

Affaire C-319/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

15 juillet 2020

Jurisdiction de renvoi :

Bundesgerichtshof (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

28 mai 2020

Partie défenderesse et demanderesse en « Revision » :

Facebook Ireland Limited

Partie requérante et défenderesse en « Revision » :

Bundesverband der Verbraucherzentralen und
Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

BUNDESGERICHTSHOF

ORDONNANCE

prononcée le :
28 mai 2020

[omissis]

dans le litige opposant

Facebook Ireland Limited, représentée par son conseil d'administration [omissis],
Dublin, Irlande,

partie défenderesse et demanderesse en « Revision »

[omissis]

à

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale e.V., représenté par son conseil d'administration [omissis], Berlin,

partie requérante et défenderesse en « Revision »

[omissis] **[Or. 2]**

La première chambre civile du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) a, à la suite de l'audience du 6 février 2020 [omissis],

rendu la décision suivante :

- I. Il est sursis à statuer.
- II. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie à titre préjudiciel de la question suivante, qui porte sur l'interprétation du chapitre VIII du règlement (UE) n° 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 (règlement général sur la protection des données, JO 2016, L 119, p. 1) et, en particulier, de l'article 80, paragraphes 1 et 2, ainsi que de l'article 84, paragraphe 1, de celui-ci :

Les dispositions du chapitre VIII du règlement 2016/679, et en particulier l'article 80, paragraphes 1 et 2, ainsi que l'article 84, paragraphe 1, de celui-ci, font-elles obstacle à des dispositions nationales qui – parallèlement aux pouvoirs d'intervention des autorités de contrôle chargées de surveiller et de faire appliquer le règlement et aux possibilités de recours des personnes concernées – confèrent aux concurrents, d'une part, et aux associations, organismes et chambres habilités en vertu du droit national, d'autre part, le pouvoir, en cas de violation du règlement 2016/679, d'agir contre l'auteur de celle-ci en introduisant un recours devant les juridictions civiles, indépendamment de la violation de droits concrets de personnes concernées individuelles et sans mandat d'une personne concernée, en invoquant l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, la violation d'une loi en matière de protection des consommateurs ou l'interdiction de l'utilisation de conditions générales nulles ? **[Or. 3]**

Motifs

- 1 A. La requérante est la fédération allemande des organisations centrales de consommateurs des Länder ; elle est inscrite sur la liste des organismes ayant qualité pour agir au titre de l'article 4 du Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (loi sur les actions en cessation de violations du droit de la consommation et d'autres violations, ci-après l'« UKlaG »). La défenderesse, qui a son siège en Irlande, exploite, sous l'adresse

www.facebook.de, la plate-forme Internet Facebook, qui permet l'échange de données personnelles et d'autres données. Une société sœur de la défenderesse, Facebook Germany GmbH, qui a son siège en Allemagne, y promeut la disponibilité d'espaces publicitaires sur la plate-forme Internet et assure un soutien aux annonceurs locaux de la défenderesse. Le cocontractant des annonceurs en Allemagne est la défenderesse. Elle traite en outre les données des clients allemands de Facebook. La société mère de la défenderesse et de Facebook Germany GmbH a son siège aux États-Unis d'Amérique.

- 2 La plate-forme Internet Facebook comporte un espace appelé « App-Zentrum » [Espace Applications] sur lequel la défenderesse met notamment à la disposition de ses utilisateurs des jeux gratuits de tiers. Lors de la consultation de l'Espace Applications le 26 novembre 2012, le jeu « The Ville » a été proposé et les informations suivantes sont apparues sur le bouton « Sofort spielen » [Jouer] :

« Durch das Anklicken von “Spiel spielen” oben erhält diese Anwendung

- Deine allgemeinen Informationen (?)
- Deine-Mail-Adresse
- Über Dich
- Deine Statusmeldungen

Diese Anwendung darf in deinem Namen posten, einschließlich dein Punktestand und mehr. »

[Si tu cliques sur le bouton « Jouer » ci-dessus, cette application obtient

- tes informations générales (?)
- ton adresse électronique
- à propos de toi
- ton statut

Cette application est autorisée à procéder à des publications en ton nom, en publiant notamment ton score et d'autres informations.]

- 3 L'indication suivante y figurait également :

« Wenn du fortfährst, stimmst du The Ville Allgemeine Geschäftsbedingungen und Datenschutzrichtlinien zu » [En continuant, tu acceptes les conditions générales de The Ville et sa politique en matière de protection des données].
[Or. 4]

Les conditions générales et les règles en matière de protection des données pouvaient être consultées au moyen d'un lien électronique. Des indications similaires apparaissaient également sous le bouton « Sofort spielen » dans le cas des jeux « Diamond Dash » et « Wetpaint Entertainment ». Dans le cas du jeu « Scrabble », les indications se terminaient par la phrase suivante :

« Diese Anwendung darf Statusmeldungen, Fotos und mehr in deinem Namen posten » [Cette application est autorisée à publier ton statut, des photos et d'autres informations en ton nom].

4 La requérante critique la présentation des indications fournies sous le bouton « Sofort spielen » de l'Espace Applications au motif qu'elles seraient déloyales, notamment du point de vue du non-respect des conditions légales qui s'appliquent à l'obtention d'un consentement valable de l'utilisateur en vertu des dispositions régissant la protection des données. En outre, elle considère que l'indication finale dans le cas du jeu « Scrabble » constitue une condition générale qui défavorise de façon induite l'utilisateur.

5 La requérante a conclu à ce qu'il soit interdit à la défenderesse, sous peine de mesures d'astreinte,

« 1. de présenter des jeux, dans le cadre d'activités commerciales à destination des consommateurs ayant leur résidence permanente en République fédérale d'Allemagne, sur le site Internet correspondant à l'adresse www.facebook.com, et ce dans un "Espace Applications", de telle sorte qu'en cliquant sur un bouton tel que "Spiel spielen", le consommateur déclare que l'exploitant du jeu obtient, par l'intermédiaire du réseau social exploité par la défenderesse, des informations sur les données à caractère personnel qui y figurent et est autorisé à transmettre (publier) des informations au nom du consommateur comme cela apparaît sur les captures d'écran reproduites [non reprises ici] ;

2. d'inclure dans des conventions avec des consommateurs ayant leur résidence habituelle en République fédérale d'Allemagne la disposition suivante ou des dispositions au contenu identique relatives à l'utilisation d'applications (applis) dans le cadre d'un réseau social, ainsi que d'invoquer les dispositions relatives à la transmission de données aux exploitants des jeux :

“Diese Anwendung darf Statusmeldungen, Fotos und mehr in deinem Namen posten” ».

6 La requérante demande en outre que la défenderesse soit condamnée au remboursement de frais de mise en demeure à concurrence de 200 EUR, majorés des intérêts. [Or. 5]

- 7 La requérante a introduit le présent recours indépendamment de la violation concrète de droits à la protection des données d'une personne concernée et sans mandat d'une telle personne.
- 8 Le Landgericht (tribunal régional, Allemagne) a condamné la défenderesse conformément aux conclusions de la requérante [omissis]. L'appel interjeté par la défenderesse a été rejeté [omissis]. Par son pourvoi en « Revision », qui a été autorisé par la juridiction d'appel et dont la requérante sollicite le rejet, la défenderesse maintient ses conclusions visant au rejet du recours.
- 9 Une délégation de membres du Bundeskartellamt (autorité fédérale de la concurrence) constituée par le président de cette autorité a, conformément à l'article 90, paragraphe 6, première phrase, et paragraphe 2, du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions de concurrence), déposé une déclaration écrite et assisté à l'audience du 6 février 2020 en intervenant à cette occasion.
- 10 B. Le succès du pourvoi en « Revision » dépend de l'interprétation du chapitre VIII du règlement (UE) n° 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 (règlement général sur la protection des données) et, en particulier, de l'article 80, paragraphes 1 et 2, ainsi que de l'article 84, paragraphe 1, de celui-ci. Il convient par conséquent de surseoir à statuer sur le pourvoi en « Revision » de la défenderesse et de saisir la Cour, en application de l'article 267, premier alinéa, sous b), et troisième alinéa, TFUE, d'une demande de décision préjudicielle.
- 11 I. La juridiction d'appel a considéré que les prétentions de la requérante étaient fondées. À cet égard, elle a exposé ce qui suit.
- 12 Le premier chef des conclusions de l'action en cessation, qui vise la présentation de l'Espace Applications, est fondé du point de vue de la violation du droit visée à l'article 8, paragraphe 1, du Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (loi contre la concurrence déloyale, ci-après l'« UWG »). Il y a lieu de considérer que cette présentation est une activité commerciale déloyale visée à l'article 3, paragraphe 1, de l'UWG, étant donné qu'elle est contraire à des dispositions légales au sens de **[Or. 6]** l'article 4, point 11, de l'UWG (ancienne rédaction) et de l'article 3a de l'UWG. Par la présentation contestée de l'Espace Applications, la défenderesse a enfreint l'article 28, paragraphe 3, première phrase, et l'article 4a, paragraphe 1, première et deuxième phrases, du Bundesdatenschutzgesetz (loi fédérale sur la protection des données, ci-après le « BDSG »), ainsi que l'article 13, paragraphe 1, du Telemediengesetz (loi sur les médias électroniques, ci-après le « TMG »). Ces dispositions relatives à la protection des données visent également à protéger les consommateurs et sont des dispositions réglementant le comportement des opérateurs sur le marché au sens

de l'article 4, point 11, de l'UWG (ancienne rédaction) et de l'article 3a de l'UWG.

- 13 Le fait que la défenderesse ait son siège en Irlande ne s'oppose pas à l'applicabilité du droit allemand de la protection des données. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, le critère pertinent est le point de savoir si la défenderesse est établie en Allemagne et si le traitement des données en question a eu lieu dans le cadre de son activité. Ces conditions sont remplies pour ce qui est de la société sœur de la défenderesse (Facebook Germany GmbH).
- 14 La présentation contestée des jeux sur l'Espace Applications n'est pas conforme aux conditions régissant l'obtention d'un consentement valable en vertu des dispositions relatives à la protection des données, lesquelles résultent de l'article 4a, paragraphe 1, première et deuxième phrases, du BDSG. La présentation critiquée de l'Espace Applications ne précise pas quelles sont les données dont le transfert est autorisé et quelle est la finalité du transfert. Par conséquent, la transmission des données de l'utilisateur aux exploitants des jeux sur la base de cette présentation de l'Espace Applications est contraire à l'article 4 et à l'article 28, paragraphe 3, du BDSG.
- 15 Toujours selon la juridiction d'appel, le deuxième chef des conclusions, qui est dirigé contre l'utilisation de l'indication « Diese Anwendung darf Statusmeldungen, Fotos und mehr in deinem Namen posten » dans le cadre de la présentation du jeu « Scrabble », est fondé au titre de l'article 1^{er} de l'UKlaG. Cette indication est une condition générale qui défavorise de façon indue l'utilisateur au sens de l'article 307 du Bürgerliches Gesetzbuch (code civil, ci-après le « BGB »). [Or. 7]
- 16 Le chef des conclusions visant au remboursement des frais de mise en demeure est fondé au titre de l'article 12, paragraphe 1, deuxième phrase, de l'UWG.
- 17 II. C'est à juste titre que la juridiction d'appel a estimé que les conclusions étaient fondées. Il importe dès lors, pour le succès du pourvoi en « Revision », de déterminer si c'est à bon droit que la juridiction d'appel a considéré que le recours était recevable. Dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours, il se pose une question d'interprétation du règlement 2016/679, pour laquelle la réponse n'est pas évidente. Il est permis de se demander si des organismes ayant qualité pour agir, tels que l'association de consommateurs agissant en l'espèce, disposent, après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679 et conformément à l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG et à l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG, du pouvoir d'agir, en introduisant un recours devant les juridictions civiles, à l'encontre de violations de ce règlement indépendamment de la violation concrète de droits de personnes concernées individuelles et sans mandat d'une personne concernée, en invoquant la violation du droit au sens de

l'article 3a de l'UWG, la violation d'une loi en matière de protection des consommateurs au sens de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG ou l'utilisation d'une condition générale nulle en application de l'article 1^{er} de l'UKlaG.

- 18 1. La requérante fait valoir que les obligations d'information résultant de l'article 13, paragraphe 1, première phrase, première partie de la phrase, du TMG n'ont pas été respectées et fonde ainsi les conclusions du recours sur la violation d'une disposition qui a été remplacée, lors de l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, par des dispositions figurant dans ce règlement (articles 12 et 13 du règlement). Il est possible que le pouvoir d'alléguer le non-respect de ces obligations d'information dans le cadre d'un recours devant les juridictions civiles, qui appartenait initialement à la requérante, n'existe plus de ce fait.
- 19 a) Il ressort des conclusions du recours, interprétées à la lumière de l'argumentation y afférente, que la requérante allègue le non-respect d'une obligation d'information en ce qui concerne la finalité et la portée [Or. 8] d'un consentement de l'utilisateur à l'exploitation de ses données à caractère personnel, obligation incombant à la défenderesse en vertu de l'article 13, paragraphe 1, du TMG.
- 20 b) Les conclusions fondées sur la violation de l'article 13, paragraphe 1, du TMG étaient recevables et fondées avant l'entrée en vigueur du règlement 2016/679.
- 21 aa) Aux termes de l'article 13, paragraphe 1, première phrase, première partie de la phrase, du TMG, il appartient au fournisseur de services, dès le début de l'utilisation, d'informer l'utilisateur sous une forme globalement compréhensible du mode, de l'étendue et de la finalité de la collecte et de l'utilisation de données à caractère personnel, s'il n'en a pas déjà été informé préalablement. La juridiction d'appel a considéré à bon droit que les indications figurant dans l'Espace Applications qui sont visées par les conclusions du recours ne satisfont pas à ces conditions.
- 22 bb) Par conséquent, le premier chef des conclusions était fondé. En ne respectant pas les obligations d'information résultant de l'article 13, paragraphe 1, première phrase, première partie de la phrase, du TMG, la défenderesse a enfreint l'article 3a de l'UWG et l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG. La juridiction d'appel a estimé à juste titre que les dispositions de l'article 13 du TMG en cause en l'espèce sont des dispositions réglementant le comportement des opérateurs sur le marché au sens de l'article 3a de l'UWG. Il s'agit en outre de dispositions qui, conformément à l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, sous a), de l'UKlaG, régissent la licéité de la collecte, du traitement ou de l'utilisation, par un entrepreneur, des données à caractère personnel d'un consommateur qui ont été collectées, traitées ou utilisées à des fins publicitaires. En outre, c'est à juste titre que la juridiction d'appel a estimé que le fait que la défenderesse ait son siège en Irlande ne s'opposait pas à l'applicabilité du droit allemand de la protection des données. Dans son arrêt du 5 juin 2018,

Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16, EU:C:2018:388, [omissis] point 55), la Cour a déjà jugé, en ce qui concerne la relation, existant également en l'espèce, entre la défenderesse, qui a son siège en Irlande et qui est responsable du traitement des données pertinentes dans cette affaire, **[Or. 9]** et sa société sœur, qui a son siège en Allemagne et qui est uniquement chargée de la promotion et de la vente de publicités en Allemagne, que la société sœur allemande était à considérer comme un établissement au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46.

- 23 En ne respectant pas les obligations d'information en matière de protection des données qui sont applicables en l'espèce, la défenderesse a utilisé en outre une condition générale nulle au sens de l'article 1^{er} de l'UKlaG. Il en résulte que le deuxième chef des conclusions était initialement fondé.
- 24 cc) Initialement, le recours était également recevable. En particulier, la requérante était habilitée, avant l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, à faire valoir ses prétentions dans le cadre d'un recours devant les juridictions civiles.
- 25 (1) Le pouvoir de faire valoir en justice le premier chef des conclusions de l'action en cessation résultait de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG, ainsi que de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG.
- 26 Aux termes de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG, le droit de réclamer, conformément à l'article 8, paragraphe 1, de l'UWG, la cessation d'activités commerciales illicites au sens de l'article 3 de l'UWG appartient aux organismes ayant qualité pour agir qui démontrent qu'ils sont inscrits sur la liste des organismes ayant qualité pour agir au titre de l'article 4 de l'UKlaG. L'association de consommateurs requérante est inscrite sur la liste des organismes ayant qualité pour agir au titre de l'article 4 de l'UKlaG. Dès lors qu'elle était un tel organisme, la requérante était habilitée, sous l'empire de la directive 95/46, à agir en cessation, conformément aux dispositions combinées de l'article 8, paragraphes 1 et 3, point 3, de l'UWG, d'une part, et de l'article 3, paragraphe 1, ainsi que de l'article 3a de l'UWG, d'autre part, à l'encontre de violations du droit de la protection des données [en l'occurrence, article 10, sous a), de la directive 95/46, article 13, paragraphe 1, première phrase, première partie de la phrase, du TMG], en invoquant la violation du droit, au motif que l'activité commerciale serait illicite (voir arrêt du 29 juillet 2019, Fashion ID, C-40/17, EU:C:2019:629 [omissis]). **[Or. 10]**
- 27 Le pouvoir de la requérante de faire valoir en justice le premier chef des conclusions de l'action en cessation résultait par ailleurs de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG. En vertu de cette disposition, les organismes ayant qualité pour agir au sens de cette disposition peuvent agir en cessation de violations de la législation en matière de protection des consommateurs, laquelle comprend également, conformément à l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG, les dispositions qui portent

sur la licéité de la collecte, du traitement et de l'utilisation, par un entrepreneur, des données à caractère personnel d'un consommateur à des fins publicitaires.

- 28 (2) Le droit de faire valoir en justice le deuxième chef des conclusions, tendant à la cessation de l'utilisation d'une condition générale, découlait également de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG. En vertu de cette disposition, les organismes ayant qualité pour agir peuvent réclamer, conformément à l'article 1^{er} de l'UKlaG, la cessation de l'utilisation de conditions générales nulles en vertu de l'article 307 du BGB. Avant l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, les organismes ayant qualité pour agir au sens de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG pouvaient ainsi, conformément à l'article 1^{er} de l'UKlaG, agir en cessation contre l'utilisateur d'une condition générale qui était nulle, en vertu de l'article 307 du BGB, parce qu'elle enfreignait une disposition en matière de protection des données [omissis].
- 29 c) Il est possible que ce régime juridique ait été modifié du fait de l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, ce qui serait pertinent pour la solution du litige.
- 30 aa) Il est vrai que les conclusions du recours restent fondées, même après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679. Certes, les dispositions de l'article 13, paragraphe 1, du TMG ne sont plus applicables depuis cette date [omissis]. **[Or. 11]** Les obligations d'information pertinentes sont désormais celles qui résultent des articles 12 à 14 du règlement 2016/679. La défenderesse n'a pas respecté l'obligation lui incombant en vertu de l'article 12, paragraphe 1, première phrase, du règlement 2016/679, qui consiste à fournir à la personne concernée, d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples, les informations visées à l'article 13, paragraphe 1, sous c) et e), de ce règlement, lesquelles sont relatives à la finalité du traitement des données et au destinataire des données à caractère personnel.
- 31 bb) Toutefois, la qualité pour agir qui appartenait initialement à la requérante a disparu lors de l'entrée en vigueur du règlement 2016/679 s'il convient de répondre par l'affirmative à la question préjudicielle. La perte de la qualité pour agir doit également être prise en compte dans le cadre de la procédure en « Revision » et elle conduit à l'irrecevabilité du recours.
- 32 Les dispositions de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG régissent non seulement les conditions d'admissibilité au fond, mais également la qualité pour agir d'un point de vue procédural, qui doit, en tant que condition de recevabilité, toujours exister au stade de la « Revision ». Par conséquent, la juridiction de « Revision » doit examiner la question de savoir si les conditions de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG sont remplies, sans être liée par les constatations de fait opérées par la juridiction d'appel [omissis]. Cela s'applique également, mutatis mutandis, à l'article 3, paragraphe 1, de l'UKlaG. Cette disposition régit elle aussi non seulement les conditions d'admissibilité au fond, mais également la qualité pour agir d'un point de vue procédural et, partant, une condition de

recevabilité qui doit toujours exister au stade de la « Revision » [Or. 12] [omissis].

- 33 2. Il y a débat sur le point de savoir si des organismes ayant qualité pour agir au sens de l'article 4 de l'UKlaG sont habilités, après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679 et conformément à l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG, à agir en justice à l'encontre de violations des dispositions de ce règlement qui sont relatives à la protection des données, lesquelles sont d'application directe en vertu de l'article 288, paragraphe 2, première phrase, TFUE, en invoquant la violation du droit au sens de l'article 3a de l'UWG.
- 34 a) Selon un point de vue, le règlement 2016/679 régit lui-même, de manière exhaustive, le contrôle de l'application de ses dispositions relatives à la protection des données ; les partisans de cette thèse considèrent par conséquent que les concurrents ne sont pas habilités à agir au titre du droit de la concurrence et que les associations ne le sont que dans les conditions prévues à l'article 80 du règlement [omissis]. Selon un autre point de vue, les dispositions du règlement 2016/679 en matière d'application du droit ne sont pas exhaustives et les concurrents, les associations et les organismes visés à l'article 8, paragraphe 3, de l'UWG sont donc toujours habilités à introduire des actions en cessation en invoquant la violation du droit au sens de l'article 4, point 11, de l'UWG (ancienne rédaction) ou de l'article 3a de l'UWG [omissis]. [Or. 13] D'autres auteurs considèrent pour leur part que les concurrents n'ont pas qualité pour agir, mais que les associations au sens de l'article 3 de l'UKlaG peuvent agir en justice à l'encontre de violations conformément à l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG dès lors qu'elles remplissent les conditions mentionnées à l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 [omissis]. En revanche, ces associations ne pourraient pas agir au titre de l'article 3a de l'UWG [omissis]. Enfin, il est soutenu que le règlement 2016/679 n'a rien changé à la qualité pour agir des concurrents au titre de l'article 8, paragraphe 3, point 1, de l'UWG, tandis que la qualité pour agir des associations n'existe que dans les conditions régies par l'article 80 du règlement [omissis]. La réponse à la question litigieuse n'est pas claire.
- 35 b) Il ne ressort pas du libellé du règlement 2016/679, et notamment des dispositions de son chapitre VIII qui régit les voies de recours, les responsabilités et les sanctions en cas de violation des conditions auxquelles le règlement subordonne le traitement autorisé des données à caractère personnel, que les organismes ayant qualité pour agir qui sont actifs aux fins de la protection des intérêts des consommateurs au sens de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG sont habilités à agir.
- 36 aa) Certes, l'article 80, paragraphe 1, du règlement 2016/679 prévoit la qualité pour agir des organismes, des organisations ou des associations à but non lucratif qui ont été valablement constitués conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et qui sont actifs dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la

protection des données à caractère personnel [Or. 14] les concernant. Il faut toutefois que l'organisme, l'organisation ou l'association ait été mandaté par la personne concernée pour qu'il exerce en son nom les droits visés aux articles 77, 78 et 79 et exerce en son nom le droit d'obtenir réparation visé à l'article 82 du règlement lorsque le droit d'un État membre le prévoit. La qualité pour agir au titre de l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG, considérée en l'espèce, ne constitue pas un tel recours sur mandat et au nom d'une personne concernée pour faire valoir ses droits personnels. Elle constitue au contraire une qualité pour agir de l'association au titre d'un droit qui lui est propre, laquelle lui permet, en cas de violation du droit au sens de l'article 3a de l'UWG, d'agir contre des violations des dispositions du règlement 2016/679 à titre objectif, indépendamment de la violation de droits concrets de personnes concernées individuelles et d'un mandat que celles-ci lui confèreraient.

- 37 bb) En outre, une qualité pour agir de l'association afin de faire appliquer, à titre objectif, le droit de la protection des données n'est pas prévue par l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679. Aux termes de celui-ci, les États membres peuvent certes prévoir que tout organisme, organisation ou association visé au paragraphe 1 de cet article, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, a, dans l'État membre en question, le droit d'introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu de l'article 77, et d'exercer les droits visés aux articles 78 et 79. Il faut cependant aussi que les droits d'une personne concernée prévus dans le règlement aient été violés du fait d'un traitement. Par conséquent, les dispositions de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 n'autorisent pas non plus, eu égard à leur libellé, une qualité pour agir des associations qui invoquent des violations objectives du droit de la protection des données indépendamment de la violation des droits subjectifs d'une personne concernée concrète en s'appuyant, comme en l'espèce, sur l'article 3a et l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG [omissis]. [Or. 15] Une conclusion identique peut être tirée de la deuxième phrase du considérant 142 du règlement 2016/679 qui mentionne également la violation des droits d'une personne concernée à titre de condition d'une qualité pour agir de l'association indépendamment d'un mandat de la personne en question.
- 38 cc) Il ne semble pas non plus que la licéité de la qualité pour agir d'une association puisse résulter de l'article 84, paragraphe 1, du règlement 2016/679, aux termes duquel les États membres déterminent le régime des autres sanctions applicables en cas de violations du règlement et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Il ressort de l'économie du règlement 2016/679 que la qualité pour agir d'une association, telle que celle qui est visée à l'article 8, paragraphe 3, de l'UWG, ne saurait être une « sanction », ne serait-ce que parce que le législateur de l'Union opère une distinction expresse, au chapitre VIII du règlement, entre les voies de recours, les responsabilités et les sanctions et qu'il résulte de l'articulation entre l'article 84, l'article 83 et les considérants 148 à 152 du règlement que les sanctions au sens de l'article 84 du règlement sont des sanctions administratives et pénales au titre des violations [omissis].

- 39 c) L'interprétation au regard de l'économie du règlement 2016/679 ne permet pas de savoir avec certitude si, en adoptant ce règlement, le législateur de l'Union a, contrairement au régime découlant auparavant de la directive 95/46, harmonisé non seulement les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel, mais également le contrôle de l'application des droits qui en découlent.
- 40 aa) Le règlement 2016/679 confère aux autorités de contrôle au sens de l'article 51, paragraphe 1, et de l'article 4, point 21, du règlement, des obligations étendues en matière de surveillance ainsi que des pouvoirs d'enquête et le pouvoir d'adopter des mesures correctrices (voir articles 57 à 59 et considérants 129 et 133 du règlement). Il pourrait en découler que le législateur de l'Union part du principe que ce sont **[Or. 16]** les autorités de contrôle qui contrôlent l'application (« public enforcement ») des dispositions du règlement [omissis]. La « clause d'ouverture » figurant à l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679, qui prévoit la qualité pour agir d'une association, pourrait, eu égard à cette réglementation très complète des obligations et des pouvoirs des autorités de contrôle, constituer une disposition dérogatoire. Une interprétation extensive de la « clause d'ouverture », énoncée à l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679, qui ne tiendrait pas compte de la condition tenant aux « droits d'une personne concernée » qui est prévue dans cette disposition se heurterait à des objections [omissis]. Dans la même ligne, l'avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne considère également que, du fait de l'adoption du règlement 2016/679 remplaçant la directive 95/46, laquelle laissait aux États membres la liberté de choisir les modalités de transposition, l'adoption de mesures nationales de transposition d'un règlement n'est en principe permise que si elle est expressément autorisée (conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire Fashion ID, C-40/17, EU:C:2018:1039, point 47).
- 41 bb) Toutefois, le fait que la formule « Sans préjudice de tout autre recours » figure à l'article 77, paragraphe 1, à l'article 78, paragraphes 1 et 2, ainsi qu'à l'article 79, paragraphe 1, du règlement 2016/679 pourrait infirmer la thèse de la réglementation exhaustive du contrôle de l'application du droit [omissis]. De surcroît, l'article 82, paragraphe 1, du règlement 2016/679 attribue à toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du règlement le droit d'obtenir réparation du préjudice subi. Il pourrait en résulter que le règlement 2016/679 n'exclut pas qu'une action soit exercée par une personne autre que la personne concernée au sens de l'article 80, paragraphe 2, du règlement, en cas de violation des dispositions du règlement qui sont relatives à la protection des données [omissis]. **[Or. 17]**
- 42 d) De même, l'objectif du règlement, dont il convient de tenir compte, dans le cadre de l'interprétation du droit de l'Union, parallèlement au libellé et à l'économie du règlement, n'apporte pas de réponse claire à la question préjudicielle.
- 43 aa) La thèse selon laquelle la qualité pour agir des associations au titre du droit de la concurrence, conformément à l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG,

existerait toujours pourrait être corroborée par la considération selon laquelle cela ferait subsister une possibilité supplémentaire de contrôler l'application du droit, laquelle serait souhaitable en vertu du principe d'effectivité (« effet utile ») afin d'assurer un niveau aussi élevé que possible de protection en matière de données à caractère personnel, conformément au considérant 10 du règlement 2016/679 [omissis].

- 44 bb) D'un autre côté, la licéité d'une qualité pour agir des associations au titre du droit de la concurrence, conformément à l'article 8, paragraphe 3, point 3, de l'UWG, pourrait être contraire à l'objectif d'harmonisation poursuivi par le législateur de l'Union lorsqu'il a adopté le règlement 2016/679.
- 45 Sous l'empire de la directive 95/46, non seulement le niveau de protection en matière de données à caractère personnel était différent d'un État à l'autre dans l'Union européenne, mais il existait également des différences en matière de contrôle de l'application des dispositions relatives à la protection des données [omissis]. Il ressort des considérants 11 et 13 du règlement 2016/679 que l'objectif du législateur de l'Union est de prévoir des mesures correctrices à ces deux égards et, partant, d'uniformiser également le niveau de contrôle de l'application au sein de l'Union [omissis]. Un contrôle de l'application des dispositions en matière de protection des données par des personnes privées, c'est-à-dire par des concurrents, des associations d'entreprises et de consommateurs au sens de l'article 8, paragraphe 3, de l'UWG, qui irait au-delà des instruments prévus dans le règlement, pourrait être contraire à cet objectif d'uniformisation [omissis]. **[Or. 18]**
- 46 Il n'est pas non plus évident qu'il existe, dans le système de contrôle de l'application du règlement, une lacune qui devrait être comblée en autorisant des personnes privées au sens de l'article 8, paragraphe 3, de l'UWG à agir au titre du droit de la concurrence [omissis]. En vertu de l'article 8, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le respect de la protection des données à caractère personnel concernant une personne est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. C'est pourquoi le règlement 2016/679 réglemente de manière détaillée les missions et les pouvoirs des autorités de contrôle. Il n'est pas exclu qu'une concurrence, en matière de contrôle de l'application du droit objectif de la protection des données, entre les autorités de contrôle, d'une part, et les juridictions civiles, d'autre part, risque de conduire à l'éviction des divers pouvoirs des autorités de contrôle et à des divergences dans l'Union européenne dans le cadre du contrôle de l'application du droit de la protection des données. Le principe d'effectivité pourrait dès lors également militer contre l'existence d'une qualité pour agir des associations [omissis].
- 47 3. Il y a également débat et, partant, nécessité d'une clarification sur le point de savoir si les organismes ayant qualité pour agir qui sont visés à l'article 3, paragraphe 1, première phrase, point 1, de l'UKlaG sont habilités, après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, à exercer des actions en cas de violation des dispositions du règlement qui sont relatives à la protection des données, au titre

des actions exercées en raison du non-respect d'une loi en matière de protection des consommateurs au sens de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG.

- 48 a) Une partie de la doctrine soutient que l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG doit être considéré comme une transposition partielle, par anticipation, des dispositions de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 [omissis]. **[Or. 19]**
- 49 b) Les partisans d'un autre point de vue écartent de manière générale une telle qualité pour agir [omissis] ou considèrent en tout cas qu'elle n'existe pas dans le cas, en cause en l'espèce, où la violation du droit objectif de la protection des données est alléguée [omissis]. Selon eux, il est déjà permis de se demander si les dispositions relatives à la protection des données qui figuraient à l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG, lesquelles se rapportaient aux dispositions abrogées avec effet au 25 mai 2018 du BDSG dans son ancienne rédaction, qui n'ont pas d'équivalent dans les dispositions désormais applicables de la nouvelle rédaction du BDSG, remplissaient les conditions auxquelles le droit de l'Union subordonne la qualification de loi en matière de protection des consommateurs. En tout état de cause, la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs ne constituerait pas une base juridique en droit de l'Union [omissis]. L'entrée en vigueur du règlement 2016/679 aurait du moins fait disparaître la base juridique, en droit de l'Union, des dispositions de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG et celles-ci ne pourraient plus être appliquées en raison du principe de la primauté du droit de l'Union, lequel est matérialisé par ce règlement [omissis]. De plus, la thèse d'une transposition partielle par anticipation serait infirmée par le fait que cela accroîtrait (encore) les divergences entre les législations des États membres [omissis].
- 50 4. En ce qui concerne la recevabilité du deuxième chef des conclusions, qui vise à la cessation de l'utilisation d'une condition générale, il se pose également **[Or. 20]** la question de savoir si l'association de consommateurs requérante est habilitée, après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679, à contrôler l'application des dispositions du règlement relatives à la protection des données en faisant valoir une prétention tendant au contrôle d'une condition générale.
- 51 a) En vertu de l'article 3 de l'UKlaG, les organismes ayant qualité pour agir ont le droit d'agir, conformément à l'article 1^{er} de l'UKlaG, en cessation de l'utilisation de conditions générales nulles au sens de l'article 307 du BGB.
- 52 b) Il n'est pas évident de savoir si des organismes détenteurs d'un droit au titre de l'article 3 de l'UKlaG, tels que la requérante, sont (encore) habilités à intenter, après l'entrée en vigueur du règlement 2016/679 et conformément à l'article 1^{er} de l'UKlaG, une action en cessation dirigée contre l'utilisation de conditions

générales lorsque cette action est fondée sur la violation de dispositions de ce règlement qui sont relatives à la protection des données.

- 53 aa) Il est ainsi soutenu qu'il y a lieu de considérer, eu égard à l'objectif d'une harmonisation complète qui est poursuivi par le règlement 2016/679, que la possibilité pour les associations de contrôler l'application, qui est prévue à l'article 80, paragraphe 2, de ce règlement, est exhaustive. Le règlement 2016/679 conférerait aux États membres, dans un cadre bien défini, la possibilité de créer un pouvoir autonome et indépendant d'un mandat, qui permettrait aux associations d'effectuer un contrôle de l'application. Il serait dès lors exclu de recourir à des institutions telles que le contrôle du contenu de conditions générales ou d'appliquer un contrôle au titre du droit de la concurrence pour ce qui est de l'appréciation des processus de traitement de données par le règlement 2016/679. De plus, il ne serait plus nécessaire que les associations disposent de telles possibilités de contrôle, étant donné que le législateur allemand est autorisé, par la « clause d'ouverture » de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679, à conférer aux associations une large [Or. 21] qualité pour agir en matière judiciaire ou administrative [omissis].
- 54 bb) Pour d'autres auteurs, un recours visant à contrôler la licéité de conditions générales au sens de l'article 1^{er} de l'UKlaG demeure en revanche recevable au regard du droit de l'Union [omissis].
- 55 III. La question dont la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie à titre préjudicielle est pertinente pour la solution du litige. S'il convient de répondre par l'affirmative à cette question, la qualité de la requérante pour faire valoir ses prétentions en justice, qui existait initialement, aura disparu du fait de l'entrée en vigueur du règlement 2016/679. Dans ce cas, il ne pourra pas non plus être conclu à l'existence d'une qualité pour agir au motif que les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, points 1 à 3, de l'UKlaG, d'une part, et de l'article 1^{er} ainsi que de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG, d'autre part, interprétées conformément au droit de l'Union, doivent être considérées comme une transposition de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679.
- 56 1. Comme cela a été exposé, le recours sera irrecevable si la qualité pour agir disparaît au cours de la procédure de « Revision ».
- 57 2. Il ne peut pas être considéré qu'il y a qualité pour agir au motif que, dans le cadre d'une interprétation conforme, les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, points 1 à 3, de l'UKlaG, d'une part, et de l'article 1^{er} ainsi que de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG, d'autre part, doivent être considérées comme une transposition (par anticipation) de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679.
- 58 a) Il est vrai qu'il a été soutenu qu'il existe non pas une qualité pour agir du concurrent au titre de l'article 8, paragraphe 3, point 1, de l'UWG et des

associations au titre de l'article 8, paragraphe 3, points 2 à 4, de l'UWG pour intenter une action en cas de violation des dispositions combinées de l'article 3a de l'UWG et des dispositions du règlement 2016/679 relatives à la protection des données, [Or. 22] mais une qualité pour agir des associations au titre de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, points 1 à 3, de l'UKlaG, afin d'exercer des actions en cas de violation de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG, lorsque les associations en question remplissent les conditions mentionnées à l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 [omissis]. Selon certains auteurs, les dispositions combinées de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, points 1 à 3, de l'UKlaG et de l'article 2, paragraphe 2, première phrase, point 11, de l'UKlaG doivent être considérées comme une transposition (par anticipation) de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 [omissis]. Toutefois, cette argumentation ne permet pas de conclure à une qualité pour agir de la requérante en l'espèce.

- 59 b) Même si, à l'instar de la doctrine reproduite ci-dessus, il était considéré qu'une transposition (par anticipation) de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679 est en principe possible [omissis], il faudrait, pour pouvoir conclure à l'existence d'une qualité pour agir au titre de l'article 3, paragraphe 1, première phrase, de l'UKlaG, dûment interprété en conformité avec le droit de l'Union, à savoir au regard des dispositions combinées de l'article 80, paragraphes 1 et 2, du règlement 2016/679, que les conditions auxquelles le législateur a subordonné la création d'une qualité pour agir des associations par les États membres soient remplies. Tel n'est pas le cas en l'espèce.
- 60 La possibilité conférée aux États membres par l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679, qui consiste à permettre aux associations d'exercer une voie de droit, ne concerne que les recours dans le cadre desquels un organisme, une organisation ou une association fait valoir que les droits d'une personne concernée prévus dans le règlement ont été violés du fait d'un traitement. Cette condition n'est pas remplie. [Or. 23]
- 61 Contrairement à ce qui a été soutenu par le représentant de la défenderesse au cours de l'audience dans le cadre de la procédure de « Revision », ce n'est certes pas l'allégation de la violation d'un droit dans le cadre du « traitement » qui fait défaut. En application de l'article 4, point 2, du règlement 2016/679, la notion de « traitement » englobe également des procédés liés à la collecte et à la consultation de données à caractère personnel et, partant, les obligations d'information, en cause en l'espèce, qui sont liées à l'obtention du consentement à l'utilisation future des données qui est souhaitée.
- 62 Toutefois, la requérante n'allègue pas en l'espèce la violation des droits d'une personne concernée au sens de l'article 80, paragraphe 2, du règlement 2016/679. Les conclusions portent au contraire sur le contrôle abstrait de la présentation de l'Espace Applications par la défenderesse au regard du droit objectif de la protection des données, sans que la requérante ait allégué la violation de [Or. 24]

droits d'une personne physique identifiée ou identifiable au sens de l'article 4, point 1, du règlement 2016/679.

[omissis]

DOCUMENT DE TRAVAIL