

Édouard Cruysmans

Assistant à l'Université
Catholique de Louvain
(Belgique),
Assistant à l'Université
Saint-Louis-Bruxelles
(Belgique),

Céline Romainville

Chargée de recherches
du Fonds de la recherche
scientifique - FNRS
Chargée de cours invitée
à l'Université Catholique
de Louvain, à l'Université
Saint-Louis - Bruxelles
et à l'Université Libre de
Bruxelles (Belgique)

Les diverses dimensions du « droit à l'oubli » dans la sphère numérique

Un processus de positivation
rentrant en conflit avec la liberté d'expression ?

Le droit à l'oubli n'est pas un. Plusieurs dimensions le traversent. Il se comprend premièrement comme un droit, développé depuis quelques années par la jurisprudence, qui s'oppose à la liberté d'expression des médias. Il se conçoit ensuite à l'aune des évolutions technologiques qu'internet a connu ces dernières décennies. Au sein même de cette seconde dimension, le droit à l'oubli se subdivise. Ce fractionnement s'explique par les nouvelles perspectives, essentiellement consacrées au regard de la protection des données personnelles, attribuées à ce droit dans la sphère numérique. Le droit à l'oubli s'entend d'abord comme un droit de rectification. Il s'analyse ensuite comme un droit à l'effacement des données personnelles rassemblées dans des archives électroniques. Enfin, il s'appréhende comme le droit d'exiger la disparition des traces numériques. Ces trois dimensions - qui ne représentent en rien une liste exhaustive - reçoivent des consécration constitutionnelles et légales différentes, tantôt directement consacrées par des dispositions législatives expresses, tantôt en faisant l'objet d'une protection par des droits fondamentaux (et spécifiquement la protection de la vie privée et des données personnelles), tantôt en ne faisant l'objet d'aucune ratification légale claire.

Mots-clés : droit à l'oubli, liberté d'expression, protection de la vie privée, protection des données personnelles, archives numériques, traces numériques

« For millennia, human have had to deliberately choose what to remember. The default was to forget. In the digital age this default of forgetting has changed into a default of remembering »
(V. Mayer-Schönberger, 2007)

« (...) si j'invoque aujourd'hui, alors que j'écris, mon "intérêt à oublier et à me faire oublier" c'est en précision du fait que je pourrais bien dans l'avenir changer d'avis sur tout ce que j'écris aujourd'hui. C'est bien parce que je compte sur cette possibilité, cette virtualité, d'être oubliée, et d'oublier, d'être moi-même une autre, que je me sens libre d'écrire aujourd'hui »
(A. Rouvroy, 2008 : 26)

La mise à jour de la contribution s'arrête au 25 février 2013

Le droit à l'oubli n'est pas une notion neuve. Longtemps confiné à la seule sphère des informations judiciaires, il connaît depuis quelques années, suite non seulement aux évolutions technologiques importantes mais aussi aux bouleversements sociopolitiques de nos sociétés, un nouveau souffle. La conscientisation croissante de l'absence de protection et de contrôle des données personnelles sur Internet lui permet d'être perçu, aujourd'hui, comme un nouveau bouclier digital protégeant l'internaute contre les multiples assauts que connaissent ses données privées. En effet, si plus personne ne conteste aujourd'hui qu'Internet est un formidable outil lorsqu'il s'agit de prospecter des informations, ces dernières constituent petit à petit des banques de données de plus en plus importantes. Cette infailibilité de la mémoire virtuelle et illimitée d'Internet n'est pas sans poser un problème au regard de la protection des données personnelles. La prise de conscience de ces évolutions s'est notamment traduite par la proposition de règlement général sur la protection des données¹ dans lequel le droit à l'oubli numérique est explicitement instauré. Plus globalement, ce texte tend à remettre en valeur les concepts d'auto-détermination et de libre développement de la personnalité qui sont au fondement des régimes de protection des données personnelles et de la vie privée à l'échelle européenne (A. Rouvroy, Y. Poulet, 2009 : 45-76).

¹ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (règlement général sur la protection des données), 25 janvier 2012, 2012/0011.

La présente contribution entend interroger le statut constitutionnel et légal de ce droit à l'oubli lorsqu'il est revendiqué dans le cadre des données personnelles sur internet. S'il semble que l'on ne peut pas qualifier entièrement cette revendication de « droit fondamental » puisqu'elle n'en réunit pas – encore – toutes les caractéristiques essentielles (des sources juridiquement obligatoires, un objet précis, des prérogatives concrètes, des titulaires identifiés, des débiteurs précisés, des obligations précises pour ces débiteurs et une justiciabilité établie)², on peut toutefois développer une approche « en termes de droits fondamentaux ». Certaines dimensions du droit à l'oubli sont, en effet, protégées par des dispositions spécifiques pendant que d'autres le sont par un ensemble de droits fondamentaux, parmi lesquels figurent entre autres le droit à la vie privée et surtout le droit à la protection des données personnelles. Il importe de souligner que ce dernier s'est autonomisé par rapport au droit à la vie privée (même si la Cour de justice reste quelque peu prisonnière d'un « *privacy thinking* » dans l'interprétation de ce droit (voy. G. Gonzales Fuster, R. Gellert, 2012 : 73-82). Enfin, le statut de cette revendication peut également n'être que celle d'un principe directeur d'une série de législations, lorsqu'un droit à l'oubli est reconnu dans des réglementations, à l'instar notamment de la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles³.

La qualification juridique du droit à l'oubli dans le contexte qui nous occupe est loin d'être anodine. Elle emporte en effet, l'application des règles relatives aux conflits de droits en cas d'antagonismes entre le droit à l'oubli et un droit fondamental, au premier rang desquels figure la liberté d'expression⁴. Elle ravive également les différences entre le constitutionnalisme américain et européen : alors que le système constitutionnel américain ne peut tolérer, en raison de la grande importance de la liberté d'expression et de son approche de la vie privée axée sur la liberté et la protection contre les intrusions gouvernementales (R. K. Walker, 2012 : 114), qu'un droit à l'oubli compris dans sa dimension la plus réduite (K. Ciuckowska-Leszczewicz, 2012 : 36), les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union et le droit constitutionnel européen émergent tendent au contraire à favoriser une conception de la vie privée qui vise la protection effective de la dignité et de la réputation, y compris dans la sphère numérique, par l'adoption de mesures positives – parfois au détriment de la liberté d'expression⁵.

2 Cette appréhension de la notion de droit fondamental est tirée d'une combinaison des approches formelles et matérielles. Voy. : M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, 2ème éd., Paris-Bruxelles, L.G.D.J. Bruylant, 2008, pp. 41-68 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001 ; O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », A.J.D.A., 1998, pp. 44 et s. ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A., 1998, pp. 14-15 ; L. FAVOREU, *Précis de droit constitutionnel*, 9ème éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 788.

3 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, J.O.C.E., L. 281/31. Cette directive a été transposée dans les ordres juridiques internes. Voy. notamment en France, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O.R.F., 7 janvier 1978, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (1), J.O.R.F., 7 août 2004 (ci-après « la loi française ») ; et en Belgique, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, M.B., 18 mars 1993, modifiée par une loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, M.B., 3 février 1999 (ci-après, « la loi belge »).

4 Voy. sur ces techniques qui comprennent l'application du test de proportionnalité et de la mise en balance, et, dans une moindre mesure, la prise en compte d'une forme de hiérarchie entre droits fondamentaux : P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; S. VAN DROOGHEN-BROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001 ; E. BREMS (dir.), *Conflicts between fundamental rights*, Anvers-Oxford-Portland, Intersentia, 2008.

5 Voyez pour deux exemples frappants de différence fondamentale d'approche à propos de la proposition de la Commission de 2010 : Matt WARMAN, « EU' Asking Google to Censor Web », *Telegraph*, Feb. 14, 2012, www.telegraph.co.uk ; Jane YAKOWITZ, « More Bad Ideas from the EU », *Forbes*, Jan. 25, 2012, www.forbes.com

Afin de procéder à une étude – qu'il faut d'emblée qualifiée de non exhaustive et relativement sommaire – du statut juridique du droit à l'oubli, la présente contribution « décortique » cette notion en trois dimensions qui seront étudiées sous l'angle de la théorie générale des droits fondamentaux. Le droit à l'oubli entendu comme le droit de rectification, sans doute la dimension la plus « consolidée » en tant que droit fondamental de par son rapprochement avec le droit à la protection des données personnelles, fera l'objet d'un premier chapitre. Ensuite, sera abordé le droit à l'effacement des données, dont l'ancrage dans les droits fondamentaux semble se confirmer. Enfin, une étude succincte du droit à l'effacement des « traces numériques » nous permettra de mettre en lumière le fait qu'il reste très largement non consacré, voire contredit par le droit positif.

I. Le droit à l'oubli comme un droit de rectification

Le droit de rectification des données personnelles est une facette particulière du droit à l'oubli, qui se situe à mi-chemin entre un droit à l'oubli en formation et le droit à la protection des données.

Ce droit se déduit également, plus largement, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme en atteste une série d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme⁶. Il bénéficie d'une assise plus spécifique et possède une effectivité consolidée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷. Celle-ci, devenue juridiquement contraignante lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 (même si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne « lui conférerait d'ores et déjà un statut quasi contraignant » (N. Cariat, 2010 : 106)), reconnaît, en son article 8, § 2, le droit de rectification des données collectées en ces termes :

- « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. »

La consécration de ce droit a mis définitivement à mal l'idée selon laquelle le droit à la protection des données n'est qu'un démembrement du droit à la vie privée (G. Gonzales Fuster, R. Gellert, 2012 : 73-82). Il n'est toutefois applicable, comme l'ensemble de la Charte, que « dans le champ d'application du droit de l'Union, lui-même limité »⁸. De plus, cette consécration du droit à la rectification des données est sujette à restriction : l'article 52 de la Charte autorise des limitations aux droits et libertés consacrés pour autant que ces limitations respectent le principe de proportionnalité, soient nécessaires et « répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés

6 Voyez notamment l'arrêt *Khelili* dans lequel la Cour rappelle que la mémorisation de données personnelles par les autorités gouvernementales constitue une ingérence dans l'article 8 et dans laquelle elle constate une ingérence du fait de la rectification tardive de la mention 'prostituée' comme profession de la requérante (Cour eur. D.H., 8 mars 2012, *Khelili c. Suisse*). Dans l'affaire *Sinan Isik contre Turquie*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 au motif d'une absence de rectification concernant la mention de la religion du requérant (Cour eur. D.H., 2 mai 2010, *Sinan Isik c. Turquie*).

7 Voy. e. a. sur la Charte : B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 382 pp. ; S. PEERS, A. WARD, (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 388 pp. ; L. BURGORGUE-LARSEN, E. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe - Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union - Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; J. RIDEAU, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne - Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne », R.A.E., 2007-2008, liv. 2, pp. 185-207.

8 Par conséquent, afin de vérifier l'applicabilité de la Charte, le juge interne doit « effectuer le rattachement entre la situation dont il est saisi et une norme issue du droit de l'Union, primaire ou dérivée, déclarée applicable (*ratione personae, materiae, loci, temporis*) » mais également vérifier s'il est satisfait aux conditions d'applicabilité posées dans la Charte elle-même et qui ont trait à « son champ d'application temporel (*ratione temporis*) et personnel (*ratione personae*) » (N. CARIAT, 2010 : p. 107).

d'autrui ». La Charte semble ainsi induire, en cas de conflit entre liberté d'expression et droit de rectification des données, une application de la méthode de la balance des intérêts.

Même si la portée légale de ce droit de rectification des données est relativement claire, l'usage qu'a fait la Cour de justice de l'Union européenne de l'article 8, § 2 de la Charte⁹ est assez étonnant. En effet, la Cour, jusqu'à l'arrêt *Rijkeboer*¹⁰, a préféré se référer au droit dérivé en restant tout à fait silencieuse sur la Charte des droits fondamentaux. Dès lors qu'elle fait désormais usage de l'article 8 de la Charte, c'est toujours en « inféodant » cette disposition au régime juridique du droit à la vie privée, sans reconnaître la spécificité du droit à la protection des données personnelles (G. Gonzales Fuster, R. Gellert, 2012 : 73-82).

On comprend donc l'importance du droit dérivé pour le droit de rectification des données. La directive 95/46/CE reconnaît aux individus le droit d'accès aux données qui implique « selon le cas, la rectification (...) des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données » (article 12, b)). Cette prérogative reconnue aux individus s'applique uniquement lorsque ces derniers n'ont pas consenti à l'échange de ces données, condition qui n'est pas clairement établie dans l'article 8, § 2 de la Charte. Elle est prolongée par l'obligation de communiquer aux tiers la rectification des données transmises (art.12, c)).

Si le droit dérivé et les droits nationaux semblent assurer une portée plus importante au droit de rectification des données, notamment devant la Cour de justice, il faut toutefois rester prudent lorsqu'il est question de l'effectivité de ce droit. D'une part, parce qu'à l'heure des réseaux sociaux, ce sera souvent le propriétaire de l'information lui-même qui délivrera cette information et qui aura, forcément, donné son consentement à cette fin. Dans ce cadre, la mobilisation de la directive sera compliquée. D'autre part, parce que la rapidité d'échanges des données sur internet rend parfois impossible la garantie d'un respect des rectifications par l'ensemble des utilisateurs (Castellano, 2012 : 9-10). La proposition européenne de règlement général de protection des données vise notamment à dépasser ces deux écueils et consacre de manière générale un droit à la rectification des données, présenté désormais comme distinct du droit à l'oubli. Son article 16 précise que :

« La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes. La personne concernée a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel incomplètes soient complétées, y compris au moyen d'une déclaration rectificative complémentaire. »

En l'absence de jurisprudence certaine concernant le conflit droit de rectification et liberté d'expression, l'on ne peut que s'en référer aux grands principes gouvernant le conflit entre protection des données personnelles et liberté d'expression qui, comme on le verra dans la deuxième partie, tendent à faire prévaloir dans certaines circonstances la liberté d'expression sur la protection des données personnelles.

II. Le droit à l'oubli comme droit d'exiger l'effacement de données personnelles figurant dans des archives numériques

Prolongement du droit au respect de la vie privée, le droit à l'oubli se conçoit aussi à travers le droit d'exiger la suppression des documents archivés sur le net. Il garantit en effet « à une personne qui a

⁹ N'ayant pas connaissance d'arrêts spécifiquement dédiés à la question du droit de rectification des données, nous évoquons ici l'ensemble des arrêts liés à l'article 8, § 2, de la Charte dont les enseignements doivent *mutatis mutandis*, s'appliquer aux cas concernant le droit de rectification des données.

¹⁰ C.J.U.E. (3ème chambre), 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam contre M. E. E. Rijkeboer*.

été sous les feux de l'actualité d'en sortir après un certain temps en raison du temps écoulé depuis les faits concernés »¹¹. Le temps devrait donc permettre l'oubli. Avec Internet, cet oubli est pourtant mis en péril. Les archives constituées sont accessibles à tous, gratuitement, et n'importe où dès lors qu'une personne bénéficie d'une connexion internet.

Les demandes d'effacement se fondent régulièrement non pas sur l'existence, désormais reconnue dans nombre d'Etats européens¹², du droit à l'oubli, mais bien sur la législation applicable en matière de vie privée, et plus spécifiquement de traitement des données personnelles (H. Graux, J. Ausloos, P. Valcke, 2012 : 3-5). En effet, selon l'article 2, b) de la directive 95/46/CE, le traitement se définit comme « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ». Des archives en ligne comprenant par exemple des noms et prénoms de personnes¹³, rendues disponibles grâce aux moteurs de recherche, constituent un traitement, en l'espèce automatisé. Il importe à ce titre de souligner que la Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un arrêt du 16 décembre 2008, que des « activités de traitement de données à caractère personnel [...] qui ne comprennent que des informations déjà publiées telles quelles dans les médias, relèvent du champ d'application de la directive »¹⁴. Dès lors, le fait que les données aient déjà fait l'objet d'une publication dans les médias ne prive pas ces dernières des protections accordées par la législation sur la protection des données personnelles.

Le champ d'application *rationae materiae* de la directive est clairement établi à l'article 3. Dès lors qu'il y a traitement de données à caractère personnel, que ce traitement soit automatisé ou non, il y a application de l'ensemble des principes de la directive. Toutefois, plusieurs exceptions sont prévues par le texte européen. Ainsi, l'article 9 de la directive¹⁵ indique que les traitements de données effectués « aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire » ne sont pas soumis à certaines dispositions. Ces exemptions s'expliquent par nécessité de « concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression » (article 9 de la directive). En effet, « imposer le respect de l'ensemble du régime de protection des données pourrait [...] porter gravement atteinte et entraver l'exercice de la liberté de la presse » (de Terwangne, 2010 : 135). De prime abord, ces exonérations ne semblent pas concerner l'ensemble du champ du texte européen, mais seulement certaines dispositions dans le respect des conditions énumérées. Il faut néanmoins mettre en évidence les largesses de ce régime puisque, selon l'Avocate générale Kokott, l'article 9 permet *in fine* de suspendre quasiment l'application de toute la directive européenne¹⁶. Ceci doit être nuancé par le fait que les régimes dérogatoires transposés dans les pays de l'Union européenne diffèrent sensiblement (de Terwangne, 2010 : 135-137 ; Mitrou, Karyda, 2012 : 3 ; article 67 de la loi française ; article 3, § 3 de la loi belge).

11 Civ. Bruxelles (4ème chambre), 25 mai 2011, A&M, 2011/4-5, p. 569.

12 En Belgique, voy. Civ. Neufchâteau (2ème chambre), 25 janvier 2013, J.L.M.B., 2013, P. 1182 ; Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, A&M, 2013/3-4, p. 297, note de E. CRUYSMANS ; Civ. Bruxelles (20ème chambre), 20 septembre 2001, A&M, 2002/1, p. 77 ; Civ. Namur (1ère chambre), 27 septembre 1999, A&M, 2000/4, p. 471 Civ. Namur, 17 novembre 1997, J.L.M.B., 1998/18, p. 785 et s. ; Civ. Bruxelles (14ème chambre), 30 juin 1997, J.T., 1997, p. 710.

13 Ces informations constituent sans conteste des données personnelles. La notion est définie à l'article 2, a) de la directive.

14 C.J.U.E. (Gde Chambre), 16 décembre 2008, C-73/07, Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, R.T.D.I., 2010/38, p. 127, § 49, obs. de C. de TERWANGNE.

15 Voy. l'article 67 de la loi française, l'article 3 de la loi belge, ainsi que l'article 80 de la proposition de règlement.

16 Conclusions de l'Avocate générale J. KOKOTT du 8 mai 2008 dans l'affaire Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, C-73/07, §§ 57 et 60.

oulé depuis les faits
urtant mis en péril.
rs qu'une personne

e, désormais recon-
pplicable en matière
Graux, J. Ausloos,
raitement se définit
édés automatisés et
nt, l'organisation, la
i, la communication
ment ou l'intercon-
ne comprenant par
teurs de recherche,
ie la Cour de justice
tés de traitement de
bliées telles quelles
ie les données aient
tions accordées par

l'article 3. Dès lors
atisé ou non, il y a
s sont prévues par
nées effectués « aux
mis à certaines dis-
rivée avec les règles
spect de l'ensemble
traver l'exercice de
ns ne semblent pas
ions dans le respect
gime puisque, selon
n de toute la direc-
posés dans les pays
i, Karyda, 2012 : 3 ;

Bruxelles (comme en
ibre), 20 septembre
v. Namur, 17 no-
p. 710.
le 2, a) de la directive.
napörssi Oy et Satame-
e règlement.
c. Satakunnan Markki-

NUMÉRIQUE...

Il s'agit donc de comprendre avec exactitude la notion de « traitement à finalité de journalisme ». La question semble primordiale lorsque l'on comprend que l'étendue de cette expression conditionne en partie la portée de la directive et des différentes lois de transposition. Pourtant, aucune précision n'y figure, sans doute parce que cette notion apparaît *a priori* comme extrêmement claire (de Terwangne, 2010 : 130), *quod non*. Le Conseil d'Etat belge avait d'ailleurs suggéré de manière expresse, dans son avis préalable à la transposition de la loi dans l'ordre juridique interne, que des précisions soient apportées à cette notion afin d'éviter tout problème ultérieur d'interprétation¹⁷. A défaut, la consultation des textes européens et de la jurisprudence qui en découle permet aujourd'hui de clarifier la notion.

À la lecture du considérant 37 de la directive 95/46/CE, on ne peut s'empêcher d'interpréter extensivement la notion de journalisme. En effet, il porte que le traitement à des fins de journalisme doit bénéficier de dérogations « nécessaires à la conciliation des droits fondamentaux avec la liberté d'expression, et notamment la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, telle que garantie notamment à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Cette disposition européenne confère aussi aux individus le droit de recevoir des informations, notamment par internet. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé qu'internet contribue grandement à faciliter ce droit d'accès aux informations, notamment grâce à la constitution d'archives à disposition des internautes¹⁸. Cette fonction représente « un aspect essentiel du rôle joué par les sites Internet »¹⁹. Par conséquent, la haute juridiction strasbourgeoise admet clairement que les garanties offertes par l'article 10 à la liberté d'expression sont également d'application pour les archives en ligne²⁰. Tout en rappelant que le rôle principal de la presse (« chien de garde » dans une société démocratique), la Cour reconnaît que cette même presse remplisse un rôle accessoire lorsqu'elle constitue « des archives à partir d'informations déjà publiées ». De manière plus limpide encore, le considérant 121 de la proposition européenne du 25 janvier 2012 de règlement général sur la protection des données indique que les dérogations applicables à des fins journalistiques « devraient notamment s'appliquer [...] dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives et bibliothèques de journaux » (voy. dans le même sens A. Mantelero, 2012, 736). Selon A. Mantelero, « *[t]his notion includes any activities connected to "the disclosure to the public of information, opinions or ideas, irrespective of the medium which is used to transmit them" by the media, but also by different entities acting for both profit and non-profit making purposes* » (A. Mantelero, 2012, 736). Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme précise son raisonnement en reconnaissant que « les Etats bénéficient probablement d'une latitude plus large pour établir un équilibre entre les intérêts concurrents lorsque les informations sont archivées et portent sur des événements passés que lorsqu'elles ont pour objet des événements actuels »²¹.

L'arrêt précité du 16 décembre 2008 a confirmé cette interprétation large, confondant quasiment – voire totalement – la notion de « journalisme » à la liberté d'expression²². La Cour définit les activités de journalisme comme celles ayant « pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées sous quelque moyen de transmission que ce soit »²³. Cette définition fait à nouveau apparaître sa grande largesse. Alors que les conclusions de l'Avocate générale Kokott soutiennent qu'une telle interprétation « ne trouve aucun fondement dans le libellé de l'article 9 » et qu'il faut avoir recours au principe d'interprétation

17 Avis du Conseil d'Etat, Doc. parl., Ch. des Repr., sess. ordin., 1997-1998, séance du 20 mai 1998, 1566/1, p. 188.
18 Cour eur. D.H., 10 mars 2009, Times Newspapers Limited (Nos 1 et 2) c. Royaume-Uni, § 27.
19 Cour eur. D.H., 10 mars 2009, précité, § 27.
20 Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne, § 59.
21 Il est permis de s'étonner de l'utilisation, par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'adverbe « probablement » qui confère à ses propos une portée incertaine.
22 C.J.U.E. (Gde Chambre), 16 décembre 2008, précité, §§ 55 et 56.
Voy. aussi le considérant 53 de la proposition de règlement général sur la protection des données.
23 C.J.U.E. (Gde Chambre), 16 décembre 2008, précité, §§ 61 et 62.

stricte des exceptions, la Cour n'évoque même pas le critère retenu par l'Avocate générale, à savoir la participation des informations à des « questions d'intérêt public »²⁴. La Cour s'en tient à une définition extensive qui « fait entrer dans la catégorie particulièrement protégée des journalistes et des personnes qui ne diffusent pas nécessairement d'informations sur des questions d'intérêt public et qui ne sont pas soumises aux obligations déontologiques, mais qui simplement poursuivent des activités qui ont pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées » (de Terwangne, 2010 : 142), finalité « qui [relève] du droit fondamental de la liberté d'expression »²⁵.

Enfin, la récente proposition européenne de règlement général de protection des données rejoint le point de vue des deux Cours. En effet, le considérant 121 indique que « [p]our tenir compte de l'importance de la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, comme le journalisme. Par conséquent, aux fins des exemptions et dérogations à établir en vertu du présent règlement, les Etats membres devraient qualifier de « journalistiques » les activités ayant pour objet de communiquer au public des informations, des opinions ou des idées quel que soit le vecteur utilisé pour les transmettre ».

Les enseignements de ces deux arrêts européens doivent s'analyser conjointement. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de « journalisme » doit s'entendre dans une interprétation large comme synonyme de la liberté d'expression. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, archiver est le rôle secondaire de la presse, de sorte qu'il s'agit d'une des composantes de la liberté d'expression. En définitive, il est permis de parachever le raisonnement en établissant que la finalité de « journalisme » comprend, entre autres, la création d'archives. Ainsi, le journalisme « ne se limite pas à rendre compte de l'actualité mais contribue, par la diffusion d'informations, d'idées ou d'opinions et notamment celles contenues dans les archives des quotidiens, à alimenter le débat public »²⁶.

La liberté d'expression prévaut. Pour autant, l'écoulement du temps a-t-il une influence sur les données conservées dans les archives ? En d'autres mots, existe-t-il un droit à l'oubli par le temps pour ces informations personnelles reprises dans les archives numériques de la presse ? La directive européenne prévoit que les données personnelles soient conservées pendant une durée « n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées » (article 6, § 1er, e)). Toutefois, aucune limite temporelle n'est imposée par la directive aux personnes ayant une activité de journalisme. Rien ne les oblige à procéder automatiquement, après l'écoulement d'un laps de temps déterminé, à l'anonymisation ou à la suppression des données à caractère personnel. Ce constat semble être cohérent au regard de la définition donnée à la notion de « journalisme » étant donné que l'actualité ne conditionne pas cette activité. Par conséquent, les exceptions contenues à l'article 9 s'appliquent même lorsque les données traitées relatent des informations absentes de l'actualité. En diffusant des articles archivés, la presse numérique réalise toujours sa finalité première, de sorte que l'archivage des articles ne tombe en aucun cas sous l'application du principe d'anonymisation.

La conclusion de l'analyse de ces deux arrêts européens peut surprendre. En effet, l'article 1er de la directive précise que la vie privée des personnes physiques se doit d'être garantie face au traitement des données personnelles. L'article 1er de la loi française reprend la même exigence. Or, l'analyse proposée du droit à l'oubli comme droit à l'effacement de données personnelles reprises dans des archives numériques de la presse laisse l'impression de consacrer – trop – pleinement la liberté d'expression face à la protection de la vie privée. Les arrêts européens, et surtout l'arrêt de la C.J.U.E., confèrent à la notion de journalisme

24 Conclusions de l'Avocate générale J. KOKOTT, précitées, §§ 65 et s.

25 C.J.U.E. (Gde Chambre), 16 décembre 2008, précité, § 55. L'arrêt poursuit en établissant que la notion de journalisme est afférente à celle de la liberté d'expression.

26 Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, A&M, 2013/3-4, p. 297, note de E. CRUYSMANS.

une approche extrêmement large, permettant en définitive de légitimer la plupart des archives. Une jurisprudence belge a d'ailleurs appliqué à la lettre ce raisonnement il y a peu²⁷. Toutefois, « il n'est pas certain que toutes les juridictions nationales de l'Union européenne auront la même appréciation et la même conception du journalisme » (Castets-Renard, 2010 : 36). Sur cette approche, l'harmonisation souhaitée par l'instauration de la directive 95/46/CE risque dès lors de n'être que relative (Castets-Renard, 2010 : 36).

III. Le droit à l'oubli comme un droit à la disparition des 'empreintes et des ombres'²⁸ numériques

Si le droit de rectification des données, première facette du droit à l'oubli, est désormais ancré dans un instrument relatif aux droits fondamentaux, et si la reconnaissance du droit à l'effacement des données, deuxième dimension du droit à l'oubli, comme droit fondamental est imminente, la reconnaissance d'un droit à l'effacement de ses « traces », dont notamment les recherches réalisées par les individus et les données relatives au trafic, les informations de localisation et celles permettant d'identifier les utilisateurs, est par contre loin d'être une réalité juridique.

Au contraire, motivée par la réduction de l'incertitude dans le champ de la sécurité (A. Rouvroy, 2008 : 8), la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication²⁹ impose, à rebours de toute considération liée à un droit à la disparition des traces numériques, que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les données [nécessaires pour retrouver et identifier la source d'une communication, la destination d'une communication, la date, l'heure et la durée d'une communication, le type de communication, le matériel de la communication] soient conservées [...] » (article 3 de la directive). Ces données doivent être conservées pour une durée minimale de six mois à deux ans à compter de la date de la communication. La proposition de règlement général sur la protection des données ne contient aucune référence à la directive 2006/24 précitée et n'entend donc pas modifier le contenu des obligations des Etats en ce qui concerne la conservation des traces liées aux communications³⁰. Pourtant, cette directive a fait l'objet de lourdes critiques³¹, notamment par la Cour constitutionnelle allemande³² et la doctrine, critiques que nous partageons.

Face à cette évolution négative du droit européen sur la question des traces digitales et de communications, le droit à l'oubli pourrait maintenant porter les revendications de ceux qui voient dans cette directive – et le mouvement politique et juridique qui s'y rapporte – un danger pour nos démocraties et nos « écosystèmes constitutionnels » (T. Konstadinides, 2011 : 722-736).

27 Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, A&M, 2013/3-4, p. 297, note de E. CRUYSMANS.

28 On parle d'empreintes numériques en ce qui concerne les traces créées par les utilisateurs eux-mêmes et d'ombres numériques en ce qui concerne les traces créées par d'autres individus. (B.-J. Koops, « Forgetting Footprints, Shunning Shadows. A critical Analysis of the 'Right to be Forgotten' in Big Data Practice », 2011, 8:3, SCRIPTed Volume 8, Issue 3, December 2011, p. 229 (<http://ssrn.com/abstract=1986719>).

29 Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, modifiant la directive 2002/58/CE, JO L 105/54, 13 avril 2006.

30 Une référence est insérée dans le texte de la proposition à l'article 89, pour clarifier les relations avec la directive 2002/58/CE « vie privée et communications électroniques », qui supprime l'article 1er de cette directive.

31 Voy. Notamment : A. B. KAISER, « German Federal Constitutional court : German Data Retention Provisions Unconstitutional in Their Present Form, Decision of 2 March 2010 », NJW 2010, p. 833, European Constitutional Law Review 6, pp. 503-517 ; E. KOSTA, P. VALCKE, « Retaining the data retention directive », Computer Law and Security Report 22 2006, pp. 370-380 ; T. Konstadinides, « Destroying Democracy on the Ground of Defending It ? The Data Retention Directive, the Surveillance State and Our Constitutional Ecosystem », European Law Review, 2011, Vol. 36 (5), pp. 722-736.

32 BVerfG 11 March BVerfGE 121, 1.

Conclusion

Hors de la sphère purement judiciaire, le droit à l'oubli ne semble pas en tant que tel consacré dans l'ordre juridique. En revanche, ses différentes dimensions reçoivent une assise juridique ainsi qu'une certaine effectivité. C'est notamment le cas du droit de rectification et du droit à l'effacement des données personnelles. Outre ces aspects, sont aussi consacrés le droit d'accès aux données et les droits relatifs au consentement de l'utilisateur quant à l'usage de ces données. Toutefois, il n'existe aucun statut légal – et encore moins de statut constitutionnel – du droit à l'oubli.

Face à ce constat, une question se pose : *de lege lata*, faut-il plaider pour la reconnaissance d'un tel droit ? Nous n'en sommes pas tout à fait certains. D'abord parce que nous ne sommes pas persuadés d'avoir réellement identifié ce que recouvre le « droit à l'oubli ». Doit-il être considéré comme un droit générique englobant un ensemble de droits sur les données personnelles dans la sphère numérique, actualisant le droit à la protection des données personnelles dans la sphère numérique ? Ou doit-il être perçu comme un droit spécifique, indépendant à la fois du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles ? Cette indétermination du droit à l'oubli provient, sans nul doute, non seulement de la confusion que sa formulation entretient avec le droit à l'oubli reconnu dans la sphère judiciaire, associé au droit à la vie privée, mais également de ce que l'on conçoit mal l'« oubli » revendiqué dans la sphère numérique comme l'objet précis d'un droit fondamental mais plutôt comme l'axiome et la valeur poursuivie par ce droit. Ensuite, parce que la reconnaissance d'un droit à l'oubli serait redondante par rapport aux dispositions déjà existantes et qui protègent certaines de ses dimensions³³. Cette reconnaissance ne ferait donc que rappeler le droit existant sans le rendre forcément plus effectif. Or c'est précisément l'effectivité des droits relatifs aux données personnelles dans la sphère numérique qui pose problème. Cette effectivité devrait, à notre sens, être assurée par une approche graduelle et intégrée, qui conduirait à prendre en compte le droit de consentir, de rectifier, d'effacer les données personnelles à la fois dans les dispositions régulant la création des nouvelles technologies et leur mise en œuvre mais également dans le droit des contrats que concluent les internautes, dans des dispositions impératives de protection du consommateur et enfin dans un renforcement des droits existants.

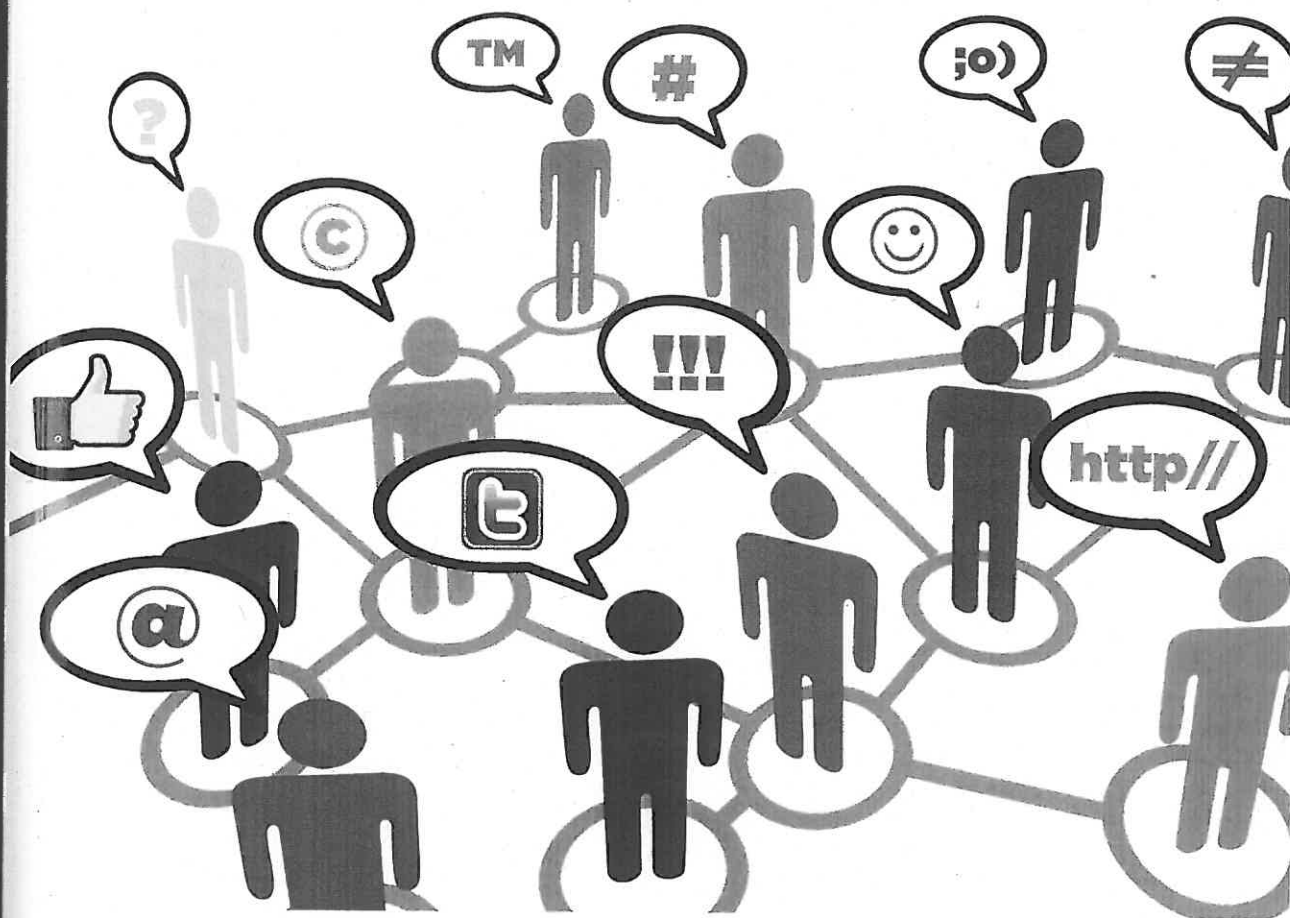
³³ Le bureau du comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel a également conclu à rejeter l'opportunité et l'effectivité des propositions de reconnaissance d'un droit à l'oubli pour préférer renforcer et moderniser les dispositions existantes. Voy. Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (STE n°108) (T-PD-BUR), Moderniser la Convention : nouvelles propositions, Strasbourg, le 27 avril 2012 T-PD-BUR(2012)01Rev2_fr

BIBLIOGRAPHIE

- Castets-Renard, Céline, Cours. Droit de l'internet, Paris, Montchrestien Lextenso Editions, 2010, 593 p.
- Cariat, Nicolas, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », J.T. 2010, n°7, pp. 105-110.
- Ciuckowska-Leszczewicz, Katarzyna, « The Right to Be Forgotten. European Approach to Protection of Personal Data », UWM Law Review, vol. 4, 2012, pp.27-36.
- De Terwangne, Cécile, « Les dérogation à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous C.J.U.E. (Gde Chambre), 16 décembre 2008, C-73/07, Tietosuo-javaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy, R.T.D.I., 2010/38, pp. 135-145.
- González Fuster, Gloria et Gellert, Raphaël, « The fundamental right of data protection in the European Union : in search for an uncharted right », International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 26, n°1, March 2012, pp. 73-82.
- Graux, Hans, Ausloos, Jef et Valcke, Peggy, « The Right to be Forgotten in the Internet Era », ICRI Working Paper Series, 2012/11, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896.
- Léonard, Thierry et Poulet, Yves, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution. La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », J.T., 1999, p. 381, § 11.
- Mantelero, Alessandro, « U.S. Concern about the European Right to Be Forgotten and Free Speech : Much Ado About Nothing ? », Contratto e Impresa / Europa, 2012/2, pp. 727 à 740.
- Mitrou, Lilian et Karyda, Maria, « EU's Data Protection Reform and the right to be forgotten – A legal response to a technological challenge ? », 5th International Conference of Information Law and Ethics 2012, Corfu-Greece 29-30 June 2012.
- Rouvroy, Antoinette, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information ? », Avril 2008, http://works.bepress.com/antoinette_rouvroy/5, 34 pp.
- Rouvroy, Antoinette et Poulet, Yves, « The right to informational self-determination and the value of self-development. Reassessing the importance of privacy in democracy », in Reinventing Data-Protection ?, Springer, 2009, pp. 45-76.
- Mayer-Schönberger, Viktor, « Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing », John F. Kennedy School of Government Faculty Research Working Paper Series, RWP07-022, April 2007, www.vmsweb.net
- Walker, R. K., « The right to be forgotten », Hastings Law Journals, vol. 64, November 2012, pp. 257-286.

E-réputation

Regards croisés sur une notion émergente



Sous la direction de
Christophe Alcantara

Gualino

lextenso éditions

E-réputation

Regards croisés sur une notion émergente

LISTE DES AUTEURS

Serge Agostinelli, Christophe Alcantara,
Étienne Candel, Francine Charest, Stéphane Chaudiron,
Cléo Collomb, Edouard Cruysmans, Stéphane Degroisse,
Jean-Claude Domenget, Constance Georgy, Gustavo Gomez-Mejia,
Olivier Koch, Baptiste Kotras, Christina Koumpli,
Gérald Lachaud, Audrey Laplante, Valérie Larroche,
Louise Merzeau, Marielle Metge, Philippe Mouron,
Julien Pierre, Céline Romainville, Bérangère Stassin,
Pierre Trudel, Martine Vila-Raimondi.

L'e-réputation est un enjeu de société. À partir de cette affirmation, nous nous proposons d'appréhender le concept d'e-réputation selon des entrées multiples, grâce à une production scientifique pluridisciplinaire. L'e-réputation interroge les gestionnaires, les juristes, les philosophes, les spécialistes des sciences de l'information et de la communication, autant de disciplines présentes dans cet ouvrage.

L'e-réputation est polymorphe, polysémique également. Définir et analyser un tel phénomène dans notre société dite « de l'information » nécessite une expertise large. C'est la singularité de cet ouvrage dont chaque contribution représente autant de touches successives portées sur une œuvre collective. Notre approche se veut concrète, opérationnelle. C'est pour cette raison que le découpage proposé rend chaque section indépendante et correspond à autant d'entrées possibles pour couvrir l'étendue de la réalité observée et analysée de l'e-réputation.

Celle-ci traite aussi bien des individus que des organisations. Enfin, cet ouvrage associe de jeunes chercheurs et des chercheurs experts, tous réunis autour de ce phénomène qui structure une part considérable de nos relations sociales et représente un marché en progression exponentielle.

Christophe Alcantara est Maître de conférences en Sciences de l'Information et de la Communication à l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication (IDETCOM), au sein de l'Université Toulouse 1 Capitole. Il a organisé le premier colloque scientifique international pluridisciplinaire sur le thème de l'e-réputation en 2013. Il a créé et coordonne le blog de veille dédié à l'e-réputation, www.influenceursduweb.org



Prix : 34,00€

ISBN 978-2-297-05250-4

www.lextenso-editions.fr

Gualino

lextenso éditions

