'y ait consenti.
- 28 Or, le consentement de la personne concernée n'est qu'une des six exceptions (prévues à l'article 26, §1, de la directive 95/46/CE) aux deux conditions permettant en principe de transférer des données en dehors de l'UE (prévues aux articles 25 et 26, §2, de cette même directive). Ces deux conditions sont, d'une part, l'adéquation de la protection offerte par le pays importateur (tel que constatée par une décision d'adéquation prise par la Commission) et, d'autre part, l'encadrement du transfert par des garanties adéquates (prévues en principe dans des clauses contractuelles ou des règles d'entreprise contraignantes). Ainsi, si un transfert est autorisé sur le fondement d'une décision d'adéquation (telle la décision attaquée), il peut être réalisé sans que la personne concernée n'ait donné son consentement.
- 29 De plus, même en considérant le transfert comme un simple traitement, le consentement de la personne concernée n'en serait qu'une des six conditions de validité possibles, telles que prévues à l'article 7 de cette même directive : ce traitement pourrait toujours être réalisé sans que la personne concernée n'y ait consenti (en se fondant, par exemple, sur l'intérêt légitime du responsable de traitement ou d'un tiers).
- 30 Les prétentions de la Commission, ainsi interprétées, ne font dès lors aucun sens et ne sauraient être retenues : la survenance d'un transfert vers les États-Unis ne dépend pas du consentement de la personne concernée.
- 31 **En second lieu**, la Commission pourrait vouloir indiquer que les personnes concernées « acceptent » que leurs données soient transférées vers les États-Unis chaque fois qu'elles choisissent de confier leurs données à des responsables de traitement qui indiquent réaliser ou compter réaliser des transferts de données vers ce pays.
- 32 Or, les personnes concernées ne choisissent pas systématiquement quels sont les responsables qui traitent leurs données. En effet, la directive 95/46/CE prévoit nettement le cas où un responsable collecterait des données auprès d'un autre responsable ou d'une source publique et non pas auprès de la personne concernée – qui ne pourrait, dès lors, l'avoir « choisi » (voir notamment l'article 11 de la directive qui prévoit cette situation).
- 33 Plus grave, dans ce dernier cas, les personnes concernées ne peuvent pas non plus anticiper que le responsable qui traite leurs données va transférer celles-ci vers les États-Unis : l'article 11, §1, de la directive 95/46/CE

prévoit simplement que, « lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée », le responsable de traitement « doit, dès l'enregistrement des données ou, si une communication de données à un tiers est envisagée, au plus tard lors de la première communication de données, fournir à la personne concernée » les informations nécessaires, dont celles concernant « les destinataires ou les catégories de destinataires des données », sans qu'il ne soit exigé d'indiquer si ce destinataire est situé en dehors de l'Union européenne. Ainsi, d'une part, la personne concernée peut n'être informée du transfert de ses données qu'au dernier moment et, d'autre part, peut n'avoir pas même conscience qu'il s'agit d'un transfert vers les États-Unis.

34 Les personnes concernées ne pouvant exercer aucun contrôle et n'ayant aucune maîtrise sur le transfert de leurs données, il ne peut en aucun cas être considéré qu'un tel transfert repose sur leur volonté ou sur leur choix.

35 **En conclusion**, la mise en œuvre de la décision attaquée ne repose ni sur la volonté ni sur un choix des personnes concernées mais est purement automatique. Dès lors, cette décision affecte directement les membres des associations requérantes.

1.2.3. Sur les choix laissés aux importateurs et aux autorités des États-Unis

36 La Commission soutient que la seconde sous-condition d'affectation directe ne serait pas remplie (point 40 de l'exception) au motif que la réalisation concrète de chaque transfert de données vers les États-Unis dépend de trois faits dont la survenance est indépendante de la décision attaquée :

- « le choix fait par [...] le responsable du traitement de se prévaloir » du « Privacy Shield » (point 43) ;
- l'inscription de ce responsable sur la « liste tenue à jour et publiée par le Ministère américain du commerce », cette inscription étant « effectuée par le ministère » (point 41) ;
- « la possibilité pour cette autorité de rayer de la liste les organisations qui de manière persistante ne se conforment pas aux Principes visés à l'Annexe II de la décision » (point 42).

37 Or, ces conditions concrètes à la survenance de chaque transfert n'empêche pas la décision attaquée de produire ses effets de façon automatique.

38 **En premier lieu**, la Cour de justice considère que « l'affectation directe requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en oeuvre » et que « il en va de même lorsque **la possibilité pour les destinataires de ne pas donner suite à l'acte communautaire est purement théorique, leur volonté de tirer des conséquences conformes à celui-ci ne faisant aucun doute** » (CJCE, 5 mai 1998, *Dreyfus v. Commission*, C-386/96, points 43 et 44 ; voir aussi CJCE, 17

janv. 1985, *Piraiki-Patraiki e. a. contre Commission*, C-11/82).

- 39 Or, en l'espèce, il ne fait aucun doute que les responsables de traitement situés aux États-Unis et souhaitant y transférer des données depuis l'Union européenne, sans toutefois pouvoir bénéficier d'une des autres possibilités offertes par la directive 95/46/CE pour ce faire, ont systématiquement la volonté de bénéficier de la décision attaquée. Il en va de même pour l'administration des États-Unis, qui n'aurait absolument aucun intérêt à empêcher par principe les entreprises de son États de bénéficier d'une opportunité commerciale si importante. Il serait même absurde de prétendre que l'administration des États-Unis n'aurait pas la volonté de tirer toute conséquence de la décision attaquée alors qu'il suffit de consulter les annexes et considérants de celle-ci pour mesurer la volonté et l'empressement de cette administration à la voir adoptée.
- 40 Ainsi, le pouvoir d'appréciation des responsables de traitements et de l'administration des États-Unis n'est, dans la mise en œuvre de la décision attaquée, que « purement théorique » et doit dès lors être considéré comme absent au regard de la seconde sous-condition d'affectation directe.
- 41 **En deuxième lieu**, la possibilité laissée à l'administration des États-Unis de « rayer de la liste » certaines organisations, les empêchant ainsi de pouvoir réaliser des transferts sur le fondement de la décision attaquée, est sans conséquence sur l'effet direct de cette décision, puisqu'elle n'intervient qu'après la réalisation d'un certain nombre de transferts et que les droits des résidents européennes ont déjà été méconnus de façon certaine et définitive.
- 42 **En troisième lieu**, la Commission donne une fausse appréciation des effets de la décision attaquée en limitant ceux-ci à la survenance concrète de transferts particuliers vers les États-Unis. L'effet principal de la décision attaquée – et tous les moyens avancés au fond par les associations requérantes s'y concentrent – est de soumettre la protection des données personnelles de résidents européens à un droit et à l'appréciation d'autorités incapables de l'assurer efficacement.
- 43 La source des atteintes dénoncées au fond n'est pas, en soi, la survenance de transferts particuliers, mais le fait que ces transferts échappent à toute supervision satisfaisante. Ainsi, il importe peu qu'un transfert ne puisse être réalisé qu'après accord des autorités des États-Unis, ou qu'il puisse prendre fin sur décision de celles-ci, puisque c'est du fonctionnement même de ces autorités que résultent les atteintes dénoncées.
- 44 Il en va évidemment de même du choix laissé aux organisations importatrices de données de souscrire ou non au Privacy Shield : l'atteinte constituée par la décision attaquée est d'avoir abandonné aux importateurs le choix de réaliser ou non des transferts, alors que ces importateurs ne présentent aucune garantie suffisante de protection des données, pas plus que n'en présentent le droit ou les autorités des États-Unis.
- 45 Ainsi, les résidents européens – au titre desquels les membres des associations requérantes – trouvent leur situation juridique directement affectée du fait que la décision attaquée abandonne le sort de leurs données à un droit et

à des personnes ne présentant pas de garanties suffisantes pour assurer la protection de celles-ci.

- 46 **En quatrième lieu**, la Commission donne une fausse appréciation de l'ampleur des transferts permis par la décision attaquée. À la lire, on pourrait croire que les transferts de données de résidents européens réalisés sur la base de la décision attaquée résultent de quelques actes isolés. Or, au contraire, huit mois après sa mise en place, près de 1700 organisations avaient déjà souscrit au Privacy Shield¹⁰ – alors même que, juridiquement, les résidents européens n'ont aucun moyen pour empêcher celles-ci de transférer leurs données.
- 47 Ainsi, au regard de l'ampleur des transferts permis par la décision attaquée, des données de résidents européens seront systématiquement transférées vers les États-Unis, d'une façon ou d'une autre, peu importe que certaines entreprises soient ponctuellement retirées de la liste tenue par les autorités des États-Unis. La Commission ne saurait ainsi prétendre que l'atteinte qu'elle a portée par sa décision – qui consiste à soumettre des données personnelles de résidents européennes au droit des États-Unis – dépendrait d'événements individuels et précis, et non pas d'une structure d'ensemble qu'elle a elle-même conçue et qui résulte uniquement de la décision attaquée.
- 48 **En conclusion**, le fait que chaque transfert de données vers les États-Unis réalisé dans le cadre du Privacy Shield puisse individuellement dépendre de certains choix ponctuels ne rend nullement moins certaine, actuelle ou directe la limitation réalisée par la décision attaquée du droit au respect de la vie privée des résidents européens, rendant les membres des associations requérantes recevables pour agir contre cette décision.

2. Sur la recevabilité de l'action des associations en leur nom propre

- 49 **En droit**, une association doit également être regardée recevable dès lors qu'elle peut démontrer que ses intérêts propres en tant qu'association sont affectés directement par un acte réglementaire ne comportant pas de mesure d'exécution (voir *ex multis*, TPIUE, 29 mars 2012, *Asociación Española de Banca c. Commission européenne*, T-236/10). Ce caractère direct s'apprécie à l'identique pour les associations requérantes et pour leurs membres, exigeant que :
1. La mesure en cause « affecte de manière certaine et actuelle la situation juridique de particuliers », notamment « en restreignant leurs droits ou en leur imposant des obligations » ;
 2. Il ne soit laissé « aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure chargés de sa mise en œuvre ».

10. liste des organisations inscrites sur la liste tenue par le ministère du commerce des États-Unis, <https://www.privacyshield.gov/list>

50 La satisfaction de cette seconde sous-condition ayant déjà été démontrée ci-avant, les développements ci-après traiteront uniquement de la première de ces sous-conditions, que la Commission prétend ne pas être remplie.

2.1. French Data Network (FDN) et la Fédération FDN (FFDN)

51 A cet égard, la Cour de justice considère que “les obligations relatives à la conservation des données ont des implications économiques substantielles pour les fournisseurs de services, dans la mesure où elles peuvent entraîner des investissements et des coûts d’exploitation importants” (CJCE, 10 févr. 2009, *Irlande contre Parlement Européen*, C-301/06 P point 68). Ainsi, “les divergences entre les différentes réglementations nationales adoptées en matière de conservation des données relatives aux communications électroniques [sont] de nature à avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur”, (point 71 de la même décision), justifi[ant] que le législateur communautaire poursuive l’objectif de protéger [son] bon fonctionnement [...] en adoptant des règles harmonisées” (point 72), afin de prévenir les distorsions de concurrence susceptibles d’en résulter.

52 De plus, le caractère direct de l’affectation de la situation juridique d’un requérant est reconnu dès lors que les “conditions d’exercice de son activité” deviennent, par l’intervention de l’acte litigieux, “moins favorables”, lui donnant un “intérêt légitime à voir annuler la décision” pour rétablir le régime antérieur (CJUE, 27 févr. 2014, *Stichting Woonpunt e.a. / Commission*, C-132/12, Point 69 et 70).

53 **En l’espèce**, l’association FDN ainsi que la fédération FDN et les membres personnes morales qu’elle représente exercent une activité économique de fourniture d’accès à internet et de services en ligne. Dans le cadre de ces services – consistant notamment en la mise à disposition d’un service de messagerie ou en l’hébergement de sites Internet¹¹ – les requérantes présentent une offre sur le même marché¹² que les entreprises qui, situées aux États-Unis, bénéficient de la décision attaquée (par exemple, Google et Microsoft fournissent chacun un service de messagerie et bénéficie de la décision attaquée).

54 À travers la décision adoptée, ces entreprises concurrentes peuvent désormais transférer et exploiter les données de résidents de l’Union européenne tout

11. <https://www.fdn.fr/services/base/>

12. Il ne fait aucun doute, d’une part, que les services offerts par FDN et FFDN sont interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l’usage auquel ils sont destinés, avec ceux offerts par les entreprises situées aux États-Unis telles que Google ou Microsoft et, d’autre part, que le marché géographique pertinent englobe nécessairement, tout à la fois, l’Europe et les États-Unis, dès lors qu’il s’agit du territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l’offre des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Cf. à cet égard : Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence [Journal officiel C 372 du 09/12/1997]

en restant soumises au droit des États-Unis. Or, les règles relatives à la collecte, à l'utilisation et la conservation des données personnelles sont moins contraignantes aux États-Unis que dans les États membres de l'Union.

55 En effet, comme le relève le rapport comparatif de la commission des Libertés civiles, justice et affaires intérieures (LIBE) du Parlement Européen¹³, "Les États-Unis, avec leurs restrictions à la portée du 4^e amendement, au travers de la doctrine relative aux personnes tierces, et **l'exclusion des personnes non ressortissantes des États-Unis** du 4^e amendement et de la loi sur la vie privée, **suivent une approche très différente, qui est contraire à la perspective européenne sur la protection de la vie privée et des données à caractère personnelles** en tant que droits fondamentaux à part entière."

56 La disparité de protection constitutionnelle y est tout particulièrement soulignée¹⁴, confirmant l'existence de lacunes dans le droit des États Unis vis à vis des standards de l'Union en matière d'encadrement du traitement des données personnelles.

57 Une telle divergence fait ainsi peser des obligations d'intensité différente à la charge des entreprises fournissant des services en ligne selon qu'ils soient tenu de respecter le droit des États-Unis ou celui de l'Union européenne.

58 Le bénéfice de la décision attaquée est susceptible, par la distinction ici relevée, de fausser les conditions dans lesquelles les offres sur le marché des services en ligne – notamment celui des messageries – et ainsi créer une distorsion de concurrence.

59 **En conclusion**, les intérêts propres des associations doivent être regardés comme directement affectés par la décision attaquée en ce qu'elle génère à leur égard des conditions de concurrence inéquitables en permettant aux opérateurs des États-Unis concurrents de bénéficier de conditions de traitements de données personnelles peu contraignantes auxquelles les entreprises européennes n'ont pas accès. Une telle différence de traitement doit être regardée comme restreignant directement leurs droits.

13. Traduction libre de "The US, with its restrictions to the protection of the Fourth Amendment, through the Third Party Doctrine, and **the exclusion of non-US persons** from both the Fourth Amendment and the Privacy Act protection, **follow a very different approach, which is contrary to the EU's perspective of privacy and data protection** as comprehensive fundamental rights"(p. 69)." disponible en version anglaise à [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536459/IPOL_STU\(2015\)536459_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536459/IPOL_STU(2015)536459_EN.pdf)

14. Ce même rapport conclut que "la protection constitutionnelle est limitée même en ce qui concerne les citoyens des États-Unis et lorsque des garanties relatives à la protection des données existent dans le droit fédéral". (Traduction libre de "constitutional protection is limited even with regards to US citizens and when data protection guarantees do exist in federal law" p. 71 du même rapport).

2.2. Intérêts communs aux trois requérantes

- 60 À juste titre, la Commission rappelle que les associations requérantes « mentionnent être engagées dans une procédure devant le Conseil d'État français, dans laquelle le succès des moyens qu'elles présentent serait mis en péril par la décision attaquée » (point 49 de l'exception). Elle indique pourtant qu'elle « ne voit pas bien en quoi de telles remarques justifieraient de leur qualité pour agir dans la présente affaire ». Ainsi, il s'agit d'expliquer en détail cette situation.
- 61 Le 30 novembre 2015, les associations requérantes ont notamment engagé devant le Conseil d'État français un recours en excès de pouvoir contre les décrets d'application de la loi française n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (affaires n 394922, 394924, 394925 et 397851), dans l'objectif de voir plusieurs dispositions légales françaises en matière de surveillance déclarées contraires à la Charte des libertés fondamentales de l'Union européenne (la Charte), principalement au regard de la jurisprudence récemment développée par la Cour de justice de l'Union européenne (telle qu'exposée dans la requête).
- 62 Les principaux moyens invoqués par les associations requérantes afin d'atteindre cet objectif sont les mêmes que ceux invoqués contre la décision attaquée¹⁵.
- 63 **En premier lieu**, tout comme le droit des États-Unis, le droit français autorise l'administration, dans certaines situations, à mettre en œuvre des mesures de surveillance non ciblée (voir chapitre IV du titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure, qui prévoit l'interception massive des communications internationales). La Cour de justice considère de telles mesures contraires à la Charte (point 5 de la requête). Pourtant, la décision attaquée reconnaît que le droit des États-Unis, tout en prévoyant de telles mesures, assure une protection suffisante de la vie privée (point 6 de la requête). Le Conseil d'État pourrait interpréter cette différence comme signifiant que l'interdiction de surveillance non ciblée connaît certaines exceptions et, dès lors, refuser de reconnaître le caractère absolu de cette interdiction – tel que les associations requérantes le soutiennent.
- 64 Plus grave, le Conseil d'Etat pourrait considérer cette modification du cadre juridique des données personnelles comme un motif de rejet d'une question préjudicielle qui viserait à déterminer l'existence d'une règle contraire à ce nouveau cadre.
- 65 Dès lors, les associations requérantes ont un intérêt direct et manifeste à ce que le Tribunal de l'Union européenne reconnaisse que, sur ce point, la décision attaquée est contraire à la Charte, puisqu'une telle conclusion assurerait le succès de leur moyen devant le Conseil d'État (ou, au moins, que le Conseil d'État transmette une question préjudicielle à ce sujet). À

15. L'intégralité des écritures produites par les associations requérantes dans les affaires n 394922, 394924, 394925 et 397851 a été publiée en ligne : <https://exetges.eu.org/recours/renseignement/CEtat/>

l'opposé, en affaiblissant considérablement leur argumentation juridique, la décision attaquée a directement modifié la situation juridique des associations requérantes devant le Conseil d'État.

- 66 **En deuxième lieu**, tout comme le droit des États-Unis, le droit français autorise l'administration à exploiter les renseignements collectés pour des finalités excessives ou dont la définition n'est pas assez précise (voir article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure, qui prévoit notamment l'exploitation de renseignement pour « les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France » ou « les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère »).
- 67 Une fois encore, la Cour de justice considère une telle situation contraire à la Charte (point 9 de la requête) alors que la décision attaquée la constate sans en conclure que le droit des États-Unis n'offre pas une protection suffisante (point 10 de la requête). Comme pour le point précédent, le Conseil d'État pourrait en conclure que, dans certaines circonstances, l'exploitation de renseignements pour des finalités larges ou peu définies est justifiée – contrairement à ce que soutiennent devant lui les associations requérantes. Dès lors, le Conseil d'État serait incité à ne transmettre aucune question relative à ce sujet.
- 68 Dès lors, la décision attaquée a modifié la situation juridique de ces dernières devant le Conseil d'État. De même, elles auraient un intérêt direct et manifeste à ce que le Tribunal de l'Union reconnaisse que l'obligation de justifier d'un objectif légitime et précis pour exploiter des renseignements ne souffre d'aucune exception.
- 69 **En troisième lieu**, tout comme le droit des États-Unis, le droit français, dans certaines circonstances, n'offre pas aux particuliers de voie de recours contre la surveillance qu'ils subiraient (voir l'article L. 854-9 du code de la sécurité intérieure, qui limite à l'autorité de supervision la possibilité de saisir une juridiction quant à la validité d'une mesure de surveillance internationale). Alors que la Cour de justice s'oppose par principe à une telle absence de recours, la décision attaquée ne reconnaît pas que cette absence rend insuffisante, aux États-Unis, la protection des données personnelles (points 14 et suivants de la requête). Ainsi, le Conseil d'État pourrait en conclure que l'exigence de voie de recours connaît certaines exceptions, contrairement à ce que soutiennent devant lui les associations requérantes, dont la situation juridique se trouve directement affectée de ce seul fait.
- 70 **En conclusion**, le cadre juridique des données personnelles ayant été profondément altéré par la décision attaquée, il en va de même pour les chances de transmission des questions préjudicielles posées par les requérantes – lesquelles sont soumises au même cadre –, de l'issue du recours national qu'elles ont intenté et ainsi de leur situation juridique.

- 71 **PAR CES MOTIFS** et tous autres à déduire, produire ou suppléer au besoin même d'office, les associations requérantes demandent au Tribunal de l'Union européenne de :
- 72 **JUGER** les associations requérantes recevables à demander l'annulation, sur le fondement de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de la décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis ;
- 73 **ANNULER** la décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12 juillet 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-Etats-Unis.

Le 14 mars 2017 à Paris,
M^e Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au barreau de Paris

Table des jurisprudences

CJCE, 17 janv. 1985, *SA Piraiki-Patraiki et autres contre Commission des Communautés européennes*, C-11/82

CJCE, 5 mai 1998, *Société Louis Dreyfus contre Commission des Communautés européennes*, C-386/96

CJCE, 10 févr. 2009, *Irlande contre Parlement Européen et Conseil de l'Union Européenne*, C-301/06 P

CJUE, 27 févr. 2014, *Stichting Woonpunt et autres contre Commission*, C-132/12

CJUE, g^{de} ch., 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres et Kärntner Landesregierung et autres*, C-293/12, C-594/12

CJUE, g^{de} ch., 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige AB c. Postoch telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department*, C-203/15, C-698/15

Conseil constit., 24 juill. 2015, *Association French Data Network et autres*, 2015-478 QPC

Conseil constit., 21 oct. 2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]*, 2016-590 QPC

Conseil d'État, 10^e et 9^e SSR, 12 févr. 2016, *French Data Network et autres [accès administratif aux données de connexion]*, n° 388134

Conseil d'État, 15 févr. 2016, *French Data Network et autres*, n^{os} 389896 et 389140

Conseil d'État, 8^e chambre, 18 nov. 2016, *La Quadrature du Net et autres [Décret non publié sur les activités de surveillance internationale par les services de renseignements]*, n° 393080

TPIUE, 18 mars 2010, *Forum 187 ASBL contre Commission européenne*, T-189/08

TPIUE, 25 oct. 2011, *Microban International et Microban (Europe) contre Commission*, T-262/10

TPIUE, 29 mars 2012, *Asociación Española de Banca contre Commission européenne*, T-236/10

TPIUE, 7 juill. 2015, *Federazione nazionale delle cooperative della pesca (Federcoopescpa) e.a. contre Commission européenne*, T-312/14