

Audience publique du 17 décembre 2021

Requête en obtention de mesures provisoires
introduite par
la société à responsabilité limitée AMAZON EUROPE CORE S.A R.L., Luxembourg,
par rapport à une décision de la
COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES, Belvaux,
en matière de protection des données

ORDONNANCE

Vu la requête inscrite sous le numéro 46630 du rôle et déposée le 29 octobre 2021 au greffe du tribunal administratif par la société en commandite simple ALLEN & OVERY, établie et ayant son siège à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J.F. Kennedy, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats de Luxembourg, représentée par Maître Thomas BERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats de Luxembourg, pour la société à responsabilité limitée AMAZON EUROPE CORE S.A R.L., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 38, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B180022, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, tendant à l'institution d'un sursis à exécution par rapport à la décision du 15 juillet 2021, référencée sous le n° 26FR/2021 de la COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES, établissement public, sis à L-4370 Belvaux, 15, boulevard du Jazz, lui ayant infligé une amende administrative de 746.000.000 euros, tout en lui imposant de procéder à des mesures correctrices dans un délai de six mois à compter de sa notification sous peine d'une astreinte journalière de 746.000 euros, un recours en réformation, sinon en annulation ayant été par ailleurs introduit contre la même décision par requête déposée le 15 octobre 2021, inscrite sous le numéro 46578 du rôle ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL, demeurant à Luxembourg, du 2 novembre 2021, portant signification de la prédite requête en obtention d'une mesure provisoire à l'établissement public COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES ;

Vu la constitution d'avocat à la Cour par la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois NAUTADUTILH AVOCATS LUXEMBOURG SARL, inscrite sur la Liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 189.905, représentée par Maître Vincent WELLENS, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des Avocats de Luxembourg, pour l'établissement public COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES, du 3 novembre 2021 ;

Vu les articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

Vu la note de plaidoiries déposée le 1^{er} décembre 2021 par Maître Vincent WELLENS pour l'établissement public COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Maître Thomas BERGER et Maître Catherine DI LORENZO, assistés de Maître Paul WAGNER et de Maître Kristof VAN QUATHEM, avocat au barreau de Bruxelles, pour la société requérante, ainsi que Maître Vincent WELLENS, assisté de Maître Lindsay KORYTKO et de Maître Antoine PETRONIN, pour l'établissement public COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES, entendus en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 3 décembre 2021.

En date du 28 mai 2018, l'association de défense française LA QUADRATURE DU NET saisit la COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES française d'une plainte par rapport à diverses pratiques imputées aux sociétés de droit luxembourgeois AMAZON EUROPE CORE S.AR.L., AMAZON EU S.AR.L., AMAZON SERVICES EUROPE S.A.R.L. ainsi qu'à la société de droit britannique AMAZON VIDEO LIMITED en leurs qualités de responsables du traitement des données personnelles traitées via les Services AMAZON en application de l'article 80 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données, ci-après « RGPD »).

Dans le cadre de la coopération européenne régie par les articles 60 à 62 du RGPD, l'établissement public luxembourgeois COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES (ci-après « CNPD ») fut identifié à travers le système européen d'échange d'information comme étant l'autorité de contrôle chef de file compétente conformément aux dispositions de l'article 56 du RGPD pour traiter la prédictée réclamation.

Le 5 avril 2019, la CNPD décida d'ouvrir une enquête et désigna à cette fin Monsieur Christophe BUSCHMANN, commissaire de la CNPD, en qualité de chef d'enquête avec pour mission de vérifier la conformité des traitements de la société AMAZON EUROPE CORE S.AR.L., ci-après « la société AMAZON », avec le RGPD, la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données, ainsi qu'avec la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et plus spécifiquement avec les dispositions liées à la base de licéité et à l'usage des témoins de connexion (ci-après « cookies »).

Ladite décision fut formellement notifiée à la société AMAZON par courrier du 23 avril 2019.

En date du 25 juin 2020, le chef d'enquête notifia à la société AMAZON la communication des griefs, par rapport à laquelle la société AMAZON prit position en date du 20 août 2020.

En date du 10 novembre 2020, il fut procédé à une audition de la société AMAZON en présence de la Formation Restreinte de la CNPD, composée de la présidente de la CNPD, Madame Tine LARSEN et des commissaires Messieurs Thierry LALLEMANG et Marc LEMMER, ainsi que du chef d'enquête Monsieur Christophe BUSCHMANN.

La Formation Restreinte de la CNPD adressa ensuite conformément à l'article 60 du RGPD son projet de décision aux autorités de contrôle des autres États membres de l'Union européenne en vue d'obtenir leur avis.

La société AMAZON sollicita en date des 5 et 10 juillet 2021 l'accès à l'ensemble du dossier d'enquête de la Formation Restreinte, en ce compris les documents, la communication et les avis motivés des autres autorités de contrôle nationales, ainsi que la réponse de la Formation Restreinte à ces éventuelles observations, et la réouverture de l'enquête pour lui permettre de présenter ses observations par rapport à ces documents.

Le 16 juillet 2021, la Formation Restreinte accorda à la société AMAZON l'accès à certains documents de son dossier, tout en lui refusant l'accès à d'autres documents, dont notamment les documents produits au cours de la procédure de coopération avec les autres autorités de contrôle nationales, la Formation Restreinte ayant également rejeté la demande de réouverture de l'enquête.

Le 15 juillet 2021, la Formation Restreinte de la CNPD prit sa décision, référencée sous le n° 26FR/2021, comportant 127 pages, et dont le dispositif est libellé comme suit :

« Compte tenu des développements qui précèdent, la Commission nationale siégeant en formation restreinte et délibérant à l'unanimité des voix décide :

- *de prononcer à l'encontre de la société AEC une amende administrative de sept cent quarante-six millions d'euros (746.000.000 EUR) pour ne pas avoir respecté les articles 6.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 21 du RGPD ;*
- *de prononcer à l'encontre de la société AEC une injonction de mettre en conformité les traitements avec les dispositions des articles 6.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 21 du RGPD dans un délai de six mois suivant la notification de la Décision de la Formation Restreinte ;*

et en particulier :

- 1. de mettre en conformité les traitements de données à caractère personnel réalisés à des fins de publicité comportementale de façon à ce que ceux-ci reposent sur une condition de licéité valide au sens de l'article 6.1 du RGPD ;*
- 2. de mettre en conformité les mesures de transparence concernant les traitements de données à caractère personnel à des finalités de la publicité comportementale avec les articles 12, 13 et 14 du RGPD comme exposé ci-dessus ;*
- 3. de mettre en conformité les réponses données à toute future demande d'accès, de modification, ou d'effacement conformément aux articles 15 à 17 du RGPD comme exposé ci-dessus ;*

4. *de mettre en conformité le mécanisme d'opt-out conformément à l'article 21 du RGPD pour assurer qu'il couvre l'ensemble des traitements de données à caractère personnel à des fins de prospection comme exposé ci-dessus ;*
- *d'assortir l'injonction de mettre en conformité les traitements d'une astreinte de sept cent quarante-six mille euros (746.000 euros) par jour de retard, les justificatifs de la mise en conformité devant être adressés à la Formation Restreinte au plus tard avant l'expiration du délai de six mois ;*
- *de publier la décision sur le site Internet de la Commission nationale dès que les voies de recours à son égard sont épuisées ».*

Par courrier du 20 août 2021, la société AMAZON demanda à la CNPD de confirmer que la prédite décision devait être lue en ce sens que l'amende et les mesures correctrices ne seront pas exécutées par la CNPD avant que toutes les voies de recours soient épuisées ; par courrier daté du 22 septembre 2021, la CNPD précisa que seul le Président du Tribunal administratif pourrait ordonner un sursis à l'exécution d'une décision administrative et non une autorité administrative elle-même, de sorte à inviter la société AMAZON à introduire une demande distincte devant le Président du tribunal administratif afin d'obtenir un sursis à l'exécution de cette décision.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 15 octobre 2021, inscrite sous le numéro 46578 du rôle, comprenant 135 pages, la société AMAZON a fait introduire un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la décision précitée de la CNPD, tout en sollicitant le bénéfice de l'effet suspensif du recours pendant le délai et l'instance d'appel conformément aux dispositions de l'article 35 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Par requête séparée déposée postérieurement le 29 octobre 2021, inscrite sous le numéro 46630 du rôle, la société AMAZON sollicite encore l'instauration de mesures provisoires par rapport à la décision attaquée dans le cadre du recours au fond, le dispositif de ladite requête sollicitant en particulier que :

« A titre principal :

Constater, sur la base des dispositions de l'article 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte, que l'application du régime du recours institué par l'article 55 de la Loi de 2018 doit être écarté en ce qu'il ne prévoit pas d'effet suspensif à l'encontre des mesures correctrices imposées par la CNPD ;

Partant, ordonner le sursis à exécution de la Décision en attendant que le Tribunal Administratif se prononce au fond sur le recours en réformation sinon en annulation exercé par la Requérante contre la Décision ;

A titre subsidiaire :

Constater, en vertu des dispositions de l'article 11(2) de la Loi de 1999, que l'exécution de la Décision risque de faire subir à la Requérante un préjudice grave et définitif et que celle-ci dispose de moyens sérieux invoqués dans le cadre de son recours en réformation sinon en annulation de la Décision devant le Tribunal Administratif ;

Partant, ordonner le sursis à exécution de la Décision en attendant que le Tribunal Administratif se prononce au fond sur le recours en réformation sinon en annulation exercé par la Requérante contre la Décision ;

A titre plus subsidiaire :

Constater, sur la base des dispositions de l'article 12 de la Loi de 1999, que face à l'absence d'effet suspensif à l'encontre des mesures correctrices imposées par la CNPD, une mesure de sauvegarde s'impose ;

Partant, ordonner le sursis à exécution de la Décision en attendant que le Tribunal Administratif se prononce au fond sur le recours en réformation sinon en annulation exercé par la Requérante contre la Décision ;

A titre infiniment plus subsidiaire et en dernier ordre de subsidiarité :

Constater, sur la base des dispositions de l'article 13 de la CEDH, de l'article 47 de la Charte et/ou des articles 11 et 12 de la Loi de 1999, que le sursis à exécution de la Décision s'impose en ce qui concerne les mesures correctrices imposées par la CNPD, sinon à titre subsidiaire en ce qui concerne la première mesure correctrice, à savoir « mettre en conformité les traitements de données à caractère personnel réalisés à des fins de publicité comportementale de façon à ce que ceux-ci reposent sur une condition de licéité valide au sens de l'article 6.1 du RGPD » ;

Partant, ordonner le sursis à exécution de la Décision en ce qui concerne les mesures correctrices, sinon à titre subsidiaire la première mesure correctrice imposée par la CNPD, à savoir « mettre en conformité les traitements de données à caractère personnel réalisés à des fins de publicité comportementale de façon à ce que ceux-ci reposent sur une condition de licéité valide au sens de l'article 6.1 du RGPD » ».

La société AMAZON estime que les conditions légales requises pour voir instituer les mesures provisoires telles que sollicitées par ordre de subsidiarité seraient remplies en l'espèce au motif que l'exécution de la décision risquerait de lui causer un préjudice grave et définitif, d'une part, et que les moyens de réformation, respectivement d'annulation à l'appui de son recours au fond seraient sérieux, d'autre part.

A titre principal, elle sollicite le sursis à exécution de la décision querellée sur base de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales (« CEDH ») et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte ») qui garantiraient un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable.

Elle donne à considérer que si la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données accorde à la CNPD le pouvoir d'imposer des sanctions et des astreintes pour contraindre au respect des mesures correctrices adoptées en vertu de l'article 58(2) du RGPD, le recours ouvert contre ces décisions devant le tribunal administratif ne serait toutefois pas suspensif, ce qui signifierait que les mesures correctrices devraient être mises en œuvre

immédiatement et que les astreintes journalières commenceraient à courir après 6 mois, alors même que la légalité et/ou le fond de la décision querellée n'auraient pas encore été tranchés.

Or, selon elle, l'article 13 de la CEDH et l'article 47 de la Charte exigeraient l'existence d'un cadre légal assurant une protection effective des droits garantis à travers un recours juridictionnel effectif. En l'espèce, sans effet suspensif, le recours prévu par la loi du 1^{er} août 2018 serait dépourvu de tout effet utile à partir du moment où la CNPD serait en droit d'adopter des mesures correctrices sous peine d'astreinte avant qu'il ne soit statué sur le recours. Partant, la société AMAZON estime qu'il devrait exister un recours, qualifié d'effectif, contre l'imposition de mesures correctrices avant leur mise en œuvre, à savoir un recours comportant un effet suspensif de plein droit de la décision imposant des mesures correctrices.

A titre subsidiaire, la société AMAZON fonde sa requête sur les dispositions de l'article 11 (2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ou encore de l'article 12 (2) de la même loi.

En ce qui concerne la condition relative à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, la société AMAZON affirme que les implications d'une mise en conformité immédiate, consistant à passer d'un système basé sur l'intérêt légitime à un système basé exclusivement sur le consentement, seraient irréversibles et créeraient des dommages irréparables en termes d'investissements techniques, humains et financiers, tandis qu'une telle mise en conformité aurait en outre un impact négatif important sur les clients et les tiers, ce qui se répercuterait à nouveau nécessairement sur elle.

A cet égard, après avoir exposé les spécificités de son système de collecte, d'utilisation et de stockage des données personnelles et en s'appuyant sur une attestation testimoniale, elle entend illustrer son préjudice par le très important investissement technique, humain et financier que nécessiterait une telle mise en œuvre des mesures correctrices imposées à tous les systèmes qui composent son système de publicité, ce qui nécessiterait plusieurs dizaines de milliers d'heures de travail d'ingénierie.

La société AMAZON relève encore l'impact d'une telle mise en œuvre des mesures correctrices sur ses clients, alors que la mise en œuvre des mesures correctrices nécessiterait des changements substantiels qui affecteraient l'expérience d'achat des clients, lesquels devraient être informés de ces mesures correctrices, ce qui serait susceptible d'ébranler leur confiance en la société requérante.

Elle se prévaut également de l'impact de ces mesures correctrices sur les tiers, puisque si la société AMAZON devait dorénavant recueillir le consentement de ses utilisateurs, elle devrait également exiger de ses partenaires commerciaux qu'ils le fassent aussi. Or, si certains seraient désireux ou capables d'effectuer les changements de conformité nécessaires, de nombreux partenaires ne seraient tout simplement pas désireux ou capables de mettre en œuvre des changements aussi importants dans une période de temps aussi courte, et ne sauraient pas si ces mesures doivent réellement être mises en place ; enfin, certains d'entre eux n'auraient tout simplement pas les ressources financières ou humaines (sans parler du manque de préparation) pour mettre en œuvre les changements nécessaires, de sorte que la société AMAZON devrait mettre fin à la relation contractuelle avec ces parties.

En ce qui concerne le caractère définitif, sinon difficilement réparable de ce préjudice, la société AMAZON relève que le RGPD, notamment à travers ses articles 5 (1) a) et 13,

prohiberait, même en cas de d'annulation ou de réformation de la décision, un retour à la situation antérieure, alors qu'un responsable du traitement ne pourrait pas changer la base légale des données collectées auprès d'un utilisateur, de même que le changement de la base légale du consentement à une autre base légale ne serait pas autorisé par le droit civil luxembourgeois, puisque selon la société requérante, un retour d'un système basé sur le consentement à un système basé sur l'intérêt légitime comme base légale équivaldrait en fait à un retrait, alors que le consentement du client ne serait plus pris en compte par la société AMAZON.

Par ailleurs, même s'il était possible de chiffrer précisément les coûts directs et indirects induits par le passage à un système basé sur le consentement, la société AMAZON considère que l'indemnisation qu'elle pourrait espérer obtenir en cas de réformation ou d'annulation de la décision querellée ne serait pas en mesure de compenser le temps et les opportunités perdus, ni les profonds changements organisationnels à opérer, ni les coûts indirects liés à la mise en œuvre de ces changements.

En effet, même à admettre que le rétablissement de la situation antérieure soit légalement admissible, elle estime que compte tenu des circonstances et des moyens nécessaires pour s'y conformer, elle ne pourrait pas revenir en arrière si la décision était exécutée « *avant l'épuisement des voies de recours* », la société requérante affirmant ne pas pouvoir revenir en arrière car cela nécessiterait de nouveaux investissements trop importants pour être supportés deux fois.

La société requérante considère encore que même à n'admettre que l'existence d'un préjudice purement pécuniaire, le juge saisi d'une demande d'indemnisation de cette nature pourrait considérer qu'elle ne serait pas obligée de revenir au système antérieur puisque le système basé sur le consentement est licite, et en déduire qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la faute et le dommage ; dans le même ordre d'idées, elle souligne l'impossibilité d'obtenir une indemnisation pour toutes les conséquences, pécuniaires ou autres, du rétablissement de la situation antérieure, compte tenu de la licéité, en vertu de l'article 6 (1) du RGPD, d'un système basé sur le consentement.

La société requérante estime encore que son recours au fond aurait de sérieuses chances de succès de voir annuler, sinon réformer la décision querellée.

1. Ainsi, tel que résumé dans son recours en réformation, sinon en annulation et dans sa requête en obtention de mesures provisoires, elle fait plaider en premier lieu que la décision incriminée constituerait une violation flagrante des droits de la défense et des garanties fondamentales d'un procès équitable tandis que l'ensemble de la procédure aurait été entaché de graves vices de procédure, lesquels l'auraient privée des garanties fondamentales d'un procès équitable.

a. Elle se prévaut à cet égard d'abord de la composition irrégulière de la Formation Restreinte de la CNPD en relevant que l'un de ses commissaires aurait été nommé en violation notamment des articles 16, 17 et 74 de la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données, de sorte que la Formation Restreinte qui a adopté la décision aurait été irrégulièrement composée. En effet, la loi du 1^{er} août 2018 limiterait le mandat des commissaires de la CNPD à une durée maximale de 12 ans. Or, l'un des commissaires siégerait depuis 16 ans et aurait participé à la Formation Restreinte ayant adopté la décision litigieuse,

de sorte que la composition de la Formation Restreinte aurait été irrégulière et que la Formation Restreinte n'aurait pas été compétente pour prendre sa décision.

b. La société AMAZON soulève ensuite le non-respect du principe général d'impartialité d'un point de vue objectif, découlant des conditions structurelles ou organisationnelles de la CNPD, et d'un point de vue subjectif, ainsi qu'une violation de l'article 39 de la loi du 1^{er} août 2018.

A cet égard, elle fait plaider que l'organisation interne de la CNPD souffrirait d'une confusion organique et en même temps d'une subordination hiérarchique entre les personnes composant respectivement les autorités de saisine, d'instruction et de jugement. En effet, chacun des commissaires serait amené à exercer tour à tour les fonctions d'enquête et de jugement tout en maintenant des relations et sans séparation stricte, ce qui entraînerait une atteinte au principe d'impartialité qui s'appliquerait aux autorités administratives lorsqu'elles adoptent des sanctions.

La société requérante met également en cause l'impartialité subjective du chef d'enquête dans la mesure où celui-ci aurait préjugé de sa culpabilité dans la communication des griefs en recommandant une amende de 400 millions d'euros et une série de mesures correctrices, assorties d'une astreinte journalière de 1,1 million d'euros.

c. La société AMAZON critique encore une violation des droits de la défense, dans la mesure où le chef d'enquête et la Formation Restreinte auraient illégalement étendu la portée de l'enquête telle que définie initialement dans la lettre de mission de la CNPD du 23 avril 2019, puisque le périmètre de l'enquête aurait été limité à deux volets, à savoir « *la base de licéité (pour le traitement des données à caractère personnel) et les cookies* », mais que la communication des griefs aurait par la suite étendu l'objet de l'enquête à un périmètre différent de celui initialement prévu.

d. La société requérante critique de même la CNPD pour ne pas avoir fait droit à sa demande d'accès aux documents et aux observations, ce qui violerait son droit à un procès équitable. Elle reproche encore à la Formation Restreinte d'avoir refusé de rouvrir l'enquête après avoir reçu ces observations, ce qui lui aurait pourtant permis de donner son avis sur ces observations, ce refus constituant à ses yeux également une violation de son droit à un procès équitable en vertu de l'article 47 de la Charte et de l'article 6 de la CEDH et de son droit à recevoir communication du dossier administratif et de la documentation en vertu du droit luxembourgeois, la société requérante s'emparant à cet égard plus particulièrement des articles 11 et 12 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

e. Enfin, elle s'empare d'une violation de ses droits de la défense, dans la mesure où la décision *a quo* n'aurait pas déterminé le degré de culpabilité en violation du principe de culpabilité, n'aurait pas différencié le niveau des amendes à appliquer aux différentes infractions en violation du principe de prévisibilité des peines, n'aurait pas établi tous les éléments de la sanction de nature pénale au-delà du doute raisonnable en violation du principe du procès équitable, et aurait infligé une sanction disproportionnée à l'infraction.

2. En ce qui concerne la forme même de la décision déferée, la société AMAZON soutient dans son recours au fond que la décision serait illégale car insuffisamment motivée. Ainsi, la décision n'étayerait pas ses conclusions, s'appuierait sur un raisonnement abstrait et sur des

spéculations plutôt que sur des preuves concrètes et réelles. La décision en particulier ne prouverait pas que la société requérante aurait agi avec négligence, ce qui serait pourtant une condition obligatoire pour imposer une amende de nature pénale ; de même elle ne justifierait pas le choix des mesures correctrices retenues par rapport aux autres mesures correctrices disponibles en vertu du RGPD, elle ne justifierait pas le montant de l'amende et de l'astreinte journalière et elle ne justifierait pas sa publication.

La société requérante estime que ces multiples insuffisances au niveau de la motivation seraient non seulement contraires à l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ainsi qu'au considérant 129 du RGPD, mais elles seraient encore contraires au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la CEDH et par l'article 47 de la Charte, dans la mesure où ces défaillances l'auraient privée d'évaluer les chances de succès d'un éventuel recours en justice ; elle relève encore que ce défaut de motivation violerait le principe général de droit de l'Union européenne du droit à une bonne administration, comprenant notamment l'obligation de l'administration de motiver ses décisions.

3. La société requérante oppose ensuite à la décision de la CNPD des moyens qu'elle qualifie de « fond » ; elle renvoie à cet égard aux moyens détaillés dans son recours en réformation, sinon en annulation.

En substance, ces moyens peuvent être résumés comme suit :

La société AMAZON avance à cet égard que l'analyse effectuée par la CNPD au regard du RGPD serait erronée à plus d'un titre.

Ainsi, si la décision tournerait principalement et essentiellement autour de la question de savoir si la société AMAZON pouvait se fonder sur la base de l'intérêt légitime au titre de l'article 6 (1) f) du RGPD lorsqu'elle traite des données à caractère personnel aux fins de publicité basée sur les intérêts, la société AMAZON soutient, d'un côté, que la décision querellée reposerait sur une méconnaissance fondamentale de son fonctionnement, de sa nature et de son approche de la protection de la vie privée dans la publicité et, de l'autre côté, qu'elle-même se serait à juste titre fondée sur l'intérêt légitime.

Elle soutient à cet égard avoir - contrairement à la CNPD - correctement effectué le test de mise en balance des intérêts légitimes conformément au RGPD, de sorte à avoir pu conclure qu'elle pouvait se baser sur des intérêts légitimes pour son traitement des données.

Ainsi, elle aurait identifié des intérêts légitimes solides qui seraient soutenus par sa publicité basée sur des intérêts, elle se serait assurée que son traitement est le minimum nécessaire à la réalisation des intérêts légitimes poursuivis et finalement que les droits ou intérêts des personnes concernées ne prévaudraient pas sur ses propres intérêts légitimes.

La société AMAZON met à cet égard particulièrement en avant que la CNPD, bien qu'ayant explicitement convenu qu'elle aurait mené le test de mise en balance conformément à l'obligation de responsabilité prévue par le RGPD et aurait explicitement convenu qu'en principe, les clients s'attendent à ce que la société AMAZON utilise leurs données de la manière dont elle l'a fait, aurait toutefois conclu à tort qu'elle ne pourrait pas se baser sur l'intérêt légitime pour ses traitements de données.

La société AMAZON reproche encore à la CNPD de pas avoir exercé son pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 58 du RGPD en imposant une amende en réaction la constatation d'une infraction et en imposant une série d'injonctions soumises à des astreintes journalières supplémentaires pour tout retard, sans même envisager d'autres mesures correctrices.

Dans ce contexte, elle critique la CNPD pour ne pas avoir exercé son pouvoir d'appréciation quant au choix de la mesure appropriée. En effet, au vu de l'impact de la sanction retenue, la Formation Restreinte aurait dû fournir des détails substantiels et mener une analyse motivée sur les raisons pour lesquelles elle a estimé qu'une amende administrative - et *a fortiori* une amende administrative de 746 millions d'euros - était nécessaire et appropriée ; de même elle aurait dû fournir les motifs pour lesquels elle a choisi d'imposer une amende au lieu d'opter pour l'une des autres mesures disponibles en vertu de l'article 58(2) du RGPD.

La société AMAZON reproche de même à la CNPD ne pas avoir respecté les garanties prévues par le droit luxembourgeois lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu du RGPD.

Elle estime par ailleurs que la CNPD aurait détourné son pouvoir discrétionnaire à des fins non prévues par le RGPD.

Dans ce contexte, elle expose que les sanctions ne sauraient que viser à assurer la conformité et à atteindre les objectifs du règlement concerné, le RGPD visant à assurer la protection des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données au sein de l'Union européenne. Or, la décision, selon toute vraisemblance, n'aurait poursuivi aucun de ces objectifs. La société requérante estime en effet que la Formation Restreinte aurait cherché à la punir au lieu de promouvoir la protection des données. Elle aurait encore imposé une amende sans commune mesure avec celles imposées dans d'autres décisions européennes de protection des données, compromettant l'harmonisation de la réglementation européenne sur la protection des données.

La société AMAZON relève encore dans ce même contexte que l'astreinte journalière, tel que prévue par l'article 49 de la loi du 1^{er} août 2018, ne serait pas conforme au RGPD, puisque ce dernier, en vertu de l'article 58(2)(c)-(h) et (j), prévoirait le pouvoir de compléter une mesure correctrice du RGPD par une astreinte journalière, indépendamment de l'infraction au RGPD concernée. Toutefois, en l'espèce, la CNPD aurait exercé ce pouvoir comme un outil pour la sanctionner pour des infractions toutes déjà soumises à des amendes administratives en vertu de l'article 83 du RGPD. A cet égard, la société AMAZON relève que la CNPD n'aurait fourni aucun motif pour lequel les injonctions de mise en conformité du traitement et l'astreinte journalière sont justifiées, tout comme elle n'aurait pas tenu compte de son offre de discuter et de travailler de bonne foi avec la Formation Restreinte pour résoudre les problèmes en suspens, offre qui resterait toujours ouverte à ce jour.

Elle relève que par ailleurs la combinaison d'une amende administrative en vertu de l'article 83 du RGPD et d'une astreinte journalière pourrait potentiellement conduire à un montant supérieur au montant maximal prévu par l'article 83(4) et (5) du RGPD pour les amendes administratives.

Enfin, elle donne à considérer que la CNPD aurait excédé son pouvoir en choisissant une mesure disproportionnée, puisque le principe de proportionnalité exigerait que la CNPD

choisisse une mesure appropriée pour assurer le respect du RGPD et qui n'irait pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

4. La société AMAZON considère finalement que l'amende telle qu'infligée violerait ses droits fondamentaux et aurait été mal calculée.

Elle critique dans ce cadre le fait que la loi ne serait pas prévisible quant à ses sanctions, que l'amende violerait l'article 47 de la Charte et l'article 83 du RGPD ; quant à la CNPD, celle-ci aurait violé l'article 52 de la loi du 1^{er} août 2018 et n'aurait pas justifié son choix d'ordonner la publication de la décision.

Le mandataire de la CNPD, après avoir contesté la recevabilité de la requête en différents points, conclut au rejet du recours au motif qu'aucune des conditions légales ne serait remplie en cause.

1. Quant à la demande principale tendant à l'instauration d'un sursis à exécution sur base de l'article 13 CEDH et de l'article 47 de la Charte :

La société requérante, tel qu'indiqué ci-avant, soulève la question de l'existence d'un recours effectif¹, dans le sens de la nécessité d'un recours suspensif de plein droit permettant d'éviter l'implémentation, prétendument irréversible, des mesures correctrices imposées sous peine d'astreinte par la CNPD, sans, manifestement, être exposée aux aléas du recours accessoire de droit commun en obtention d'un effet suspensif, la société AMAZON s'emparant pour ce faire des articles 13 de la CEDH et 47 de la Charte.

L'article 13 de la CEDH consacre en effet le droit à un recours effectif. Il stipule à cet égard que : « *toute personne dont les droits et libertés reconnus par la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ». Le principe que prévoit cet article 13 est que chaque individu doit, dans l'ordre juridique de l'Etat sous la juridiction duquel il se trouve, disposer d'un recours effectif en cas de violation d'une disposition de la Convention ou de ses protocoles. En d'autres termes, les dispositions de l'article 13 posent l'obligation aux Etats parties d'assurer à toute personne relevant de leur juridiction la possibilité de contester devant une instance nationale l'éventuelle violation de droits et libertés que la convention leur reconnaît. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu d'un « *grief défendable* » fondé sur la Convention et offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention.

Le recours exigé par l'article 13 doit être « *effectif* » en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur² ; toutefois, si ce recours doit être « *effectif* » en pratique comme en droit, cette effectivité n'est pas subordonnée à la certitude

¹ Voir pour un questionnement similaire : trib. adm. (prés.) 27 juin 2018, n° 41271 ou encore trib. adm. (prés) 16 octobre 2020, n° 45064.

² Voir notamment Cour EDH, 19 février 1998, *Kaya c. Turquie*, Req. n° 22729/93 ou encore Cour EDH, 9 mai 2006, *Pereira Henriques c. Luxembourg*, Req. n° 60255/00.

qu'une issue favorable soit réservée à la requête³. En d'autres termes, le droit à un recours effectif n'impose aucunement que le recours aboutisse dans le sens souhaité par le requérant, mais il exige que ce recours existe en théorie, mais surtout en pratique, et ce quelle que soit l'issue du litige.

L'article 47 de la Charte, intitulé « *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* » et applicable, tel qu'en l'espèce, en cas de mise en œuvre du droit de l'Union, dispose pour sa part ce qui suit :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

Avec cette disposition, la Charte reconnaît le droit à un recours effectif consacré à l'article 13 de la CEDH ainsi que le droit à un procès équitable reconnu à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. La filiation entre ces articles de la CEDH et l'article 47 de la Charte est d'ailleurs expressément mentionnée dans les Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux : l'article 47, premier alinéa, de la Charte « *se fonde sur l'article 13 de la CEDH* », le deuxième alinéa « *correspond à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH* »^{4 5}.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à l'exigence d'un recours effectif est constante : en présence d'un système d'amendes administratives, le droit à un procès équitable suppose que la décision d'une autorité administrative qui ne remplit pas par elle-même les conditions de cet article subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction⁶. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « *parmi les caractéristiques d'un tel organe judiciaire, figure le pouvoir de réformer en tous points la décision entreprise rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi* »⁷. En outre, il ressort également d'une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'une juridiction ne peut être liée par une décision administrative essentielle pour le litige que si la décision en cause a été rendue dans le cadre d'une procédure administrative elle-même conforme aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH⁸.

³ Cour EDH, 27 janvier 2015, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, Req. n° 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13.

⁴ Conclusions de l'avocat général M. Melchior Wathelet, présentées le 10 janvier 2017 dans l'affaire C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA c. Directeur de l'administration des Contributions directes*, p.9.

⁵ A noter toutefois que la Cour EDH a souligné que les procédures de référé ne tendaient pas - et ne tendent toujours pas - à une décision sur les droits litigieux et avaient un caractère conservatoire, et donc, par voie de conséquence, que ces procédures ne sont pas soumises à l'article 6§1 de CEDH – Cour EDH, 28 juin 2001, *Mme Maillard Bous c/ Portugal*, Req. 41288/98

⁶ Voir, en ce sens, Cour EDH, 7 juin 2012, *Segame SA c. France*, Req. n° 4837/06, points 54 et 55.

⁷ Cour EDH, 7 juin 2012, *Segame SA c. France*, Req. n° 4837/06, point 55.

⁸ Voir, en ce sens, Cour EDH, 16 avril 2013, Req. n° 40908/05, points 59 et 60.

Par ailleurs, dans certains cas exceptionnels, l'exigence d'effectivité du recours suppose que l'instance nationale devant laquelle le recours est porté ait la compétence d'accorder une protection provisoire, soit en ordonnant le sursis à exécution d'une mesure qui risquerait de porter atteinte à un droit de l'individu, soit en accordant des mesures provisoires; il peut également découler de l'exigence d'effectivité du recours que l'introduction même de ce recours ait de plein droit pour effet de suspendre la possibilité de mise à exécution de la mesure attaquée, avant même toute intervention de l'instance saisie⁹.

Mais l'exigence d'un caractère suspensif du recours peut également signifier que l'instance devant laquelle le recours est introduit doit pouvoir accorder, sur demande, la suspension de la mesure étatique querellée. Toutefois, dans ce cas de figure, il se peut qu'entre l'introduction du recours et la décision de l'instance, la mesure étatique invoquée soit exécutée, malgré la demande faite par le requérant. La question de savoir si tout recours devant une instance nationale doit être suspensif, c'est-à-dire suspensif de plein droit, tel qu'allégué en l'espèce par la société AMAZON, a été abordée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002¹⁰. Ainsi, à la question de savoir si tout recours devant une instance nationale doit être suspensif, la Cour affirme que « *l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention* ».

La suspension de la mesure étatique querellée aurait donc lieu de plein droit et serait liée à l'introduction même de la demande, faisant ainsi obstacle à la mise à exécution de la décision, et ce, au moins jusqu'à ce que l'instance saisie du recours ait pu examiner la compatibilité de cette mesure avec la Convention. L'introduction même d'un tel recours devrait partant immédiatement faire obstacle à l'exécution de la mesure : l'exigence d'un caractère suspensif du recours s'imposerait dès lors que l'exécution de la mesure risque de porter atteinte à un droit fondamental.

Dans un autre arrêt¹¹, relatif à un transfert Dublin, la Cour européenne des droits de l'Homme a encore retenu au vu des dispositions légales belges pertinentes que le recours en annulation devant le Conseil du contentieux des étrangers, même assorti d'une demande « *en extrême urgence* », n'était pas effectif alors qu'il ne comporte pas de garantie de suspension de plein droit de l'éloignement et que le contrôle n'est pas suffisamment étendu.

Il appert toutefois que ces arrêts, à l'instar d'autres décisions de justice, visaient à prévenir une atteinte à l'intégrité physique du requérant ; ainsi, de nombreuses décisions concernent l'éloignement des étrangers qui courent un risque réel et sérieux de mauvais traitements. A ce jour, en effet, cette exigence conventionnelle d'un recours suspensif contre une mesure d'éloignement ou d'expulsion n'a été consacrée que pour les cas où il est concomitamment allégué que l'exécution de cette mesure litigieuse exposerait le requérant à des traitements contraires à l'article 2 (droit à la vie) ou 3 (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants) de la CEDH.

⁹Olivier De Schutter et Gauthier De Béco, *Les mesures conservatoires et d'urgence susceptibles d'être adoptées par le juge national aux fins de prévenir une violation de la Convention*, dans : De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, p.133.

¹⁰ Cour EDH, 5 février 2002, *Conka c. Belgique*, Req. n° 51564/99.

¹¹ CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

Il en va de même de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. La Cour a ainsi déjà précisé, sur ce point, que les caractéristiques de ce recours doivent respecter le droit à un recours effectif et le principe de non-refoulement. Par conséquent, si l'exécution d'une décision d'éloignement est susceptible, dans un cas particulier, d'exposer un étranger à des traitements inhumains et dégradants, le recours introduit contre cette décision de retour doit être revêtu d'un effet suspensif de plein droit¹². En revanche, dans un autre cas, elle a retenu que l'absence de recours suspensif de plein droit contre une décision de ne pas poursuivre l'examen d'une demande d'asile ultérieure, dont l'exécution ne conduit pas à l'éloignement du requérant, n'est pas contraire au droit à un recours effectif¹³.

La Cour européenne des droits de l'Homme, pour sa part, a retenu que « l'«*effectivité*» du recours prévu par l'article 13 de la Convention n'exige pas, en principe, que ce recours ait un effet suspensif ». Mais, par exception, « il pouvait en aller différemment lorsque l'exécution de la décision contestée peut avoir des conséquences potentiellement irréversibles »¹⁴, la Cour estimant qu'un recours effectif doit être en mesure d'« empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée ou (...) [de] fournir à l'intéressé un redressement approprié pour toute violation s'étant déjà produite »¹⁵, de sorte à laisser le choix à l'Etat de mettre immédiatement un terme à la violation en cours ou d'offrir des compensations pour cette violation.

La doctrine¹⁶, pour sa part, définit le « *recours effectif* » comme étant « *d'abord (selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme), non pas nécessairement un recours efficace (en ce sens que son résultat favorable serait garanti), mais un recours susceptible de procurer un résultat favorable* ».

Il en résulte, exception faite des risques avérés pour l'intégrité physique, que les États disposent de la possibilité - et non de l'obligation - de prévoir dans leur législation que l'introduction d'un recours contre une décision entraîne la suspension temporaire de plein droit de l'exécution de cette décision. Cependant, dans le cas où l'État ne prévoit pas cet effet suspensif de plein droit dans sa législation, l'instance en charge de l'examen du recours doit disposer de la possibilité de suspendre elle-même temporairement l'exécution de la décision en question : l'automaticité dans le sursis à exécution des mesures dont il est allégué qu'elles aboutissent à une violation des droits fondamentaux doit dès lors demeurer l'exception plutôt que la règle.

Le soussigné relève encore qu'en ce qui concerne la situation spécifique du Grand-Duché de Luxembourg, tant l'absence de tout recours *ex ante*, que nécessairement la possibilité d'un « simple » recours en annulation, conjuguée à la possibilité d'obtenir une mesure suspensive provisoire, ont manifestement été avalisées par la Cour de Justice de l'Union européenne, à condition qu'il existe une ou plusieurs voies de recours permettant au requérant d'obtenir, ne serait-ce qu'à titre incident, un contrôle juridictionnel assurant le respect des droits et des libertés¹⁷.

¹² CJUE, ordonnance *Q. Al Hashimi c. CPAS de Liège*, 5 mai 2021, C-641/20.

¹³ CJUE, 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall*, C-239/14.

¹⁴ Cour EDH, 30 juin 2011, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07

¹⁵ Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, Req. n° 30210/96, §158.

¹⁶ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème éd., 2008, n°137

¹⁷ CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois contre B et État luxembourgeois contre B e.a.*, C-245/19 et C-246/19, point 79.

Force est en l'espèce de constater que la société requérante dispose, outre de la possibilité d'introduire un recours en réformation devant les juges du fond, de la possibilité de saisir le Président du tribunal administratif, aux conditions énoncées à l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ci-après dénommée la « loi du 21 juin 1999 », d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision administrative, notamment lorsque celle-ci risque de causer un dommage définitif, c'est-à-dire irréversible, possibilités dont la société requérante a fait usage.

Force est dès lors de retenir que si la société requérante ne dispose certes pas d'un droit à une suspension automatique, de plein droit, une telle impossibilité ne méconnaît pas les exigences du droit à un recours effectif tel que garanti par la CEDH et par la Charte, alors qu'elle dispose de la possibilité de se voir accorder, sur demande, la suspension des mesures querellées. Par ailleurs, le juge des référés dispose en tout état de cause de la possibilité de suspendre à titre conservatoire et de façon provisoire l'acte visé par la requête jusqu'à l'expiration de la procédure de référé.

Cette procédure répond dès lors en l'espèce aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir que la société requérante dispose d'un recours susceptible de procurer un résultat favorable - l'utilisation du terme « susceptible » n'entraînant aucune obligation pour le juge des référés de rendre une ordonnance en faveur du requérant - dans les meilleurs délais : l'exigence de l'article 13 de la CEDH sur le recours effectif - c'est-à-dire un recours susceptible de procurer un résultat favorable dans un délai raisonnable - est dès lors en l'espèce remplie par la procédure de référé telle que prévue par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 ; en effet, même si elle n'est pas suspensive, le délai entre la saisine de la juridiction et le prononcé de la mesure se veut relativement bref, d'autant plus que l'ordonnance prend effet dès qu'elle est rendue.

La demande principale de la société AMAZON tendant à l'instauration d'un sursis à exécution sur base de l'article 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte est partant à rejeter.

2. Quant à la demande subsidiaire tendant à l'obtention d'un sursis à exécution sur la base des dispositions de l'article 11(2) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et de la demande à titre plus subsidiaire, d'un sursis à exécution sur la base des dispositions de l'article 12 de la même loi du 21 juin 1999 :

Il convient d'emblée de retenir, en ce qui concerne la demande formulée à titre plus subsidiaire et portant sur l'octroi au titre d'une mesure de sauvegarde d'un sursis à exécution sur base de l'article 12 de la loi du 21 juin 1999, que la possibilité d'accorder une mesure de sauvegarde n'a pas été instaurée par le législateur en tant que mesure autonome, mais uniquement afin de pallier au fait que la seule mesure provisoire initialement prévue, à savoir le sursis à exécution, ne pouvait pas être accordée par rapport à une décision administrative négative, telle qu'un refus, qui ne modifie pas une situation de droit ou de fait antérieure et, comme telle, ne saurait faire l'objet de conclusions à fin de sursis à exécution¹⁸, de sorte que dans un tel cas de figure, le justiciable ne disposait d'aucune procédure pour éviter un préjudice grave qui lui est causé par une décision administrative négative.

¹⁸ Proposition de loi 4326 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, avis du Conseil d'Etat, 9 février 1999, p.6.

La possibilité d'une mesure de sauvegarde s'entend dès lors comme une procédure complémentaire¹⁹ à celle de l'effet suspensif²⁰.

La demande, certes plus subsidiaire, de la partie requérante, visant à solliciter sous couvert d'une mesure de sauvegarde une suspension de la décision déférée, est partant à rejeter.

En ce qui concerne la demande formulée à titre subsidiaire, il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999, un sursis à exécution ne peut être décrété qu'à la double condition, cumulative, que, d'une part, l'exécution de la décision attaquée risque de causer au demandeur un préjudice grave et définitif et que, d'autre part, les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la décision apparaissent comme sérieux. Le sursis est rejeté si l'affaire est en état d'être plaidée et décidée à brève échéance.

L'affaire au fond ayant été introduite le 15 octobre 2021 et compte tenu des délais légaux d'instruction fixés par la loi du 21 juin 1999, l'affaire ne saurait être considérée comme pouvant être plaidée à brève échéance.

Cette conclusion n'est pas éternuée par le moyen de la CNPD consistant, d'une part, à contester l'urgence de l'affaire et, d'autre part, à alléguer qu'AMAZON aurait pu faire preuve de diligence dans l'introduction de ses recours et solliciter une abréviation des délais d'instruction, de sorte que l'affaire, potentiellement, serait en état d'être plaidée à brève échéance.

La CNPD relève à cet égard que si la date limite de mise en conformité est le 15 janvier 2022, AMAZON aurait été largement en mesure de demander, suivant l'article 5 (8) de la loi du 21 juin 1999, d'abrégier les délais d'échanges de mémoires, et ce d'autant plus que les nombreux échanges ayant eu lieu avant l'adoption de la décision litigieuse par la CNPD, notamment suite à la remise de la communication des griefs auraient nécessairement eu pour conséquence la prise de connaissance d'AMAZON, de sorte que la société requérante aurait pu, par exemple, en raison de l'urgence qui pesait sur elle, déposer sa requête en réformation, subsidiairement en annulation, le 15 septembre 2021 et demander une abréviation des délais des échanges des mémoires, de sorte que l'affaire soit décidée à une date proche du 15 janvier 2022. Dès lors, la société AMAZON serait actuellement malvenue à solliciter l'intervention du juge des référés, alors que par rapport à une décision datant du 15 juillet 2021, elle aurait attendu trois mois avant d'introduire son recours et quatorze jours de plus avant de solliciter l'intervention du juge des référés.

Il convient toutefois de relever que la possibilité de solliciter une abréviation des délais d'instruction dans le cadre d'un recours au fond, telle que prévue par l'article 5 (8) de la loi du 21 juin 1999, ne constitue pas une alternative ou un prérequis à une requête en obtention d'une mesure provisoire au sens des articles 11 et 12 de la même loi, mais une mesure autonome, sinon complémentaire, dont le non-usage ne saurait conditionner la recevabilité d'une requête en obtention d'une mesure provisoire.

Par ailleurs, même si l'instruction de l'affaire devant les juges du fond est achevée, toutes les parties ayant échangé les mémoires auxquels elles pouvaient légalement prétendre,

¹⁹ Idem.

²⁰ Trib. adm. (prés) 13 novembre 2020, n° 45149 ; trib. adm. (prés) 30 novembre 2020, n° 45220 ; trib. adm. (prés) 30 novembre 2020, n° 45222.

de sorte que l'affaire est théoriquement en état d'être plaidée à brève échéance, il convient toutefois, au-delà de ce principe tout théorique, de tenir compte des délais effectifs de fixation de la juridiction, alors que le pouvoir du président du tribunal d'ordonner une mesure provisoire ne s'épuise pas toujours dès lors que l'affaire au fond est en état théorique d'être plaidée. En effet, la disposition faisant interdiction au président du tribunal d'ordonner une mesure provisoire au cas où l'affaire est en état d'être plaidée s'inscrit étroitement dans le contexte du risque d'un préjudice grave et définitif, dans ce sens qu'en général, un tel préjudice ne risque pas de se produire au cas où l'affaire peut être plaidée au fond dans un délai rapproché. Il en découle cependant qu'il y a lieu d'excepter l'hypothèse dans laquelle un préjudice grave et définitif risque de se réaliser intégralement avant le jugement au fond, hypothèse perdurant d'autant plus que les délais de fixation et de prononcé devant les juges du fond sont, tels qu'actuellement, importants.

Il convient à cet égard de relever que les prétentions de la CNPD quant à l'obtention d'une date de prononcé rapprochée au fond, avant le 15 janvier 2022, relèvent de l'utopie : ainsi, d'une part, une abréviation des délais d'instruction permet certes à la partie y intéressée d'accélérer l'instruction du dossier, de sorte à provoquer une décision au fond de la part du tribunal dans des délais *plus* rapprochés, mais n'implique pas une fixation prioritaire à une audience *des plus* rapprochées, la fixation de l'affaire pour plaidoiries restant tributaire du calepin et du volume du contentieux du tribunal administratif, marqués par un nombre important d'affaires bénéficiant d'un traitement prioritaire de par la loi : or, les délais de fixation oscillent actuellement autour d'un an (début 2023). D'autre part, la mission du juge administratif est essentiellement une mission de réflexion qui ne devrait pas être appelée à être exercée dans l'urgence ni dans la précipitation, mais suivant des raisonnements bien précis et réfléchis dans un délai raisonnable, le travail du juge administratif étant appelé à aller en profondeur et sa qualité se mesurant en conséquence²¹, de sorte qu'une certaine durée est inhérente à la procédure administrative contentieuse et à l'exercice concret et complet des droits des parties. Or, en l'espèce, le volume et la complexité de l'affaire sous rubrique, dont le traitement monopolisera des magistrats durant un long laps de temps, sur la toile de fond d'un tribunal administratif en situation de sous-effectifs endémique, prohibe en principe et à première vue toute fixation et tout prononcé rapprochés.

Le fait pour la société requérante, confrontée à la date limite du 15 janvier 2022, d'avoir tardé à introduire le recours au fond et le recours en obtention d'une mesure provisoire ne constitue partant pas une cause d'irrecevabilité de ce dernier ; toutefois, outre que ce retard - nécessairement assumé, la société requérante étant représentée par des professionnels de la postulation - est susceptible d'être pris en compte au niveau de l'évaluation du préjudice allégué, il est encore susceptible d'engager la responsabilité professionnelle des mandataires de la société requérante, alors que ceux-ci ne sauraient attendre du tribunal administratif en général et du juge des référés en particulier un traitement prioritaire, voire précipité, au détriment le cas échéant d'autres affaires, du recours sous rubrique eu égard à l'échéance du 15 janvier 2022, une justice sereine impliquant nécessairement une certaine durée de prononcé en adéquation avec la complexité matérielle et juridique du dossier, et ce même dans le cadre d'une procédure en référé.

La CNPD entend encore se prévaloir de l'article 11 (3) de la loi du 21 juin 1999 pour soutenir l'irrecevabilité de la requête en obtention de mesures provisoires au motif que celle-ci

²¹ Projet de loi 7124³, avis de la Cour administrative, p.3.

se contenterait en partie de renvoyer aux moyens figurant dans son recours au fond sans se référer à la requête en annulation, ce qui serait contraire aux articles 1^{er} et 11 de la loi du 21 juin 1999, la CNPD, par analogie, s'emparant encore de l'article 156 (5) du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne.

Il convient de prime abord de retenir qu'il n'est en l'espèce pas question d'appliquer une disposition de droit communautaire au présent litige - la disposition invoquée par la CNPD ne relevant de surcroît pas de normes communautaires opposables aux divers niveaux nationaux, à savoir d'une directive ou d'un règlement, mais de normes procédurales internes tirées d'un règlement de procédure visant à définir les règles essentielles relatives à l'organisation et au fonctionnement du Tribunal de première instance de l'Union européenne et à préciser, dans le détail, les modalités du déroulement de la procédure devant lui - mais de vérifier l'existence des conditions de recevabilité prescrites par la loi nationale par rapport à une procédure purement nationale.

Or, l'article 11 de la loi du 21 juin 1999, relatif au sursis à exécution des décisions administratives que le président du tribunal administratif peut ordonner, invite plus particulièrement dans son alinéa 2 ledit magistrat à apprécier le sérieux des moyens effectivement invoqués dans le recours au fond : aussi, la requête en effet suspensif, en ce qu'elle sollicite le sursis à l'exécution de la décision déferée au fond, s'appuie directement sur les moyens invoqués au fond, sans que ceux-ci ne doivent obligatoirement être repris dans la requête au provisoire²².

Il convient à cet égard de souligner tout particulièrement que si, en ce qui concerne la seconde condition, à savoir l'existence de moyens sérieux, le juge du provisoire est appelé à se référer aux moyens invoqués au fond, même si ceux-ci ne sont pas explicitement développés dans la requête en obtention d'une mesure provisoire²³ - ce qui rencontre d'ores et déjà le moyen d'irrecevabilité soulevé par la CNPD pour défaut d'exposé des moyens -, il en va différemment de la condition tendant à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif, s'agissant d'un élément propre et spécifique au référé, conditionnant l'office du juge statuant au provisoire : la preuve de la gravité du préjudice implique en principe que le requérant donne concrètement des indications concernant la nature et l'ampleur du préjudice prévu, et qui démontrent le caractère difficilement réparable du préjudice, étant relevé que dans un souci de garantir le caractère contradictoire des débats, le juge du provisoire ne peut de surcroît avoir égard qu'aux arguments contenus dans la requête et doit écarter les éléments développés par le conseil de la partie requérante, pour la première fois, à l'audience.

Le recours sous analyse n'encourt dès lors pas l'irrecevabilité du seul fait que certains des moyens n'y sont pas explicitement développés, mais uniquement évoqués par référence au recours au fond.

En revanche, il convient de rappeler que comme l'institution d'une mesure provisoire doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'elle constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère, de sorte que le juge statuant au provisoire est en droit d'attendre du rédacteur de la requête, avocat et partant professionnel

²² Trib. adm. prés. 11 juin 2004, n° 18140, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 583.

²³ Trib. adm. prés. 11 juin 2021, n° 45913.

de la postulation, un acte de procédure intelligible et cohérent, ne requérant pas une analyse poussée aux seules fins de comprendre la finalité et l'argumentation de la requête.

Aussi, le caractère manifeste des moyens résulte soit de la décision déferée *per se*, soit des explications convaincantes du requérant, de sorte que le caractère sérieux dépend dès lors également fondamentalement de la qualité de la démonstration des droits menacés²⁴, une matière technique ou juridique complexe se heurtant ainsi à davantage d'obstacles pour justifier l'intervention du juge du provisoire : une requête en obtention d'une mesure provisoire se bornant à opérer par renvoi aux moyens et arguments développés devant les juges du fond, sans mise en évidence du caractère manifeste ou sérieux de ces moyens et réclamant *de facto* du juge du provisoire une analyse identique que celle à laquelle les juges du fond devront procéder, risque davantage d'être rejetée.

La CNPD enfin se rapporte à la sagesse du soussigné en ce qui concerne le caractère de « *libellé obscur* » de la requête en référé, notamment en ce qui concerne les bases légales invoquées par la société AMAZON et au libellé, qualifié de « *flou et vague* », de certains moyens, ainsi que quant au sort à réserver à ces ambiguïtés.

Si en règle générale l'exception de libellé obscur admise se résout par l'annulation de la requête introductive d'instance ne répondant pas aux exigences fixées par la loi, il convient dans le cadre de la loi du 21 juin 1999 d'avoir égard à son article 29 qui dispose que « *l'inobservation des règles de procédure n'entraîne l'irrecevabilité de la demande que si elle a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense* »²⁵.

Or, force est de constater qu'en l'espèce, la CNPD n'ignore manifestement ni quelle est la décision critiquée, ni quels moyens sont à la base de la demande, alors qu'elle a exhaustivement pris position tant par rapport aux moyens figurant explicitement dans la requête en obtention de mesures provisoires que par rapport à ceux y figurant implicitement, par référence au recours au fond, tandis qu'elle fait elle-même plaider que depuis la communication des griefs intervenue au stade précontentieux « *les arguments actuels des parties n'ont en aucun cas radicalement changés* », de sorte qu'en l'absence de grief effectif porté aux droits de la défense de la CNPD, le moyen d'irrecevabilité de la requête en obtention d'une mesure provisoire pour libellé obscur est à écarter.

La condition tenant à l'existence d'un risque de préjudice grave et définitif

Comme relevé ci-avant, le sursis à exécution (respectivement une mesure de sauvegarde) ne peut être décrété que lorsque notamment (mais non exclusivement) l'exécution de la décision attaquée risque de causer au requérant un préjudice grave et définitif, un préjudice étant grave au sens de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.

En effet, comme l'acte administratif bénéficie du privilège du préalable et d'exécution d'office, le référé a pour objet d'empêcher, temporairement, la survenance d'un préjudice grave

²⁴ Trib. adm. (prés.) 22 mars 2019, n° 42434 ; trib. adm. (prés.) 5 avril 2019, n° 42557 ; trib. adm. (prés.) 14 juin 2019, n° 43039.

²⁵ Trib. adm. 4 avril 2000, n° 11554, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 484.

et définitif, les effets de la suspension étant d'interdire à l'auteur de l'acte de poursuivre l'exécution de la décision suspendue.

Un préjudice est grave au sens de l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 lorsqu'il dépasse par sa nature ou son importance les gênes et les sacrifices courants qu'impose la vie en société et doit dès lors être considéré comme une violation intolérable de l'égalité des citoyens devant les charges publiques ; ainsi, un préjudice peut être qualifié de grave notamment lorsqu'il est d'une envergure telle qu'il menace la survie même d'une entreprise, ou lui impose une restructuration néfaste ou encore lorsque les circonstances de la décision entraînent une perte de réputation réelle pour l'entrepreneur du fait de la publicité donnée à la mesure.

Il s'agit d'une évaluation *in concreto*, reposant notamment sur la prise en compte de la taille de l'entreprise concernée et de l'importance du manque à gagner, exigeant une démarche probatoire concrète et chiffrée de la part du requérant, cette exigence étant la contre-partie du principe selon lequel le juge des référés ne saurait faire une application mécanique et rigide de la condition liée au caractère définitif du préjudice - ni, d'ailleurs, au caractère grave du préjudice invoqué -, mais doit tenir compte des circonstances qui caractérisent chaque affaire.

La preuve de la *gravité* du préjudice implique ainsi en principe que le requérant donne concrètement des indications concernant la nature et l'ampleur du préjudice prévu, et qui démontrent le caractère difficilement réparable du préjudice²⁶.

En l'espèce, confrontée à l'argumentation de la société AMAZON, la CNPD affirme d'abord que comme les volets de la décision imposant une amende, une astreinte journalière ainsi que la publication de la décision seraient de toute façon suspendus, la requête en obtention d'une mesure provisoire, visant justement la suspension de la décision, serait sans objet.

Quant aux mesures correctrices, la CNPD donne à considérer qu'AMAZON pourrait en tout état de cause se permettre de ne pas se conformer aux mesures correctrices imposées dans la décision. En effet, si certes les astreintes seraient dues à partir du 15 janvier 2022, elles ne feraient toutefois pas l'objet d'un recouvrement par l'administration de l'Enregistrement et des Domaines aussi longtemps que des recours sont pendants ; si le tribunal administratif devait réformer la décision, voire l'annuler, la décision serait nulle *ex tunc* auquel cas aucune astreinte ne sera due et ce même pour la période entre le 15 janvier 2022 et la date du jugement au fond du tribunal administratif.

La CNPD reproche ensuite à la société AMAZON de se borner à affirmer l'importance de l'incidence de la décision critiquée, sans étayer cette prétention par aucune indication concrète, précise et chiffrée, et sans fournir aucun document détaillé et certifié, la seule communication d'une attestation émanant d'une personne employée au sein du groupe AMAZON et des spéculations sur les réactions des consommateurs et d'autres acteurs de la publicité en ligne étant à cet égard insuffisants. Ainsi, elle reproche plus particulièrement à la société AMAZON de se fonder uniquement sur des suppositions fautes d'avoir pu prouver ses allégations et de se prévaloir d'un coût particulièrement élevé non autrement précisé ainsi que de la nécessité d'investir des dizaines de milliers d'heures de travail d'ingénierie, ce qui serait insuffisant et n'aurait pas de valeur probante.

²⁶ Trib. adm. (prés.) 10 juillet 2013, n° 32820, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 646.

La CNPD relève ensuite qu'en tout état de cause la décision ne remettrait pas en cause la survie de l'entreprise, et ce d'autant plus que le recouvrement de l'amende aurait été suspendu, et après avoir souligné tant le chiffre d'affaires que les résultats annuels de la société AMAZON, affirme que tout préjudice éventuel suite à l'exécution de la décision, limitée aux seules mesures correctrices, ne serait pas grave au sens de la jurisprudence.

La CNPD conteste également le caractère définitif du préjudice allégué.

Elle conteste à cet égard que la société AMAZON soit nécessairement contrainte de changer la base de licéité de son activité de PBI de l'« *intérêt légitime* » au sens de l'article 6(1)(f) RGPD vers le « *consentement* » au sens de l'article 6(1)(a) RGPD du client et du visiteur des sites et services d'AMAZON, pour affirmer qu'elle n'aurait pas dit « *per se qu'il est nécessaire d'obtenir un consentement (c'est effectivement une des options) mais que l'intérêt légitime dans la constellation de faits au moment de l'ouverture de l'enquête (et encore maintenant) n'est pas une base licite* », la CNPD relevant qu'elle aurait encore imposé des mesures correctrices pour plusieurs autres dispositions du RGPD que l'article 6 (1) (f) RGPD.

Plus précisément, la CNPD explique que ce serait à tort que la société requérante partirait du principe que la décision lui imposerait de fonder ses traitements de données à des fins de publicité basée sur les intérêts sur l'article 6 (1) (a) du RGPD (c'est-à-dire en sollicitant le consentement des personnes concernées) pour l'avenir, alors qu'elle aurait, après avoir analysé en détail la mise en balance requise au terme de l'article 6 (1) (f) du RGPD (intérêts légitimes du responsable de traitement ou de tiers) effectuée par la société requérante pour déterminer si les traitements en question pouvaient reposer sur cette disposition, uniquement constaté que celle-ci ne permettait pas, dans la constellation de faits sous analyse, d'arriver à la conclusion que les intérêts légitimes de la société requérante en cause prévalaient sur les libertés et droits fondamentaux des personnes concernées, condition indispensable pour recourir à cette base légale, la CNPD soulignant encore que ce constat tiendrait uniquement compte des pratiques de la société AMAZON telles que concrètement mises en œuvres à la date à laquelle l'enquête a débuté, à savoir au 5 avril 2019.

Aussi, elle soutient qu'elle n'aurait pas considéré qu'un traitement à des fins de publicité basée sur les intérêts ne pourrait jamais se fonder sur l'article 6 (1) (f) du RGPD, par exemple dans l'hypothèse où le responsable de traitement prendrait suffisamment de garanties appropriées pour protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes concernées de sorte à renverser la balance des intérêts.

La CNPD insiste à cet égard sur le fait qu'il ne lui appartiendrait en tout cas pas de se substituer à un responsable de traitement pour déterminer sur quelle base celui-ci devrait fonder ses traitements de données à caractère personnel, à l'exception des cas où une base de licéité particulière est expressément prévue par une loi, la CNPD estimant ainsi plus particulièrement qu'elle ne serait pas un « *help-desk* ». Cette obligation incomberait seulement au responsable de traitement en vertu de son obligation de responsabilité (*accountability*) prévu à l'article 5 (2) du RGPD. Ainsi, le rôle de la CNPD se limiterait à intervenir *a posteriori* pour évaluer la conformité des traitements effectués par le responsable de traitement au regard du RGPD, à la lumière de la jurisprudence applicable et des lignes directrices pertinentes.

Elle conteste encore toute incidence pour les consommateurs et d'autres acteurs de la publicité en ligne d'un éventuel passage de l'intérêt légitime au consentement en affirmant qu'avant 2018, la société AMAZON serait déjà passée une fois du principe du consentement à

celui de l'intérêt légitime, pour soutenir qu'un éventuel tel changement n'aurait pas, sinon guère d'incidence sur les consommateurs habitués aux changements réguliers des notices de protection de données de la part de la société AMAZON. En tout état de cause, l'obligation d'informer les personnes concernées à propos des modifications substantielles dans sa politique de protection des données ferait partie intégrante des obligations de transparence incombant à un responsable de traitement, et ce peu importe que les clients de ce dernier s'y attendent ou non.

Par ailleurs, il ne devrait pas non plus être trop difficile d'un point de vue technique de revenir au système basé sur l'intérêt légitime, ne serait-ce en recourant à des sauvegardes des versions antérieures du système.

En tout état de cause, le préjudice allégué serait réparable pécuniairement, le cas échéant, via une action en dommages et intérêts.

Ainsi, les mesures correctrices mises le cas échéant en œuvre par la société AMAZON et les moyens techniques, humains et financiers impliqués, en lien avec l'injonction lui adressée, devraient également pouvoir être indemnisées en cas de réformation ou d'annulation de la décision querellée par les juges du fond.

La société AMAZON entend résister à cette argumentation en relevant que si le préjudice allégué par elle ne serait pas concrètement qualifié et quantifié, cette imprécision résulterait de l'imprécision des mesures lui imposées.

Rejoignant et réitérant à cet égard les moyens développés au fond contre la décision querellée, prise en son volet imposant des mesures correctrices sous peine d'astreinte, la société requérante critique la CNPD qui se serait contentée d'indiquer ce qu'elle aurait fait de mal, mais n'aurait donné aucune indication sur ce qui serait bien, et ce malgré de multiples demandes de sa part en cours de procédure précontentieuse.

Ainsi, la décision déferée prévoirait simplement que l'injonction doit être respectée « *comme exposé ci-dessus* » et que l'injonction de se conformer à l'article 6 du RGPD doit être mise en œuvre « *de façon à ce [les activités de traitement] reposent sur une condition de licéité valide* » : en substance, la décision se contenterait de faire référence aux dispositions générales du RGPD sans apporter de précision sur leur mise en œuvre pratique.

Or, la société AMAZON considère que lorsque la CNPD décide d'imposer une injonction pour mettre certaines activités de traitement en conformité avec le RGPD, les mesures exigées spécifiquement devraient être clairement identifiables et intelligibles pour la personne visée ; à défaut, cette personne ne pourrait être certaine que les mesures qu'elle entend mettre en place sont acceptables pour la CNPD et l'interprétation par celle-ci des exigences du RGPD. Pour cette raison, la CNPD devrait appliquer le principe de légalité lorsqu'elle impose des sanctions et devrait également adhérer aux principes généraux de « *réalisme, cohérence et sécurité juridique* » reconnus par la jurisprudence luxembourgeoise.

La société requérante considère encore que l'exécution immédiate d'une décision qui se limiterait à faire référence aux dispositions générales du RGPD et qui reconnaîtrait elle-même plusieurs options possibles comme mesures correctrices, sans aucune orientation sur leur mise en œuvre pratique et sous peine d'une astreinte journalière très élevée, créerait un risque significatif et inacceptable de dommage irréversible.

Elle insiste plus particulièrement sur le fait que les termes imprécis et ambigus de la décision, suggérant que plusieurs options existeraient, tout en illustrant ces options seulement avec une approche basée sur le consentement, entraînerait le risque que la CNPD ne soit pas d'accord avec la mise en œuvre réalisée par elle, de sorte que l'astreinte journalière devrait s'appliquer. Ainsi, la société AMAZON serait placée dans une situation très inconfortable : appliquer les mesures correctrices dans une direction pour laquelle il n'y a pas de précédent ou de recommandation et risquer de subir l'astreinte si la CNPD n'est pas d'accord ou appliquer ce que la CNPD suggère et risquer de subir un préjudice définitif.

Un sursis à exécution, respectivement une mesure de sauvegarde, ne saurait être ordonné que si le préjudice invoqué par le requérant résulte de l'exécution immédiate de l'acte attaqué, la condition légale n'étant en effet pas remplie si le préjudice ne trouve pas sa cause dans l'exécution de l'acte attaqué²⁷, le risque dénoncé devant en effet découler de la mise en œuvre de l'acte attaqué et non d'autres actes étrangers au recours²⁸.

Il convient dès lors d'analyser la portée de l'acte attaqué et le préjudice théorique éventuel en découlant, avant d'analyser les argumentations respectives des parties.

Il est constant en cause que la décision déferée de la CNPD, datée du 15 juillet 2021, a un triple objet, la CNPD ayant en effet, à travers ladite décision, infligé à la société AMAZON une amende administrative de 746.000.000 euros, tout en lui imposant de procéder à des mesures correctrices dans un délai de six mois à compter de sa notification sous peine d'une astreinte journalière de 746.000 euros, et, finalement, décidé de publier ladite décision « *dès que les voies de recours à son égard sont épuisées* ».

En ce qui concerne l'amende infligée, le courrier de la CNPD accompagnant la décision querellée, également daté du 15 juillet 2021, précise que « *l'amende n'est due qu'après l'expiration des délais des voies de recours* ».

Suite aux interrogations de la société AMAZON quant à la signification de cette indication, la CNPD, par courrier du 22 septembre 2021, précisa ce qui suit :

« (...) aucun élément de la Décision ne fait supposer que celle-ci, voire ses mesures correctrices ne seraient pas à exécuter tant que des procédures de recours devant les juridictions administratives sont en cours.

Les principes du droit administratif luxembourgeois restent pleinement d'application. Par conséquent, tant qu'un acte administratif n'a pas été annulé, il reste en vigueur et est exécutoire. Cela est confirmé par l'article 11 paragraphe (1) de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. En vertu de cette disposition, le « recours n'a pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par le président du tribunal ou par le juge qui le remplace. » Ainsi, au cas où AEC envisagerait d'introduire un recours en justice contre la Décision, il est loisible à la société de présenter par requête distincte au président du tribunal administratif une demande en sursis à exécution répondant aux conditions énoncées au paragraphe (2) de l'article précité. Seul le président du

²⁷ Voir les jurisprudences citées sous Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 651

²⁸ Ph. Coenraets, Le contentieux de la suspension devant le Conseil d'Etat, synthèses de jurisprudence, 1998, n° 92, p.41.

tribunal administratif ou le juge qui le remplace peut ordonner un sursis à exécution d'une décision administrative, cette prérogative n'appartenant pas à une autorité administrative.

En ce qui concerne le recouvrement des amendes et/ou astreintes prononcées par la CNPD, l'article 50 de la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données confie cette compétence à l'Administration de l'enregistrement et des domaines. Même si cette Administration ne procéderait au recouvrement des amendes et/ou astreintes qu'au moment de l'épuisement de toutes les voies de recours, les astreintes courraient tout de même en cas de défaut de mise en conformité des traitements visés endéans le délai accordé par la CNPD, à moins que le président du tribunal administratif ne prévoirait un sursis et sans préjudice de l'issue du recours ».

Dans sa note de plaidoiries du 1^{er} décembre 2021, la CNPD fait toutefois actuellement plaider que le recouvrement de l'amende et de l'astreinte serait suspendu, et ce au vu d'un échange de courriels avec l'administration de l'Enregistrement et des Domaines en date des 9 septembre 2021, dont il résulte que sur base d'une argumentation juridique particulière, ladite administration ne procéderait à un tel recouvrement que « *wenn alle Berufungsmöglichkeiten ausgeschöpft bzw. deren Fristen abgelaufen sind* ».

Au vu de la suspension ainsi indiquée par l'administration de l'Enregistrement et des Domaines et confirmée à l'audience par la CNPD et en dépit de l'incohérence entre les attitudes affichées par la CNPD avant et après l'introduction du recours, tout risque de préjudice lié au recouvrement de l'amende et, à partir du 15 janvier 2022, de l'astreinte, est partant actuellement à écarter.

Indépendamment de toute autre considération, la requête en obtention de mesures provisoires est dès lors actuellement à rejeter dans la mesure où elle visait à empêcher la survenance d'un préjudice financier résultant d'un tel recouvrement, étant toutefois souligné qu'une nouvelle requête pourrait être reçue si les circonstances à la base de la présente ordonnance se trouvaient modifiées, de telles nouvelles circonstances pouvant consister dans des faits nouveaux ayant une incidence concrète au niveau de l'appréciation que le juge des mesures provisoires est appelé à faire en ce qui concerne l'existence d'un préjudice grave et définitif ou le sérieux des moyens invoqués au fond²⁹.

Il en va de même en ce qui concerne la future publication de la décision sur le site internet de la CNPD, ladite publication étant suspendue de plein droit en vertu de l'article 52 de la loi du 1^{er} août 2018 jusqu'à épuisement des voies de recours.

Les parties sont en revanche en désaccord quant au risque découlant des mesures correctrices imposées sous peine d'astreinte, dont l'implémentation par la société AMAZON n'a pas été suspendue unilatéralement par la CNPD.

Comme relevé ci-avant, la société AMAZON considère, indépendamment des conséquences financières, matérielles et immatérielles éventuelles de la mise en œuvre de mesures correctrices, être confrontée à un risque de préjudice du seul fait de l'imprécision des

²⁹ Trib. adm. (prés.) 20 décembre 2012, n° 31808 ; trib. adm. (prés.) 29 juin 2015, n° 36473, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 585.

obligations de correction lui imposées, alors qu'elle ignorerait quel comportement et quelles mesures exacts seraient à adopter. Aussi, quelles que soient les mesures qu'elle adopterait, elle s'exposerait toujours au risque que la CNPD, à un moment donné, n'avalise pas ces mesures et lui impose l'astreinte, laquelle serait alors, en dépit de la suspension actuelle de son recouvrement, due rétroactivement à partir de l'épuisement des voies de recours : en d'autres termes, la société AMAZON serait forcée d'adopter en aveugle des mesures déterminées sans savoir si au final elle sera sanctionnée ou non. Aussi, outre qu'elle devrait prendre des mesures techniques entraînant des frais considérables, mesures éventuellement irréversibles, et ce le cas échéant en pure perte, l'incertitude constituerait encore à ses yeux, tel qu'exposé lors de l'audience publique, un préjudice *per se*.

Le soussigné, à ce stade, constate effectivement une imprécision certaine au niveau du libellé du dispositif de la décision *a quo* imposant des mesures correctrices, cette imprécision étant manifestement assumée par la CNPD qui expose, outre qu'il existerait plusieurs façons de répondre à l'injonction, sans nécessairement renoncer à l'intérêt légitime prévu à l'article 6 (1) f) du RGPD comme base légale du traitement, qu'il ne lui incomberait pas de déterminer, en lieu et place du responsable de traitement, sur quelle base celui-ci devrait fonder ses traitements de données à caractère personnel, la CNPD estimant que son rôle se limiterait à intervenir *a posteriori* pour évaluer la conformité des traitements effectués par le responsable de traitement au regard du RGPD.

Cette imprécision engendre un double risque de préjudice dans le chef de la société AMAZON.

Ainsi, d'une part, comme exposé par la société AMAZON, celle-ci est tenue, indépendamment de la suspension du recouvrement de l'astreinte jusqu'à épuisement des voies de recours, d'adopter quasiment à l'aveuglette, des mesures correctrices, lesquelles risquent toutefois de ne pas être agréées par la CNPD, exposant ainsi la société AMAZON, d'un côté, au risque de se voir imputer rétroactivement une astreinte journalière de l'ordre de 746.000 euros, risquant, compte tenu des délais de fixation et de prononcé actuels du tribunal administratif, de l'ordre cumulé de plus d'un an, d'atteindre un total astronomique et, de l'autre côté, au risque d'avoir adopté lesdites mesures en pure perte, lui imposant ainsi soit d'annuler lesdites mesures pour en adopter d'autres, soit de modifier ces mesures, entraînant à nouveau un risque de préjudice matériel et immatériel conséquent, encore que non quantifiable à ce stade.

D'autre part, le soussigné relève qu'il est constant en cause que les mesures correctrices à adopter sous peine d'astreinte, telles que prévues au dispositif de la décision, ne sont actuellement pas seulement indéterminées, mais qu'elles ne sont encore actuellement, en l'état actuel d'instruction du dossier, pas directement déterminables, et ce même éventuellement lues et interprétées à la lumière des motifs³⁰ de la même décision.

Ainsi, il résulte de manière itérative de la décision *a quo* que la société AMAZON a d'ores et déjà, en cours de procédure précontentieuse, adopté certaines mesures correctrices, sans que la CNPD n'ait toutefois tenu compte de ces mesures dans le contexte de sa décision datée du 15 juillet 2021, et ce ni au niveau du volet de la fixation de l'amende, ni au niveau de la détermination des mesures correctrices imposées sous peine d'une astreinte journalière.

³⁰ Voir CJUE 10 juillet 2001, *Irish Sugar/Commission*, C 497/99 P, point 15 ; TUE 11 mars 1999, *Eurofer/Commission*, T 136/94, point 271, TUE 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, T 271/03, point 252.

Il résulte ainsi de la décision *a quo* qu'« AEC a néanmoins décidé au cours de l'enquête de faire évoluer ses pratiques et de renvoyer dorénavant « les profils publicitaires des clients en réponse aux demandes d'accès en utilisant des systèmes que nous avons conçus spécifiquement pour minimiser l'impact sur nos pratiques de pseudonymisation qui améliorent la vie privée. »³¹ ou encore que « La Formation Restreinte tient à souligner à titre préliminaire que les versions des documents pris en compte dans le cadre de cette décision sont celles indiquées dans le rapport d'audit (page 11), c'est-à-dire la notice de confidentialité, version en vigueur le 9 octobre 2018 (référence [CNP002]), la page « Cookies » version en vigueur le 9 octobre 2018 (référence [CNP003]) et la page « Annonces basées sur vos centres d'intérêt » version en vigueur le 9 octobre 2018 (référence [CNP004]). Les éventuelles modifications relatives auxdits documents intervenues ultérieurement, même si elles permettent d'établir entièrement ou partiellement la conformité, ne permettent pas d'annuler un manquement constaté »³².

La décision retient également que « même si cette version ne sera pas prise en compte par la Formation Restreinte pour déterminer si un manquement est constitué dans ce cadre, elle constate néanmoins que la version actualisée de la notice de confidentialité du 2 décembre 2020 mentionne expressément les intérêts commerciaux légitimes d'AEC comme base légale du traitement des annonces basées sur les centres d'intérêts, ce qui laisse présumer qu'AEC ait reconnu que la fourniture de cette information est appropriée au sens du RGPD »³³ ainsi que « De nouveau, même si cette version ne sera pas prise en compte par la Formation Restreinte pour déterminer si un manquement est constitué dans ce cadre, elle constate que la version actualisée de la notice de confidentialité du 2 décembre 2020 précise qu'Amazon s'appuie sur les décisions de la Commission européenne en matière d'adéquation ou utilise des contrats assortis de garanties standard publiés par la Commission européenne, dont une copie peut être demandée au Service Client »³⁴.

Enfin, la CNPD, dans la décision critiquée, relève que « Finalement, la Formation Restreinte note que depuis l'ouverture de l'enquête par la CNPD, AEC a apporté des changements significatifs à ses pratiques en matière de collecte de consentement pour le dépôt et la lecture de cookies au sens de la loi modifiée du 30 mai 2005 »³⁵ et que « La Formation Restreinte tient à préciser que les faits pris en compte dans le cadre de la présente décision sont ceux constatés au début de l'enquête. Les éventuelles modifications relatives aux traitements de données faisant l'objet de l'enquête intervenues ultérieurement, même si elles permettent d'établir entièrement ou partiellement la conformité actuelle, ne permettent pas d'annuler rétroactivement un manquement constaté. Néanmoins, les démarches effectuées par AEC pour se mettre en conformité avec le RGPD au cours de la procédure d'enquête ou pour remédier aux manquements relevés par le chef d'enquête dans la communication des griefs, seront prises en compte par la Formation Restreinte dans le cadre des éventuelles mesures correctrices »³⁶.

En d'autres termes, tout en imposant sous peine d'astreinte des mesures correctrices non autrement précisées, ni déterminables de manière manifeste, la CNPD admet l'existence, à la date de sa décision, de mesures correctrices « significatives » permettant éventuellement

³¹ Décision, point 141, p.49.

³² Décision, point 215, p. 77.

³³ Décision, point 221, p.82.

³⁴ Décision, p.84.

³⁵ Décision, point 282, p. 109.

³⁶ Décision, points 291 et 292, p. 113.

« *d'établir entièrement ou partiellement la conformité actuelle* », sans pour autant s'exprimer sur la conformité de ces mesures d'ores et déjà adoptées et sans en avoir tenu compte au niveau des obligations imposées sous peine d'astreinte.

Or, ce caractère actuellement indéterminé des mesures à adopter par la société AMAZON, lesquelles feront apparemment l'objet par la CNPD d'une analyse ultérieure, à une date non déterminée, mais postérieure au 15 janvier 2022 - la CNPD devant en toute logique, avant d'exécuter l'astreinte journalière, décider que le responsable du traitement n'a pas correctement ou de manière satisfaisante respecté l'injonction concernée, est de nature à engendrer un préjudice grave et définitif, dans la mesure où cette imprécision prive la société AMAZON d'un recours effectif tel que défini ci-avant, le juge du provisoire, et à ce stade les juges du fond, se trouvant en effet dans l'impossibilité de vérifier l'adéquation et la proportionnalité de ces mesures et de contrôler en conséquence l'adéquation et la proportionnalité du montant de l'astreinte journalière imposée, susceptible théoriquement de trouver application de manière rétroactive depuis le jour du jugement des juges du fond à intervenir, et ce en dépit de la suspension actuelle de son recouvrement, de même que cette imprécision empêche la société AMAZON à quantifier concrètement son préjudice, défaut dont la CNPD entend précisément tirer profit en soulevant de ce fait l'irrecevabilité de la requête sous analyse et en déniait ainsi à la société AMAZON toute chance de prospérer dans son action devant le juge du provisoire.

En effet, l'indication plus précise des mesures correctrices à prendre - outre de permettre à la société AMAZON le cas échéant d'échapper à l'astreinte journalière ou de soupeser en pleine connaissance de cause s'il lui est utile de saisir le tribunal -, aurait permis au juge du provisoire de procéder à un examen sommaire en confrontant les deux argumentations antagonistes et en soupesant les moyens avancés de part et d'autre pour juger éventuellement de l'adéquation des volets relatifs aux mesures correctrices et à l'astreinte ; il est donc patent en cause que la CNPD, en ne précisant pas concrètement les mesures à adopter par la société requérante sous peine d'astreinte, a fait obstacle à l'intervention du juge du provisoire et a réduit très largement les chances de la société requérante de prospérer de manière classique dans sa requête en obtention d'une mesure provisoire, - notamment en empêchant toute possibilité de quantifier concrètement le préjudice pressenti lié à l'implémentation des mesures correctrices - de sorte à vider la protection juridictionnelle de l'administré d'une partie de sa substance.

Si la CNPD fait certes plaider qu'il serait toujours loisible à la société AMAZON, sûre d'obtenir la réformation ou l'annulation de la décision, de ne pas se conformer aux injonctions, sans qu'elle n'en subisse immédiatement les conséquences, encore que l'astreinte puisse être due rétroactivement à partir du 15 janvier 2022, pour attendre l'issue du recours au fond, un tel argument ne saurait être retenu. En effet, il résulte explicitement de la jurisprudence de la CJUE qu'une personne ne saurait se voir contrainte d'enfreindre une obligation juridique et de s'exposer à la sanction attachée à cette infraction à seule fin d'accéder à un tribunal³⁷.

Le risque d'un préjudice grave et définitif est dès lors donné en l'espèce au vu de ces circonstances particulières.

³⁷ CJUE 6 octobre 2020, *Etat luxembourgeois c/ B e. a.*, aff. C 245/19 et C 246/19, point 66.

La condition tenant à l'existence d'un ou de plusieurs moyens sérieux :

En ce qui concerne l'examen de la deuxième condition énoncée par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 pour justifier une mesure de sursis à exécution, à savoir que les moyens présentés par la société requérante à l'appui de son recours au fond soient suffisamment sérieux, il y a lieu de rappeler que concernant les moyens invoqués à l'appui du recours dirigé contre la demande, le juge appelé à en apprécier le caractère sérieux ne saurait les analyser et discuter à fond, sous peine de porter préjudice au principal et de se retrouver, à tort, dans le rôle du juge du fond. Il doit se borner à se livrer à un examen sommaire du mérite des moyens présentés, et accorder le sursis, respectivement la mesure de sauvegarde lorsqu'il paraît, en l'état de l'instruction, de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'il constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès.

Ainsi, le juge des référés est appelé, d'une part, à procéder à une appréciation de l'instant au vu des éléments qui lui ont été soumis par les parties à l'instance, cette appréciation étant susceptible de changer par la suite en fonction de l'instruction de l'affaire et, d'autre part, non pas à se prononcer sur le bien-fondé des moyens, mais à vérifier, après une analyse nécessairement sommaire des moyens et des arguments présentés, si un des moyens soulevés par le demandeur apparaît comme étant de nature à justifier avec une probabilité suffisante l'annulation ou la réformation de la décision critiquée, étant rappelé que comme le sursis d'exécution doit rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'il constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

L'exigence tirée du caractère sérieux des moyens invoqués appelle le juge administratif à examiner et à apprécier, au vu des pièces du dossier et compte tenu du stade de l'instruction, les chances de succès du recours au fond. Pour que la condition soit respectée, le juge doit arriver à la conclusion que le recours au fond présente de sérieuses chances de succès. Il s'ensuit que, face à une situation où le caractère sérieux des moyens soulevés au fond n'apparaît pas comme étant évident à première lecture, le juge du référé ne peut pas admettre que les moyens en question sont suffisamment sérieux pour justifier une mesure provisoire : en d'autres termes, les moyens doivent offrir une apparence de droit suffisante ou un degré de vraisemblance tel que l'on peut nourrir des doutes importants quant à la légalité de l'acte³⁸.

Si une certaine doctrine estime certes qu'il ne saurait être admis que lorsque l'évaluation du caractère fondé des moyens proposés à l'appui d'une demande de suspension ou d'institution d'une mesure de sauvegarde nécessite un examen poussé non différent de celui auquel il devra être procédé dans le cadre de la procédure au fond, le juge du référé ne pourrait pas admettre que lesdits moyens sont sérieux, puisqu'un tel raisonnement aboutirait à exclure

³⁸ Trib. adm (prés.) 14 avril 2016, n° 37733, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 611, et les autres références y citées.

d'office du champ des référés tout recours qui susciterait des questions juridiques complexes, ce qui viderait la protection juridictionnelle d'une partie de sa substance, cette position méconnaît toutefois que la procédure de référé, fondée sur un examen *prima facie*, n'est pas conçue pour établir la réalité de faits complexes et hautement controversés : en effet, le juge des référés ne dispose pas des moyens nécessaires pour procéder à de tels examens, ne bénéficiant d'ailleurs pas de l'éclairage dont bénéficie le juge du fond à travers les mémoires en réponse, en réplique et en duplique et, dans de nombreux cas, il ne serait que difficilement à même d'y parvenir en temps utile. Ainsi, l'office même du juge des référés l'empêche d'exercer un contrôle semblable à celui du juge du fond qui aura un pouvoir d'investigation plus important : le juge des référés ne doit ainsi pas se fonder sur des appréciations réservées au juge du fond.

Partant, si une matière technique ou juridique complexe n'échappe évidemment pas automatiquement et par définition à la compétence d'un juge du provisoire, alors que même une question complexe peut susciter une réponse évidente ou directe - par exemple lorsqu'il existe un précédent jurisprudentiel aisément transposable ou une illégalité ou irrégularité manifeste, dont le caractère manifeste résulte soit de la décision déferée *per se*, soit des explications convaincantes du requérant, de sorte que le caractère sérieux dépend dès lors également fondamentalement de la qualité de la démonstration des droits menacés³⁹, une matière technique ou juridique complexe se heurte toutefois à davantage d'obstacles pour justifier l'intervention du juge du provisoire, appelé seulement à retenir comme sérieux les moyens s'imposant *prima facie* et ne requérant pas une analyse poussée.

Le soussigné tient encore à rappeler que, l'institution d'une mesure provisoire devant rester une procédure exceptionnelle, puisque qu'elle constitue une dérogation apportée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office des décisions administratives, les conditions permettant d'y accéder doivent être appliquées de manière sévère.

Ainsi, le Conseil d'Etat français a rappelé⁴⁰ que le caractère exécutoire des actes administratifs est « *la règle fondamentale du droit public et que le sursis à exécution n'est pour le juge qu'une simple faculté, alors même qu'existent des moyens sérieux d'annulation et un préjudice difficilement réparable* ». Pour cette raison, le sursis reste pour la Haute juridiction française « *anormal, puisqu'il entrave le pouvoir de création juridique des autorités administratives et jette la suspicion sur un acte qui bénéficie d'une présomption de légalité* »⁴¹.

Le juge du référé appréciera partant si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité de la décision litigieuse, et ce eu égard à son office. Il prendra donc en compte la situation juridique en s'en tenant à l'évidence et sans trancher des questions de droit qui ne l'ont pas encore été. L'évidence se définit communément comme la « *qualité de ce qui emporte l'assentiment immédiat de l'esprit en s'imposant à lui de façon claire et distincte* »⁴². Elle est caractérisée par son immédiateté, parce qu'elle ne nécessite aucune démonstration ni aucun raisonnement préalable pour être regardée comme vraie⁴³ :

³⁹ Trib. adm. (prés.) 22 mars 2019, n° 42434 ; trib. adm. (prés.) 5 avril 2019, n° 42557 ; trib. adm. (prés.) 14 juin 2019, n° 43039.

⁴⁰ CE fr., 2 juillet 1982, *Huglo*, Rec. p. 257.

⁴¹ Morand-Deville Jacqueline, « *Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire* », in Dupuis Georges (Dir.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration - Bilan critique*, Paris : Economica, 1991, p. 190

⁴² Trésor de la langue française.

⁴³ Le Littré la définit ainsi comme « *notion si parfaite d'une vérité qu'elle n'a pas besoin d'autre preuve* ».

l'évidence est partant une qualité dont est paré le fait ou le raisonnement qui, portant en lui révélation de son existence ou de son bien-fondé, vaut preuve de lui-même et dispense d'autre preuve ou d'autre démonstration⁴⁴.

Le juge du référé ne peut ainsi en aucun cas tirer d'enseignements et encore moins de conclusions définitives lorsqu'il analyse la condition du caractère sérieux car il ne devra procéder uniquement qu'à un « *premier examen* » sans anticiper sur l'appréciation, sur le contrôle qu'effectuera le juge du fond. Cet examen se veut sommaire et basé sur les seuls éléments en possession de ce juge ou qui peuvent lui être apportés lors de l'audience. Il doit, en quelque sorte, seulement s'en référer à son intuition provenant de la lecture du dossier, tout en gardant à l'esprit que le juge du fond pourra toujours revenir sur la mesure prononcée en effectuant un contrôle approfondi du dossier.

Ainsi, un moyen est sérieux lorsqu'il laisse présager, aux termes d'une analyse sommaire, une probable réformation ou annulation, sans pour autant exiger du juge du provisoire qu'il ait une certitude sur le bien-fondé des moyens invoqués : un moyen sérieux fait pressentir une annulation ou réformation, tandis que l'examen du caractère sérieux d'un tel moyen se caractérise par son caractère *prima facie*. Le juge du référé procède ainsi à une première analyse des moyens et retient celui qui éveille chez lui un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Ce caractère de sérieux peut résulter d'une situation de fait ou de droit manifeste (un élément matériel important a été ignoré, une disposition légale n'a été manifestement pas appliquée) ou encore d'une jurisprudence à tout le moins solidement établie ; le caractère sérieux dépend dès lors également fondamentalement de la qualité de la démonstration des droits menacés : le simple fait de transcrire l'argumentation développée devant les juges du fond, respectivement de s'y référer peut, face à des matières ou questions complexes, s'avérer de ce point de vue insuffisant.

C'est pourquoi le juge du provisoire doit prendre en considération les solutions jurisprudentielles bien établies, étant donné que lorsque de telles solutions existent, l'issue du litige - que ce soit dans le sens du succès du recours ou de son échec - n'est plus affectée d'un aléa.

Ne présente en revanche pas un caractère sérieux suffisant, un moyen soulevant un simple doute quant à l'issue du recours, un moyen basé sur une jurisprudence fluctuante ou minoritaire ou lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence qui permettrait de répondre aisément aux questions devant être tranchées en l'espèce par le jugement à rendre ultérieurement sur le fond, surtout lorsqu'il s'agit de questions de principe inédites qui ne sauraient être tranchées, pour la première fois, par le juge des référés, mais requièrent un examen approfondi dans le cadre de la procédure principale : le juge du référé est réellement le juge de l'évidence car il est cantonné à une position, sur ce problème, d'archiviste se contentant de reprendre à son compte une position adoptée par une autre juridiction⁴⁵, tout comme il est réduit à un office de simple spectateur réduit au constat de l'existence d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision⁴⁶.

⁴⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2000.

⁴⁵ J. Piasecki, L'office du juge administratif des référés : Entre mutations et continuité jurisprudentielle. Droit, Université du Sud Toulon Var, 2008, n° 337, p.197.

⁴⁶ Idem, n°312, p.181.

L'office du juge des référés s'avère limité dans sa recherche du doute sérieux et ne se détermine qu'en l'état de la jurisprudence⁴⁷ ; il ne lui appartient pas de dégager de nouveaux principes généraux du droit⁴⁸, ni même de se prononcer dans un sens contraire à la jurisprudence établie⁴⁹.

Si la solution du problème conduit le juge des référés à une appréciation juridique motivée qui fait la part entre la thèse de l'un et celle de l'autre, il excède ses pouvoirs dans la mesure où il est obligé de discuter juridiquement pour écarter l'une de ces thèses qui est donc forcément sérieuse. Lorsque le juge des référés, pour repousser une contestation, est obligé de bâtir un raisonnement juridique que ne dénierait pas un juge du fond, il va au-delà de ses pouvoirs⁵⁰.

Il prendra donc en compte la situation juridique en s'en tenant à l'évidence et sans trancher des questions de droit qui ne l'ont pas encore été.

Or, en l'espèce, le moyen de la société requérante, directement en relation avec le risque de préjudice retenu, tiré factuellement de l'imprécision des mesures correctrices imposées, et basé juridiquement sur un défaut de motivation - moyen extensivement développé par la société requérante devant les juges du fond et visant tant la décision en son ensemble que prise distinctement en ses différents volets -, dans le sens que la décision, du fait de cette imprécision, ne justifie pas le choix des mesures correctrices, sur un détournement, sinon excès de pouvoir en matière d'adoption de mesures correctrices en vertu de l'article 58 du RGPD, sur une violation du principe de légalité ainsi que sur une violation du droit à un procès équitable, - la société AMAZON faisant notamment et précisément plaider au fond que la CNPD aurait dû adopter des orientations sur la publicité basée sur les intérêts ou entamer des procédures administratives pour clarifier les détails des violations alléguées et les remèdes potentiels envers la société requérante au lieu de lancer directement une procédure d'amende - présente un caractère suffisamment sérieux pour justifier la suspension sollicitée.

Tel que discuté contradictoirement à l'audience, le soussigné est amené à constater, en effet, que si la CNPD base l'imposition de mesures correctrices sous peine d'astreinte, libellées de manière essentiellement générales, voire vagues, sur l'article 49 de la loi du 1^{er} août 2018, ce dernier prévoit effectivement la possibilité d'infliger des astreintes au responsable du traitement notamment de contraindre celui-ci « 2° à *respecter une mesure correctrice que la CNPD a adoptée en vertu de l'article 58, paragraphe 2, lettres c), d), e), f), g), h) et j) du règlement (UE) 2016/679* ».

Ledit article 58, paragraphe 2, du RGPD, permet pour sa part aux autorités de contrôle nationales d'imposer l'adoption des mesures correctrices, dont notamment la mesure en l'espèce pertinente, libellée sous la lettre d) comme suit : « *ordonner au responsable du traitement ou au sous-traitant de mettre les opérations de traitement en conformité avec les dispositions du présent règlement, le cas échéant, de manière spécifique et dans un délai déterminé* ».

⁴⁷ CE fr., 19 février 2003, *Cave coopérative Les remparts*, n°251495.

⁴⁸ CE fr., ord. réf., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, n°285577

⁴⁹ Pour une solution implicite : CE fr., 9 décembre 2005, *Ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer c/ Vidot*, Rec. p. 704 et 941

⁵⁰ Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse Strasbourg, 1993, p. 96 et 97.

Il appert d'un examen sommaire de cette dernière disposition que la mesure de mise en conformité devrait être ordonnée le cas échéant notamment « *de manière spécifique* », le texte anglais du RGPD autorisant l'autorité de contrôle « *to order the controller or processor to bring processing operations into compliance with the provisions of this Regulation, where appropriate, in a specified manner⁵¹ and within a specified period* », tandis que le texte allemand prévoit la possibilité « *den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter anzuweisen, Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise⁵² und innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Einklang mit dieser Verordnung zu bringen* ».

Si cette exigence d'ordonner les mesures correctrices « *de manière spécifique* » semble être quelque peu nuancée par le prédit article 58, paragraphe 2, qui prévoit une telle obligation « *le cas échéant* », l'usage de ces termes ne semble toutefois pas exprimer un pouvoir discrétionnaire dans le chef de la CNPD, ces termes signifiant au contraire « *si le cas se présente, s'il y a lieu, si la condition est remplie, dans le cas où c'est pertinent* ».

Or, si par exemple une injonction de cesser une pratique déterminée, telle que l'utilisation de données particulières, ne nécessite manifestement pas de précision spécifique supplémentaire, il en va différemment d'une obligation de faire, laquelle doit, en toute logique, être définie avec suffisamment de précision pour permettre à son destinataire de s'y conformer.

En tout état de cause, toute éventuelle nuance paraît toutefois être enlevée par le considérant 129 du RGPD, explicitement invoqué par la société AMAZON dans son recours au fond, qui stipule que « *toute mesure juridiquement contraignante prise par l'autorité de contrôle devrait être présentée par écrit, être claire et dénuée d'ambiguïté [et] exposer les motifs qui sous-tendent la mesure* », le même considérant retenant encore que « *Toute mesure devrait notamment être appropriée, nécessaire et proportionnée en vue de garantir le respect du présent règlement, compte tenu des circonstances de l'espèce, respecter le droit de chacun à être entendu avant que soit prise toute mesure individuelle susceptible de lui porter atteinte et éviter les coûts superflus ainsi que les désagréments excessifs pour les personnes concernées* », cette dernière exigence semblant également prohiber un libellé imprécis qui amènerait un responsable de traitement à adopter des mesures correctrices en aveugle, sans guidance de la part de l'autorité de contrôle et qui l'exposerait à devoir modifier les mesures prises, voire adopter d'autres mesures suite au contrôle *a posteriori* à effectuer par la CNPD postérieurement au 15 janvier 2022.

Le soussigné relève encore, à titre d'illustration, que la Chambre Contentieuse de l'Autorité belge de protection des données, à savoir l'organe contentieux administratif belge compétent en matière de protection des données, s'est donnée des règles spécifiques en matière de politique d'astreinte⁵³, libellées notamment comme suit :

« Afin de donner au condamné la possibilité d'échapper à l'imposition de l'astreinte, celui-ci doit savoir ce que l'on attend de lui. La Chambre Contentieuse précise dès lors en des termes clairs la condamnation principale à laquelle l'astreinte se rapporte⁵⁴. »

Elle spécifie en particulier :

⁵¹ Souligné par le soussigné.

⁵² Idem.

⁵³ <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/politique-en-matiere-d-astreinte.pdf>.

A noter que ces mêmes règles semblent exclure l'application conjointe d'une amende et d'une astreinte.

⁵⁴ Souligné par le soussigné.

- la disposition du cadre légal qui fait l'objet d'une violation (par ex. art. X du RGPD);
- le relevé des constatations faites concernant la violation ;
- la description des mesures⁵⁵ (autrement dit de la condamnation principale) imposées et les délais d'exécution (par ex. l'injonction de mettre un traitement en conformité dans un délai de x jours ou semaines) (...) »

Le soussigné relève encore que dans une affaire opposant la société GOOGLE à l'Autorité française de la Concurrence, la Cour d'Appel de Paris⁵⁶ a été amenée à sanctionner une injonction libellée de manière large (« *prendre les mesures nécessaires pour que (...)* ») ne permettant pas de circonscrire la mesure à ce qui est strictement nécessaire, tandis que dans une autre affaire, la même Cour d'appel de Paris⁵⁷ a annulé une contrainte qui ne comportait pas les mentions suffisantes pour permettre au débiteur de connaître notamment la nature, la cause et l'étendue de son obligation.

A titre d'autre exemple, toujours en matière de concurrence, matière itérativement invoquée par analogie par la CNPD, la Cour d'appel de Paris⁵⁸, considérant que les injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence manquaient de précision, a ordonné un sursis à exécution de ces injonctions, lesquelles étaient libellées comme suit : « *Il est enjoint aux sociétés [...] de mettre en conformité les Statuts [...] avec le droit de la concurrence. Elles adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure, copie de la nouvelle version des documents, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision* », la Cour ayant fait droit à un moyen intitulé « *Sur la violation flagrante de la triple exigence de clarté, de précision et de certitude et le risque élevé qui en résulterait de non-respect de l'injonction* », après avoir retenu qu'une injonction doit être formulée en termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à son exécution, la Cour ayant encore retenu que la référence faite dans l'injonction, comme en l'espèce, à des articles rédigés en termes généraux et ne donnant aucune explication technique sur les attentes de l'autorité serait insuffisant, tandis que les explications données en l'espèce par l'Autorité de la concurrence auraient été contenues « *dans des observations denses et techniques (qui renvoient à pas moins de 91 paragraphes de sa décision (...), ce qui démontrerait « que l'injonction est peu compréhensible et revêt un caractère indéterminé* ».

Le soussigné relève également que la Cour d'appel a encore retenu dans cette affaire à l'appui de la demande des requérants le fait que ceux-ci étaient exposés à une insécurité juridique « *du fait de la possibilité pour l'autorité de mettre en œuvre d'autres sanctions financières si les modifications effectuées ne lui convenaient pas* » et que la modification imposée était susceptible « *d'entraîner une situation irréversible* ».

Cette motivation peut être appliquée *mutatis mutandis* au cas d'espèce.

Enfin, il appert qu'en ne spécifiant pas les obligations imposées sous peine d'astreinte, si ce n'est par référence aux motifs de sa décision de 127 pages, mais en se réservant, apparemment dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, d'en décider l'adéquation, la CNPD

⁵⁵ Souligné par le soussigné.

⁵⁶ CA Paris, Pôle 5-7, 8 octobre 2020, n° 20/08071.

⁵⁷ CA Paris, Pôle 6, chambre 12, 22 février 2019, n° 17/01471.

⁵⁸ CA Paris, Pôle 5, chambre 15, 1^{er} juillet 2020, n° 20/03765 ; voir aussi CA Paris, Pôle 5, chambre 15, 1^{er} juillet 2020, 20/03760 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 15, 1^{er} juillet 2020, 20/03762 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 15, 1^{er} juillet 2020, n° 20/03763 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 15, 1^{er} juillet 2020, n° 20/03764.

pourrait être considérée, par analogie, comme ayant imposé une obligation purement potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, à savoir une obligation dont l'exécution dépend de la volonté d'une seule des parties, nulle de plein droit.

Il convient d'ailleurs de s'interroger pourquoi la CNPD, à l'instar d'autres autorités de contrôle⁵⁹, plutôt qu'imposer sous peine d'astreinte des obligations indéterminées, n'a pas imparti à la société AMAZON un délai dans lequel la société requérante devra lui communiquer toutes les mesures qu'elle entend prendre pour se conformer, pour ensuite exercer son contrôle *a posteriori* et finalement en conséquence spécifier les obligations avant de contraindre par voie de décision AMAZON à s'y conformer sous peine d'astreinte : une telle approche, en deux temps, aurait permis d'obliger la société contrôlée à divulguer à la CNPD les mesures précises qu'elle entend prendre afin de se conformer à ses obligations - une première décision établissant ainsi une obligation visant à permettre à la CNPD d'apprécier, avant l'expiration d'un délai imposé les mesures que la société AMAZON se propose de prendre pour mettre fin aux infractions constatées - et ensuite d'assurer l'exécution concrète, sous peine d'astreinte, de ces mêmes obligations dûment acceptées par la CNPD - une seconde décision contenant ainsi une injonction précise sous peine d'astreinte.

Il appert dès lors à ce stade, au terme d'une analyse sommaire, qu'en ne libellant pas l'injonction en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude, dans des conditions propres à permettre à la société AMAZON d'y satisfaire dans le délai imparti, les juges du fond pourraient retenir en l'état actuel du dossier et de son instruction, que la CNPD a violé le principe d'interprétation stricte, ci-avant dégagé, des injonctions sous sanction pécuniaire, méconnaissant son obligation de spécifier de manière positive les actions que le responsable du traitement devait entreprendre afin de se mettre en conformité et d'échapper à l'astreinte, et ce faisant, a violé notamment les articles 13 de la CEDH et 47 de la Charte, ainsi que - encore que non invoqué par la société AMAZON - le droit de celle-ci à une bonne administration, consacré à l'article 41 de la Charte et constituant un principe général du droit de l'Union reconnu par la CJUE.

En l'espèce, il convient encore de relever que le tribunal administratif, siégeant en formation collégiale par rapport au recours principal statuera en toute vraisemblance en qualité de juge de la réformation. En effet, si l'article 55 de la loi du 1^{er} août 2018 précise que « *Un recours contre les décisions de la CNPD prises en application de la présente loi est ouvert devant le Tribunal administratif qui statue comme juge du fond* », les termes « *juge du fond* » sont dans ce contexte à considérer comme équivalents à « *juge de la réformation* », par opposition au juge de l'annulation.

Or, l'office du juge de la réformation est communément défini comme « *la compétence spéciale de statuer à nouveau, en lieu et place de l'administration, sur tous les aspects d'une décision administrative querellée. Le jugement se substitue à la décision litigieuse en ce qu'il la confirme ou qu'il la réforme. Cette attribution formelle de compétence par le législateur appelle le juge de la réformation à ne pas seulement contrôler la légalité de la décision que l'administration a prise sur base d'une situation de droit et de fait telle qu'elle s'est présentée à elle au moment où elle a été appelée à statuer, voire à refaire - indépendamment de la légalité - l'appréciation de l'administration, mais elle l'appelle encore à tenir compte des changements en fait et en droit intervenus depuis la date de la prise de la décision litigieuse et, se plaçant*

⁵⁹ Voir p.ex. TUE 27 juin 2012, *Microsoft c/ Commission*, T-167/08.

au jour où lui-même est appelé à statuer, à apprécier la situation juridique et à fixer les droits et obligations respectifs de l'administration et des administrés concernés » .

Or, indépendamment des moyens avancés concrètement par la société requérante, il appert, en toute logique, que le tribunal administratif, statuant en tant que juge de la réformation, sera amené à réformer l'injonction, le cas échéant dans le sens d'une reformulation précise et actualisée, alors qu'il résulte, comme retenu ci-dessus, de la décision critiquée que *« les démarches effectuées par AEC pour se mettre en conformité avec le RGPD au cours de la procédure d'enquête ou pour remédier aux manquements relevés par le chef d'enquête dans la communication des griefs, seront prises en compte par la Formation Restreinte dans le cadre des éventuelles mesures correctrices »*, ce qui semble impliquer la nécessaire prise en compte à un stade ultérieur, et au plus tard par les juges du fond, des mesures correctrices déjà adoptées par la société requérante au moment de la prise de la décision.

Il s'ensuit que la seconde exigence légale est également remplie en cause.

Les deux principales conditions posées par l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 étant remplies et l'affaire n'étant pas en état d'être plaidée et décidée à brève échéance, il y a partant lieu de faire droit à la demande de la société AMAZON.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 20.000 euros tel que formulée la CNPD laisse d'être fondée, les conditions légales afférentes n'étant pas remplies en cause.

Par ces motifs,

le soussigné, président du tribunal administratif, statuant contradictoirement et en audience publique ;

rejette le recours en sursis à exécution dans la mesure où il est fondé sur l'article 13 de la CEDH et l'article 47 de la Charte ;

le reçoit en la forme sur base de l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

le déclare également justifié sur base de l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ;

partant, dit qu'en attendant que le tribunal administratif se soit prononcé au fond sur le mérite du recours introduit sous le numéro 46578 du rôle, il sera sursis à l'exécution de la décision de la COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES du 15 juillet 2021 dans la mesure où elle impose des mesures correctrices à la société AMAZON libellées comme suit :

« de prononcer à l'encontre de la société AEC une injonction de mettre en conformité les traitements avec les dispositions des articles 6.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 21 du RGPD dans un délai de six mois suivant la notification de la Décision de la Formation Restreinte ;

et en particulier :

1. *de mettre en conformité les traitements de données à caractère personnel réalisés à des fins de publicité comportementale de façon à ce que ceux-ci reposent sur une condition de licéité valide au sens de l'article 6.1 du RGPD ;*
2. *de mettre en conformité les mesures de transparence concernant les traitements de données à caractère personnel à des finalités de la publicité comportementale avec les articles 12, 13 et 14 du RGPD comme exposé ci-dessus ;*
3. *de mettre en conformité les réponses données à toute future demande d'accès, de modification, ou d'effacement conformément aux articles 15 à 17 du RGPD comme exposé ci-dessus ;*
4. *de mettre en conformité le mécanisme d'opt-out conformément à l'article 21 du RGPD pour assurer qu'il couvre l'ensemble des traitements de données à caractère personnel à des fins de prospection comme exposé ci-dessus ; »*

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure telle que formulée par la COMMISSION NATIONALE DE LA PROTECTION DES DONNEES ;

rejette le recours en obtention d'un sursis à exécution pour le surplus ;

réserve les frais et dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 17 décembre 2021 par Marc SÜNNEN, président du tribunal administratif, en présence du greffier en chef Xavier DREBENSTEDT.

s. Xavier DREBENSTEDT

s. Marc SÜNNEN

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 17 décembre 2021
Le greffier du tribunal administratif