

DONNÉES PERSONNELLES

Sanction record contre Google : la leçon du Conseil d'Etat



Le 19 juin 2020, le Conseil d'Etat a validé la sanction de 50 millions d'euros prononcée contre Google LLC par la Cnil. Eclairages sur une décision qui concerne les responsables de traitements, transfrontaliers ou non, qui au-delà de la clarification sur le rôle de l'autorité chef de file, fait prendre conscience des courts délais de procédure en cause et de la grande liberté de la Cnil dans la détermination des amendes administratives.

Lorsque la Cnil sanctionne Google LLC le 21 janvier 2019, la décision fait grand bruit, et pour cause : il s'agissait de la première décision rendue en application du RGPD. Or, si sous le régime antérieur la Cnil ne pouvait sanctionner qu'à hauteur de 3 millions d'euros, les nouveaux plafonds du RGPD lui ont permis de sanctionner un GAFAM d'une amende de 50 millions d'euros, ce qui était apparu à l'époque comme un coup d'éclat. La Cnil vient à nouveau de frapper fort contre Google LLC et Google Ireland Limited. Elle est l'autorité européenne qui prononce les sanctions les plus élevées.

Google a porté une requête devant le Conseil d'Etat visant à obtenir l'annulation de la décision et, à titre subsidiaire, a porté deux questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne. Le Conseil d'Etat s'est prononcé le 19 juin 2020 et a pu se prononcer sur plusieurs points de procédure. Une lecture approfondie de la décision apporte des éclairages qui concernent les responsables de traitements, transfrontaliers ou non, car au-delà de clarification sur le rôle de l'autorité chef de file, la décision du Conseil d'Etat fait prendre conscience des courts délais de procédure en cause et de la grande liberté de la Cnil dans la détermination des amendes administratives.

Ces différents points seront étudiés dans notre analyse, qui débute par un bref rappel des faits de l'affaire.

Une plainte collective contre Google France SARL et Google LLC

Dès l'entrée en vigueur du RGPD, les associations La Quadrature du Net et None of Your Business ont porté devant la Cnil deux plaintes collectives (nouveau du RGPD), regroupant au total 9 974 personnes. De façon très synthétique, les plaintes sont liées à l'utilisation du système d'exploitation Android qui oblige à créer un compte Google.

Ces plaintes ont poussé la Cnil à procéder à un contrôle en ligne le 21 septembre 2018. Le procès-verbal du contrôle en ligne a été notifié à Google LLC (société de droit américain) et à Google France SARL ; les deux sociétés ont également été informées des plaintes. A l'issue d'une procédure que nous détaillerons plus longuement, une seule société, à savoir Google LLC est condamnée, et les deux sociétés se sont vues notifier la décision. Seule Google LLC a formé une requête auprès du Conseil d'Etat en annulation de la décision de la Cnil, considérant notamment qu'elle bénéficie d'un établissement principal sur le territoire irlandais.

Ajoutons que l'UFC Que Choisir est intervenue en défense dans cette procédure.

L'établissement principal doit réellement être en charge des traitements

Lorsqu'un responsable de traitement effectue des traitements transfrontaliers, le RGPD pose comme principe que l'autorité de contrôle de l'établissement principal est compétente en tant qu'autorité chef de file¹. Le Conseil d'Etat doit donc déterminer où est l'établissement principal de Google en Europe. Le Règlement définit un « *établissement principal* » comme une administration centrale qui décide réellement des finalités et moyens du traitement des données et qui est en mesure de faire appliquer ses décisions².

Dans cette affaire, Google déclare que son établissement principal est en Irlande, il s'agit de la société Google Ireland Limited, « *siège social* » de ses opérations européennes qui dispose de « *moyens financiers et humains importants* » et qui est responsable de « *nombreuses fonctions organisationnelles* ». Mais Google ne détaille pas quelles fonctions organisationnelles sont réellement exercées par l'entité irlandaise.

Le Conseil d'Etat cherche à comprendre quelle entité Google a réellement en charge le système d'exploitation Android.

Il identifie que le système d'exploitation Android est « *exclusivement développé et exploité* » par Google LLC. Cependant, l'instruction n'a pas permis d'établir que Google Ireland exerçait un quelconque « *pouvoir de direction ou de contrôle sur les autres filiales* » de Google LLC.

Le Conseil d'Etat estime en effet que l'entité irlandaise n'est pas une administration centrale. Dans la mesure où aucune autre entité européenne de Google ne dispose d'un pouvoir décisionnel sur les finalités et moyens de traitements en cause, Google n'a donc pas d'administration centrale au sein de l'Union européenne.

A défaut d'administration centrale, impossible d'avoir un établissement principal... et sans établissement principal, il ne saurait y avoir d'autorité chef de file en charge du contrôle des traitements transfrontaliers. Les conséquences de ce défaut d'établissement principal vont encore plus loin, puisqu'un responsable de traitement qui n'est pas placé sous le contrôle d'une autorité chef de file ne peut pas bénéficier du mécanisme du guichet unique ou « *one stop shop* ». Pour le responsable de traitements transfrontaliers, cela revient à devoir potentiellement répondre de ses actes devant toutes les autorités de contrôle européennes.

Sur ce point, la décision du Conseil d'Etat reste conforme aux textes et à l'interprétation qui en est faite au niveau européen.

Elle doit être vue comme un avertissement aux responsables de traitement : la détermination de l'établissement principal n'est pas un choix de convenance (ou pire encore, un choix à laisser au hasard), mais elle doit relever d'une analyse approfondie, basée sur la réalité du processus décisionnel de chaque entreprise.

Vérification par la Cnil de l'absence d'autorité de contrôle chef de file pour Google LLC

La décision du Conseil d'Etat éclaire sur la démarche intéressante suivie de la Cnil : dès le 1er juin 2018 (soit une semaine seulement après avoir reçu la première plainte), la CNIL contacte ses homologues via le système européen d'échange d'information afin de vérifier si une autre autorité était compétente pour connaître de cette affaire³. Dans la mesure où aucune position divergente n'est remontée au Comité européen à la protection des données (CEPD), la Cnil se voit confirmée dans son raisonnement, à savoir que Google ne dispose pas en Europe d'un établissement principal et donc que la société ne relève pas d'une autorité chef de file.

La décision du Conseil d'Etat reprend d'ailleurs un argument de la décision de sanction de la Cnil : l'autorité irlandaise de protection des données, la « *Data Protection Commission* » avait annoncé dans la presse nationale, en exerçant son droit de réponse, qu'elle n'était pas l'autorité chef de file de Google LLC. Cette prise en compte d'une déclaration publique n'en reste pas moins surprenante.

Une fois certaine qu'aucune autorité de contrôle ne s'estime autorité chef de file de Google LLC, la Cnil a pu continuer son travail d'investigation sans être tenue de suivre la procédure de coopération prévue par le RGPD. Le Conseil d'Etat tranche ce point de droit et refuse de transmettre la question préjudicielle de Google à la Cour de justice de l'Union européenne.

Les délais de réponse permettent de respecter les droits de la défense

Google soulève que la procédure méconnaît les droits de la défense et le droit à un procès équitable. Pour mémoire, à l'époque des faits, le

droit français était dans une phase d'adaptation au RGPD et la procédure applicable est celle du décret 2005-1309 du 20 octobre 2005⁴.

Google fait valoir que les délais prévus par le décret sont trop courts pour permettre au responsable de traitement concerné de préparer sa défense. Le décret prévoit que « *Le responsable du traitement ou le sous-traitant dispose d'un délai d'un mois pour transmettre au rapporteur et à la formation restreinte ses observations écrites.* »⁵. En réplique, ce délai est de quinze jours. Contrairement à la procédure civile qui connaît des délais de distance, rien n'est prévu par le décret, or Google LLC est situé aux Etats-Unis.

Par ailleurs, la décision précise que le responsable de traitement a sollicité, par deux fois, une audition. Une première fois, auprès de la Commission, et une seconde auprès du rapporteur. Ces demandes n'ont pas abouti et la procédure est restée une procédure strictement écrite jusqu'à l'audition. Google a pu formuler des observations écrites sur le rapport puis des observations en réponse à celle du commissaire. Pour ces secondes observations, le délai de 15 jours a été étendu de 15 jours supplémentaires.

La procédure continue ensuite par la tenue d'une audition : la formation restreinte a ensuite fait preuve d'une souplesse relative en reculant la date de l'audience pour permettre au responsable de traitement de préparer sa défense. En l'occurrence, la date d'audience a été décalée de 5 jours. A l'audience, Google a pu présenter des observations orales. Ainsi, entre la transmission du rapport de contrôle aux deux entités Google (le 22 octobre 2018) et l'audition (qui a eu lieu le 15 janvier 2019), le responsable de traitement a eu moins de trois mois.

Le Conseil d'Etat estime que cette procédure offre des garanties suffisantes qui permettent à la défense de préparer sa position, quand bien même les textes prévoient des délais courts.

Les responsables de traitement doivent garder en tête que la Cnil sait agir sous des délais courts et encadrés. Pour pouvoir préparer utilement leur défense, les responsables de traitement doivent avoir au préalable une connaissance étendue des traitements qu'ils mettent en oeuvre et de l'évolution de leur conformité au RGPD.

Une sanction sans mise en demeure préalable

Dans le cas de Google, les délais ont été particulièrement courts car à l'issue de la procédure de contrôle la formation restreinte de la Cnil a directement sanctionné Google : Google n'a pas bénéficié d'une procédure de mise en demeure. L'absence de mise en demeure n'est pas considérée par le Conseil d'Etat comme une méconnaissance des droits de la défense. La Cnil reste donc libre de choisir le déroulé de sa « chaîne répressive », selon l'expression consacrée par la Cnil.

Une procédure de mise en demeure permet aux responsables de traitement de déployer des mesures de remédiation et d'échanger avec la Cnil. Lorsque cette période est utilement mise à profit par les responsables de traitement, la Commission en tient compte dans l'évaluation des sanctions. C'est notamment le cas dans la récente décision rendue à l'encontre de Carrefour France et Carrefour Banque⁷⁶ où elle tient compte de l'évolution des traitements durant la procédure, ce qui permet in fine de diminuer le montant de l'amende administrative.

La détermination du montant de l'amende administrative

Le RGPD pose un principe général selon lequel les amendes administratives imposées doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »⁸. Le Règlement précise encore « qu'il est dûment

tenu compte » d'un certain nombre d'éléments détaillés à l'article 83.2. et notamment de « la nature, la gravité et la durée » du manquement « du nombre de personnes concernées affectées » ou encore du « fait que la violation a été commise délibérément ou par négligence ».

Dans sa décision, la Cnil justifie le montant de l'amende administrative au regard de certains critères ; elle qualifie de manquement aux garanties fondamentales les atteintes causées par Google et prend en compte le fait que les manquements sont des violations continues du Règlement et qu'il n'y avait pas méconnaissance ponctuelle de la part de Google. Enfin, la Cnil tient compte de la finalité des traitements, de leur portée et du nombre de personnes concernées.

Pour Google, la Cnil aurait dû se prononcer sur l'ensemble des critères de l'article 83 et préciser le chiffrage qui lui a permis de déterminer le montant de la sanction. Le défaut de motivation de la décision caractérise une erreur de droit.

Dans sa réponse à Google, le Conseil d'Etat applique des textes que le juriste privatiste connaît peu ; il s'agit du code des relations entre le public et l'administration. Ce code trouve à s'appliquer en sus du Règlement intérieur de la Cnil, de la loi Informatique & libertés et du décret d'application et du RGPD.

Le Conseil d'Etat explique que si les décisions de la Cnil doivent être motivées, cette motivation doit « être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait » sur lesquelles la décision est fondée⁷.

Pour le Conseil d'Etat, cela signifie que lorsque la Cnil fonde une décision sur différents critères, elle doit motiver ceux sur lesquels elle s'appuie mais n'a pas l'obligation de prendre en compte tous les critères prévus par les textes.

La Cnil n'a pas non plus l'obligation d'expliciter le montant des sanctions.

Pour évaluer si l'amende est proportionnée ou non, le Conseil d'Etat prend en compte la gravité des manquements commis, les plafonds prévus par le RGPD et la situation financière de la société. Elle conclut que l'amende prononcée « ne revêt pas un caractère disproportionné ». Impossible donc de déterminer combien « pèse » un manquement en particulier sur le total de 50 millions d'euros.

Dans ce contexte, le responsable de traitement peut difficilement contester le montant de l'amende. Et de même, un responsable de traitement qui anticiperait une sanction et souhaiterait provisionner un montant en cas d'éventuelle amende administrative aura bien du mal à évaluer le risque.

Le Conseil d'Etat valide en tous points les raisonnements et procédures de la Cnil ; très encadrées et rapides, le responsable de traitement plus habitué du rythme lent des contentieux de droit privé doit se préparer à ces nouvelles contraintes.

Antoine GRAVEREAUX

Associé en Droit de la propriété intellectuelle, Nouvelles technologies et Dat.

Inès JOUSSET

Avocate collaboratrice en Droit de la propriété intellectuelle, Nouvelles technologies et Data DS Avocats.

Notes

- (1) Art. 55 du RGP.
- (2) Art. 4 du RGP.
- (3) Chap. 7 Coopération et cohérence, du RGP.
- (4) Ce décret a été abrogé et remplacé par le décret 2019-536 du 29 mai 2019.
- (5) Art. 75 du décret 2005-1309 dans sa version alors applicable ; le délai d'un mois est maintenu dans le décret 2019-536.
- (6) SAN-2020-008 et SAN-2020-009 du 18 novembre 2020.
- (7) Art. L211-1 et L211-5 du CRP.