

L'OUBLI EN DROIT DES MÉDIAS ET DE LA COMMUNICATION
*Étude des consécration et des mises en œuvre des formes juridiques de l'oubli
en droit des médias et de la communication*

Édouard CRUYSMANS

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques

Cotutelle

Faculté de droit et de criminologie – Université catholique de Louvain
Faculté de droit – Université Saint-Louis–Bruxelles

Membres du jury

Professeur Pierre-Olivier DE BROUX (USL-B – Président)

Professeur François JONGEN (UCLouvain – Copromoteur)

Professeure Nathalie MALLET-POUJOL (Université de Montpellier)

Professeur Alain STROWEL (USL-B – Copromoteur)

Professeure Cécile DE TERWANGNE (UNamur – Membre du comité d'accompagnement)

Professeure émérite Françoise TULKENS (UCLouvain)

Professeur Marc VERDUSSEN (UCLouvain – Membre du comité d'accompagnement)

Février 2020

<u>SOMMAIRE</u>

Sommaire	3
Liste des abréviations et des acronymes	5
Introduction	7
I. Le contexte général	7
II. L'objet de la recherche et les hypothèses	18
III. La structure et la méthode	23
Première Partie – L'oubli	29
Introduction	29
Titre 1 ^{er} . L'oubli et ses nécessités.....	30
Chapitre 1 ^{er} . Les notions d'oubli et de mémoire.....	31
Chapitre 2. Les approches scientifiques de l'oubli et de la mémoire	36
Chapitre 3. Des nécessités de l'oubli et de la mémoire	62
Conclusion du Titre I	65
Titre 2. L'oubli en droit	67
Introduction.....	67
Chapitre 1 ^{er} . L'oubli dans l'histoire du droit	67
Chapitre 2. L'oubli en droit public	74
Chapitre 3. L'oubli en droit privé	140
Chapitre 4. L'oubli en droit des médias et de la communication	183
Conclusions de la première partie	211
Deuxième partie – L'oubli d'informations journalistiques	213
Introduction	213
Titre 1 ^{er} . Les définitions et le champ d'application	215
Chapitre 1 ^{er} . Les définitions.....	215
Chapitre 2. Champ d'application	276
Titre 2. Les sources juridiques.....	283
Chapitre 1 ^{er} . L'oubli à travers la protection de la vie privée	283
Chapitre 2. Le droit à l'oubli dans la réglementation visant à protéger des données personnelles : un fondement <i>a priori</i> exclu ?.....	368

Chapitre 3. Quel(s) fondement(s) pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques ?	374
Conclusions du titre 2	380
Titre 3. La mise en œuvre juridique du droit à l'oubli journalistique	382
Chapitre introductif. Le passage par la responsabilité civile extracontractuelle.....	382
Chapitre 1 ^{er} . L'atteinte fautive	395
Chapitre 2. Le lien causal et le dommage	680
Chapitre 3. La réparation adéquate de la violation d'un droit extrapatrimonial	703
Conclusions de la Partie 2	746
 Troisième partie – L'oubli d'informations non journalistiques	751
Introduction	751
Titre 1 ^{er} . Définitions et champ d'application.....	755
Chapitre 1 ^{er} . Définir le droit à l'oubli d'informations non journalistiques	755
Chapitre 2. Définir l'information non journalistique	759
Chapitre 3. Le champ d'application du droit à l'oubli d'informations non journalistiques	766
Titre 2. Les sources juridiques.....	768
Chapitre 1 ^{er} . Une protection par la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel.....	768
Chapitre 2. Une protection par le droit à la vie privée.....	812
Chapitre 3. Une protection par le droit à l'autodétermination informationnelle	815
Chapitre 4. Une protection par le droit de propriété	829
Titre 3. Les mises en œuvre juridique du droit à l'oubli d'informations non journalistiques	837
Chapitre 1 ^{er} . De quelques définitions clés.....	838
Chapitre 2. Les limitations en faveur de la liberté d'expression.....	858
Chapitre 3. Les consécutions juridiques de l'oubli d'informations non journalistiques	889
Chapitre 4. Un oubli non absolu	1034
Chapitre 5. Les dispositions procédurales	1066
Conclusions de la Partie 3	1071
 Conclusions générales	1075
 Bibliographie	1091
 Table des matières	1209

<u>LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES</u>

Outre les abréviations et acronymes traditionnellement utilisés pour les revues juridiques, voici la plupart des abréviations et acronymes repris dans le présent texte :

C.A.	Cour d'appel (France)
C.c.	Cour constitutionnelle (depuis le 8 mai 2007), Cour d'arbitrage (jusqu'au 7 mai 2007)
C.D.J.	Conseil de déontologie journalistique (Belgique, Communauté française et Communauté germanophone)
C.E. fr.	Conseil d'Etat (France)
C.E.	Conseil d'Etat (Belgique)
C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne ; Cour de justice des Communautés européennes
C.S.A. fr.	Conseil supérieur de l'audiovisuel (France)
C.S.A.	Conseil supérieur de l'audiovisuel (Belgique, Communauté française)
Cass. fr.	Cour de cassation (France)
Cass.	Cour de cassation (Belgique)
cdH	Centre Démocrate Humaniste (parti politique centriste francophone)
Comm. eur. D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Cour eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
Déc.	Décision
DéFI	Démocrate Fédéraliste Indépendant (parti politique social libéral francophone)
Gde ch.	Grande chambre
GDPR	General Data Protection Regulation
MR	Mouvement Réformateur (parti politique libéral francophone)
Nv-A	Nieuw-Vlaamse Alliantie (parti politique flamand de droite)
PS	Parti Socialiste (parti politique socialiste francophone)
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RTBF	Right to be forgotten
Sp.a	Socialistische Partij Anders (parti politique socialiste flamand)
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.G.I.	Tribunal de grande instance (France)
T.U.E.	Traité sur l'Union européenne

INTRODUCTION

I. LE CONTEXTE GÉNÉRAL

1. - L'oubli au cœur des préoccupations. Durant de nombreux siècles, l'individu s'est souvenu, a mémorisé, a transmis, puis a oublié. Un oubli parfois salutaire, parfois handicapant, parfois nécessaire. Un oubli naturel, humain. L'Homme a sans cesse tenté de lutter contre cette perte d'informations en recourant notamment à des « prothèses »¹. Les premières inscriptions dans les grottes préhistoriques témoignent en partie d'une volonté de pérenniser des souvenirs, des méthodes et des vécus. Plus tard, l'apparition de l'écriture permet de lutter contre l'oubli. Quel que soit le support utilisé, des informations y sont écrites, figées, et sont destinées à perdurer au-delà de la mémoire. De nombreuses inventions alimentent la fixation des données : la machine à écrire, l'appareil photo, l'ordinateur, internet, etc. Depuis toujours, « [n]ous sommes, pour la plupart, attachés à améliorer notre mémoire ; personne ne se pose le problème de savoir oublier »². D'emblée, on le conçoit rapidement, l'oubli est indéfectible de la mémoire. Ces deux mécanismes humains, s'ils s'opposent à première vue, fonctionnent en réalité de concert. Ainsi, et de façon sans doute peu nuancée, « [c]'est lorsqu'elle nous fait défaut que nous portons le plus d'attention à notre mémoire »³. Autrement dit, c'est lorsque l'oubli se constate que l'individu se rend compte des possibilités limitées de la mémoire humaine. Oubli et mémoire, aussi centraux soient-ils dans l'analyse des capacités de l'Homme, et malgré les technologies scientifiques connues à ce jour, sont pourtant, à l'heure actuelle, encore mal compris⁴.

Mémoriser, c'est retenir. Se souvenir, c'est évoquer le passé. Oublier, c'est supprimer – souvent involontairement – une information de sa propre mémoire. Cette apparente simplicité

¹ P. TESTARD-VAILLANT, « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? », <https://lejournel.cnrs.fr/print/567>, mise en ligne le 23 octobre 2014, consulté le 1^{er} décembre 2017. L'auteur y évoque les « parois de grottes, os, cailloux, tablettes d'argile ou de cire, peaux animales traitées, rouleaux de papyrus, parchemins, papiers, microprocesseurs... ».

² Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli », in *Usages de l'oubli*, Colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 9.

³ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 251. L'édition originale, en anglais, est publiée au Royaume-Uni en 1990 sous le titre *Human memory, Theory and practice*.

⁴ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *Médecine/Sciences*, 2005/21, p. 83.

cache en réalité des processus complexes et difficilement compréhensibles, en ce compris pour les scientifiques. Confirmant cela dans un ouvrage intitulé *La mémoire*, Jean-Claude Filloux (1921-2017) écrit que « [l]a mémoire a des mystères qui échappent à l'irréflexion du vulgaire, et sous une apparente simplicité se cachent les apories d'importants problèmes »⁵. Le philosophe Maurice Pradines (1874-1958), en parlant de la mémoire, abonde dans un sens identique lorsqu'il affirme que « [n]ulle fonction mentale n'est plus complexe ; nulle ne nous présente autant de formes d'un développement aussi long et varié ; nulle n'enveloppe sous un dessein unique une diversité de moyens aussi radicales... »⁶. Dans le même sens, Francisco Delich (1937-2016) se limite à un constat limpide et clair : « [l]a mémoire est un pays étrange »⁷.

Scientifiquement, ces mécanismes ne sont pas encore totalement élucidés. Entendue comme « une fonction cérébrale d'une extrême complexité constituant la base fondamentale du comportement humain et animal, et un substrat essentiel à l'identité personnelle »⁸, la mémoire est, on le concède, inhérente à la personnalité de chaque individu, tant elle forge l'identité personnelle. Ou est-ce davantage le contraire ? Toujours est-il que les processus de mémorisation et de fixation des souvenirs paraissent communs à l'ensemble des êtres. Cela étant, la mémoire présente donc des caractéristiques non seulement individuelles, propres à chaque individu, mais aussi collectives, dès lors que ce processus existe chez quasiment tout être vivant. L'oubli, quant à lui, se caractérise par « une baisse des performances et la disparition involontaire de données acquises, soit après un travail d'apprentissage, soit incidemment par des processus automatiques. [...] L'oubli *sensu stricto* est la perte d'informations dont le codage a été efficace et de bonne qualité »⁹. Dans sa détermination, l'oubli est encore conçu comme un réflexe de protection, comme une déficience, ou comme un processus de dégradation normal. Mémoire et oubli paraissent donc des concepts marqués d'une certaine ambivalence, voire d'une certaine contradiction.

De nombreux facteurs ont suscité le développement d'un intérêt non plus simplement scientifique pour l'oubli. Dans un ouvrage intitulé *Science de la mémoire* et publié en 2003,

⁵ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, 9^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1967, p. 5.

⁶ Pour la citation, voy. *ibidem*, p. 8.

⁷ Francisco Delich attribue cette citation « à un romancier d'Amérique centrale » (F. DELICH, « La construction sociale de la mémoire et de l'oubli », *Diogène*, 2003/201, p. 69).

⁸ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 83.

⁹ *Ibidem*, p. 84.

l'auteur indique qu'« [a]près n'avoir fasciné que les seuls spécialistes, les erreurs commises par notre mémoire ont fini par devenir un problème social de première importance depuis une décennie environ »¹⁰. Se référant à une étude relative à la mémoire publiée en 1998 dans la revue *Newsweek*, l'auteur soutient que « la mémoire est devenue le souci de santé numéro un » pour une génération de personnes « aussi industrielle et stressée qu'encline à l'oubli »¹¹. Ainsi, quand la mémoire flanche, l'oubli domine. Il en va souvent de petites choses finalement relativement futiles : l'oubli d'un rendez-vous, l'oubli du prénom d'une connaissance, l'oubli de lunettes déposées à un endroit inhabituel, l'oubli d'un mot de passe choisi pour accéder à un site internet. Certes, la mémoire est défaillante, mais les conséquences demeurent relativement limitées. On s'en accommode. Cependant, outre ces pertes de mémoire épisodiques, il existe plusieurs formes de perte de mémoire plus structurelle, s'analysant comme de réelles pathologies. La maladie d'Alzheimer, au « spectre de plus en plus menaçant »¹², constitue l'une de ces défaillances mnésiques. Pourtant, il s'agit ici dans un phénomène distinct de l'oubli : l'oubli ne constitue pas une pathologie, c'est un « phénomène normal et physiologique, nécessaire à l'équilibre du cerveau et permettant d'éviter la saturation des circuits neuronaux »¹³. La maladie d'Alzheimer, elle, s'entend comme une maladie, à l'heure actuelle incurable. Dans ces circonstances, la perte de sa mémoire, et par conséquent de ses repères – identité personnelle et mémoire étant indéniablement liées – effrayent de nombreuses personnes.

L'oubli est encore au cœur des préoccupations technologiques. L'avènement de l'informatique et le développement des nouvelles technologies, dont il sera question plus largement dans le point suivant, permettent aujourd'hui d'enregistrer et stocker de nombreuses informations, et ainsi pallier la défaillance due à l'oubli. Dès lors, l'oubli semble pouvoir être contré grâce à ces avancées : tout est désormais conservé dans une mémoire qui, n'étant plus humaine, naturelle et limitée, est devenue externe, artificielle et illimitée. Cependant, la mémoire humaine et la mémoire informatique ne peuvent être totalement confondues. La seconde permet en effet une sauvegarde massive, mais elle ne porte essentiellement que sur des informations et fichiers. Or, la mémoire humaine conserve des perceptions, des apprentissages, des ressentis, des sentiments, autant d'éléments inhérents à la nature humaine. La mémoire

¹⁰ D. SCHACTER (trad. C. CLER), *Science de la mémoire. Oublier et se souvenir*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 8. L'édition originale, en anglais, est publiée aux Etats-Unis en 2002 sous le titre *The Seven Sins of Memory. How the Mind Forgets and Remembers*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 9.

¹³ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 84.

forme la personnalité humaine. En outre, la mémoire informatique se caractérise par son immuabilité et son inaltérabilité, à moins que le support lui-même vienne à présenter une défaillance. La mémoire humaine ne répond pas aux mêmes caractéristiques : elle n'est en effet, chez la plupart des individus, « jamais vraiment fidèle »¹⁴. Lorsqu'un souvenir est évoqué, il est toujours falsifié, modifié par notre perception personnelle. Il correspond en fait à une « reconstruction par l'intelligence »¹⁵ d'un événement passé. A l'heure actuelle, il semble difficile, pour ces raisons, de pouvoir faire un parallèle entre ces deux formes de mémoire, les deux appelants des études distinctes. Néanmoins, les disparités existantes entre ces deux types de mémoire pourraient, à l'avenir, s'estomper. Le développement de l'intelligence artificielle et de la robotisation¹⁶, voire de l'humanisation de ces robots, pourrait obliger à nuancer ce constat d'ici quelques années.

Oubli et mémoire n'ont donc, sans doute, jamais été aussi actuels que depuis quelques années. Ils s'inscrivent encore dans une perspective davantage historique. Yosef Yerushalmi, déjà en 1987, souligne à ce propos que « la condition moderne se caractérise par deux maux présents simultanément : l'atrophie de la mémoire et l'hypertrophie de l'histoire », ajoutant que « [l]es médias planétaires, la mode, l'impératif de dépassement perpétuel que les avant-gardes imposent aux “modernes” sont autant d'exemples de ce paradoxal alliage de l'historicisme et de l'amnésie »¹⁷. En réalité, cet auteur ne fait que reprendre les termes de Nietzsche. En 1874, celui-ci indique ceci : « [n]ous souffrons tous d'une fièvre historique dévorante, et nous devrions pour le moins reconnaître que nous en souffrons »¹⁸. Yosef Yerushalmi poursuit en soutenant que « [l]'information en temps réel et l'accumulation des archives transforment le temps présent en “histoire immédiate” : toute “actualité” devenant de plus en plus rapidement historique, l'histoire et l'éphémère ne se distinguent plus clairement »¹⁹. Ces évolutions

¹⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, Paris, Bordas, 1980, v° « mémoire », p. 730.

¹⁵ *Ibidem*, et v° « souvenir », p. 1132. L'auteur cite Georges Gusdorf, philosophe français, qui soutient que le souvenir « n'atteste pas tant notre passé que notre présent et notre proche avenir ».

¹⁶ Sur les questions juridiques posées par ces évolutions, voy. notamment A. DE STREEL, H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2017, 482 p. ; A. BENSOUSSAN, J. BENSOUSSAN, *Le droit des robots*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Larcier, 2015, 168 p. ; J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots – Le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 257 à 280, n° 1 à 30.

¹⁷ Ces propos sont rapportés par J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », *Revue germanique internationale*, 1999/11, p. 207. L'extrait est repris d'une intervention à un colloque (Y. H. YERUSHALMI et al. (dir.), *Usages de l'oubli*, Paris, Le Seuil, 1988, 96 p.).

¹⁸ Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli », *op. cit.*, p. 9. L'auteur renvoie à F. NIETZSCHE, « Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben », *Unzeitgemässe Betrachtungen*, II, in *Werke in drei Banden*, Munich, Karl Schlachta, 1966, p. 210.

¹⁹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », *op. cit.*, pp. 207 et 208.

bouleversent notre appréhension de l'histoire. Le développement des capacités mémorielles implique un retour quasi constant vers le passé. Ce retour est d'ailleurs parfois institutionnalisé à travers ce qui est qualifié de « devoir de mémoire ». Jean Lombard, dans son livre *Philosophie de l'oubli*, affirme que « la modernité fait triompher le devoir de mémoire et elle institue un culte du souvenir sans limite, où évidemment l'oubli a mauvaise presse. Nous sommes dans une ère qui met tout son zèle à rappeler le passé et à accepter avec crédulité l'idée que toute célébration est une rédemption »²⁰. Ce devoir de mémoire peut alors avoir pour conséquence, involontaire, un effet paralysant alors même qu'il existe des espaces illimités de mémorisation et de stockage des informations pour assurer ce devoir. Le constat peut paraître quelque peu paradoxal. La maxime qui soutient qu'il importe de connaître son passé pour mieux avancer dans le futur semble remise partiellement en cause. A L'heure où l'on est en mesure de connaître parfaitement son passé, cette connaissance paraît empêcher certaines avancées. Peut-être ceci s'explique-t-il par le fait que nous n'oublions plus. Or, cet oubli est salutaire, notamment pour construire son futur. C'est l'équilibre même entre mémoire et oubli qui semble aujourd'hui mis à mal.

L'oubli est encore au cœur de nos préoccupations parce qu'à plusieurs égards, il n'a jamais eu bonne presse. Pour beaucoup, « les “politiques de l'oubli” relèvent de la manipulation, du refoulement et du mensonge. Il est moins souvent question, dans la modernité, de l'art d'oublier, que de l'interdiction et des risques de l'oubli »²¹. Et pourtant, les évolutions informatiques semblent, une fois encore, renverser cette logique. La dispersion, volontaire ou involontaire, de nombreuses données personnelles sur les réseaux pose de plus en plus la question de leur oubli, c'est-à-dire de leur disparition. L'oubli prend alors une toute autre dimension : il s'agit d'un oubli voulu, souhaité par l'individu, d'un oubli pour lutter contre la mémoire. La logique s'est par conséquent renversée, la lutte ne se faisant plus contre l'oubli, mais davantage contre l'infailibilité de la mémoire numérique. A ce propos, Nietzsche, dans sa *Seconde considération intempestive*, écrit déjà qu'il est possible « de vivre sans souvenir et de vivre heureux, mais il est impossible de vivre sans oublier ». Cette citation prend aujourd'hui un nouveau sens.

C'est dans cette perspective générale que s'inscrit la recherche doctorale. La volonté première est de constater cette nécessité, aujourd'hui, et compte tenu des bouleversements

²⁰ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

²¹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », op. cit., p. 212.

technologiques connus et à connaître encore, d'analyser cette nouvelle dimension de l'oubli, du point de vue de ses fondements juridiques dans le domaine particulier du droit des médias et de la communication.

2. - L'oubli au cœur des évolutions technologiques. La consécration du (ou des) droit(s) à l'oubli comme une (ou des) éventuelle(s) prérogative(s) juridique(s) distincte(s) et particulière(s) s'inscrit inévitablement dans une ère en profonde mutation, notamment dans le champ des nouvelles technologies et du numérique. Ces évolutions bouleversent, on l'a déjà évoqué, notre conception de l'oubli et de la mémoire. L'avènement de l'informatique et d'internet a modifié la balance entre la mémoire et l'oubli : alors qu'avant, l'oubli constituait la règle, et la mémoire l'exception, à l'heure actuelle, c'est tout le contraire²². En effet, « le processus d'extériorisation de la mémoire humaine, jadis lent et progressif, s'est [...] brusquement accéléré et massifié. Jamais notre mémoire ne s'est trouvée à ce point hors de nos têtes »²³. Ce sont désormais des questions essentielles qui se posent sur la place que doivent avoir, dans nos sociétés hyperconnectées, non seulement l'oubli, mais aussi la mémoire. Plus que jamais, ces deux notions sont devenues de réels enjeux de société.

Dans ce contexte, la mémoire s'assimile à une volonté de sauvegarder des données et des informations. En effet, elle constitue « une mise en sécurité, donc une précaution radicale par rapport à l'oubli »²⁴. A ce titre, les technologies déforment notre processus de mémorisation. L'extériorisation de la mémoire pose la question de l'altération ou la détérioration de notre capacité même à mémoriser certaines informations²⁵. Ces craintes ne sont pas neuves, Platon lui-même les évoque déjà à propos de l'écriture dans le mythe du dieu égyptien Theuth, inventeur de l'écriture²⁶. Présentant cette invention au roi égyptien, ce dernier affirme que cet

²² En ce sens, voy. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 2.

²³ P. TESTARD-VAILLANT, « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? », *op. cit.*

²⁴ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, *op. cit.*

²⁵ En ce sens, voy. par exemple un article du *Huffingtonpost* relayant une étude faite sur les effets de la technologie sur la mémoire (C. GREGOIRE, « Comment la technologie déforme votre mémoire », http://www.huffingtonpost.fr/2013/12/17/technologie-deformation-memoire_n_4452446.html, mis en ligne le 17 décembre 2013, consulté le 1^{er} décembre 2017). Voy. aussi V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, p. 53.

²⁶ PLATON, *Phèdre*. Socrate narre ce mythe à Phèdre. Theuth s'adresse au roi égyptien en lui présentant l'écriture, « une connaissance qui donnera plus de mémoire : mémoire et science ont trouvé leur remède ». Le roi lui répond ceci : cette invention « développera l'oubli dans les âmes de ceux qui l'auront acquise, par la négligence de la mémoire ; se fiant à l'écrit, c'est du dehors, par des caractères étrangers, et non du dedans, et grâce à l'effort personnel, qu'on rappellera ses souvenirs. Tu n'as donc pas trouvé un remède pour fortifier la mémoire, mais pour aider à se souvenir. Quant à la science, tu en fournis seulement le semblant à tes élèves, et non pas la réalité. Car, après avoir beaucoup appris dans les livres sans recevoir d'enseignement, ils auront l'air d'être très savants, et

artifice affaiblira la mémoire véritable. Le fait de confier des tâches à des appareils capables d'enregistrer et de stocker des données à notre place pose la question relative à l'affaiblissement de cette mémoire²⁷. A cause d'internet, « la mémoire nous échappe. De plus en plus souvent, nous nous dépossédons d'éléments de notre mémoire (numéros de téléphone, adresses, règles d'orthographe et de calcul mental...) que nous confions à des machines presque toujours à portée de nos mains et dont les capacités doublent tous les dix-huit mois pour le même prix, selon la loi de Moore »²⁸. Pourtant, il semble encore difficile de pouvoir répondre clairement à la question posée, essentiellement à défaut d'avoir un recul suffisant. Cela étant, des chercheurs émettent certains postulats : « [o]n peut se réjouir de voir la machine libérer notre cortex de certains exercices de gavage. Mais on peut aussi imaginer que, dans un système, où notre cerveau déléguerait une majorité d'informations à des dispositifs techniques, le juste équilibre à maintenir entre mémoire interne et mémoire externe se trouverait rompu. Cela porterait très certainement atteinte à notre réserve cognitive, c'est-à-dire au capital de savoir et de savoir-faire que chacun d'entre nous doit se construire, tout au long de sa vie, pour mieux résister aux effets négatifs de l'âge et retarder l'expression de maladies neurodégénératives comme celle d'Alzheimer »²⁹. Des études démontrent à tout le moins que l'être humain s'appuie sur ces technologies et les utilise comme une mémoire externe³⁰, aboutissant à ce que l'on qualifie de déchargement cognitif³¹. Certains y voient « une dégradation cérébrale, d'autres le perçoivent comme une nouvelle structuration de la mémoire »³². Ce déchargement prend toute son ampleur

seront la plupart du temps dépourvus de tout jugement, insupportables de surcroît parce qu'ils auront l'apparence de savants, sans l'être ». Socrate d'ajouter encore que « [l]'écriture présente, mon cher Phèdre, un grave inconvénient, qui se retrouve du reste dans la peinture. En effet, les êtres qu'enfante celle-ci ont l'apparence de la vie ; mais qu'on leur pose une question, ils gardent dignement le silence. La même chose a lieu pour les discours écrits : on pourrait croire qu'ils parlent comme des êtres sensés ; mais si l'on les interroge avec l'intention de comprendre ce qu'ils disent, ils se bornent à signifier une seule chose, toujours la même ».

²⁷ P. TESTARD-VAILLANT, « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? », *op. cit.*

²⁸ Les propos sont ceux de Bernard Stiegler, directeur de l'Institut de recherche et d'innovation du Centre Georges-Pompidou, repris in P. TESTARD-VAILLANT, « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? », *op. cit.*. La loi de Moore fait référence à Gordon Moore (1929-) qui a traité à l'évolution des capacités et de la puissance des ordinateurs. Gordon Moore a émis plusieurs suggestions, dont celle d'un doublement régulier et sans surcoût des capacités de mémoire.

²⁹ Les propos sont ceux de Francis Eustache, directeur d'une plateforme d'imagerie à Caen (France), repris in P. TESTARD-VAILLANT, « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? » *op. cit.*

³⁰ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, working paper, panel à la Computers, Privacy and Data Protection Conference 2014, disponible sur le site suivant, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2436436, mis en ligne le 15 mai 2014, consulté le 28 novembre 2018, p. 4/31 ; V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 92 et s.

³¹ Voy. l'étude intitulée « The rise and impact of digital amnesia. Why we need to protect what we no longer remember », menée en 2015 par l'entreprise *Kaspersky Lab*, société privée active dans la sécurité des systèmes informatiques.

³² A. ROBERGE, « Comment la technologie modifie notre mémoire », <http://cursus.edu/article/27804/comment-technologie-modifie-notre-memoire/>, mis en ligne le 2 octobre 2016, consulté le 1^{er} décembre 2017.

notamment avec la création d'applications et de sites internet qui permettent de structurer ses souvenirs, les commenter, les alimenter d'informations diverses, etc.³³

Outre le fait que la mémoire numérique puisse avoir des conséquences sur nos aptitudes humaines à l'apprentissage et à la mémorisation, « l'accumulation des données dans le système hypermoderne pose des problèmes spécifiques entièrement inverses de ceux des époques où le désir se portait sur la totalisation du savoir, où l'objectif était le recueil et la conservation des données, le temps glorieux des papyrus et plus tard des bibliothèques. Il s'agit aujourd'hui de se protéger de l'accroissement démesuré des stockages en tous genres »³⁴.

Enfin, la mémoire humaine est-elle en voie de disparition, laissant inexorablement sa place à la mémoire digitalisée ? Tel ne sera sans doute jamais le cas. En effet, « [l]es ordinateurs ont de la mémoire, mais [...] pas de souvenirs. Ils ne peuvent pas non plus oublier, car ils perdraient leur raison d'être. C'est une mémoire parfaite, qui peut être détruite mais non auto-modifiée. On peut la remplacer en partie ou entièrement, à bon droit ou à mauvais escient, mais aucune chose oubliée ne resurgira, aucun souvenir ne perturbera le parfait ordre systématique »³⁵. La mémoire informatique répond encore à un codage effectué, et est incapable de s'en écarter – pour l'instant...

3. - L'oubli au cœur du droit. Indubitablement, l'oubli est d'abord un fait, avant d'être un droit. Lorsqu'il est un fait, il n'implique aucune action particulière : l'oubli intervient sans même qu'on s'en rende compte³⁶. En revanche, dans sa dimension juridique, l'oubli semble impliquer une, voire plusieurs, action(s). De nombreuses figures juridiques arborent, parfois de façon indirecte, une dimension d'oubli. L'oubli n'est alors plus un phénomène naturel, il est une mesure artificielle. L'oubli, dans les formes juridiques qu'il est amené à prendre, implique une mise en œuvre particulière, tenant compte notamment de circonstances, d'un contexte, d'une situation. Dès lors, cet oubli implique, comme de nombreuses prérogatives juridiques, le développement de balises particulières. Certaines existent déjà. D'autres sont à définir encore.

³³ Voy. par exemple l'application *Me.Mory*, dont le slogan est « never let forgetting be an option » (<https://www.yourdigitalmemory.com/>).

³⁴ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit. Voy. aussi, à cet égard, l'ouvrage de Viktor Mayer-Schönberger, intitulé *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*.

³⁵ F. DELICH, « La construction sociale de la mémoire », op. cit., p. 74.

³⁶ Voy. *infra*.

Le droit ne s'est pas limité à consacrer l'oubli. La mémoire fait aussi l'objet de certains dispositifs législatifs, comprenant notamment ce que l'on appelle les lois mémorielles. Elles ont vocation à créer, renforcer – voire imposer – via un dispositif législatif contraignant une mémoire collective.

Outre cette juridicisation de l'oubli qui constitue le cœur même de cette étude doctorale, l'oubli n'est évidemment pas totalement étranger au droit. L'on enseigne traditionnellement l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » (*nemo censetur ignorare legem*). Concrètement, cela signifie aussi que nul n'est censé l'oublier, dès lors que chaque individu doit conditionner les actes qu'il pose durant sa vie à la loi, sous peine d'être tenu responsable sur le plan du droit. Jacques Le Rider (1954-), historien et germaniste de formation, va même plus loin en indiquant que « [l']interdit de l'oubli est au fondement de la pensée juridique. On ne peut pas se résigner à “l'oubli des lois”. En ce sens, le devoir de se souvenir de la Loi constitue la “tradition juive” de la civilisation occidentale, de même que la rationalité et la logique, sans doute liées au moment grec de la généalogie de notre culture, commandent de ne pas oublier les règles »³⁷. L'auteur poursuit en prenant l'exemple de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont le texte débute en soulignant que « [l]es représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ». La loi ne peut donc être oubliée.

Une nouvelle forme d'oubli s'est juridicisée depuis plusieurs années. Passée plutôt inaperçue lors de ses premières consécutions – essentiellement jurisprudentielles³⁸ – dans le cadre des médias traditionnels (presse écrite et presse audiovisuelle), ce que de nombreuses personnes appellent communément le « droit à l'oubli » est depuis peu au centre de débats intenses, passionnés et passionnants, depuis notamment qu'il prend une dimension particulière sur internet. Conçue pour certains comme un véritable droit à part entière, cette prérogative demeure cependant difficilement compréhensible pour de nombreuses personnes, et notamment pour les juristes. En effet, malgré le fait que la littérature, juridique ou non, se soit emparée rapidement de ce nouveau sujet d'étude, il reste malaisé de définir simplement ce droit, de l'expliquer concrètement et de l'appliquer facilement dans les différents contextes médiatiques. A ce titre, les discussions préalables à l'adoption, à l'échelle de l'Union européenne, du

³⁷ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », *op. cit.*, p. 211.

³⁸ L'on peut alors davantage évoquer une judiciarisation de l'oubli.

nouveau règlement général sur la protection des données (RGPD) relatives notamment à l'article 17 consacrant prudemment « le droit à l'oubli numérique », témoignent de l'absence de vision claire, précise et uniforme de ce droit³⁹. Rapidement, il a donc été question d'appliquer ce droit à l'environnement numérique, en réponse notamment aux capacités de mémoire infinies d'internet. L'une des préoccupations premières des internautes est, rappelons-le, aujourd'hui de pouvoir se faire oublier.

Enfin, l'un des terrains privilégiés de ces nouvelles formes juridiques de l'oubli est celui des médias. Leurs évolutions, qui sont liées à une conquête de la liberté d'expression par les citoyens, ont souvent engendré des inquiétudes, notamment par rapport au respect d'autres droits fondamentaux⁴⁰. L'apparition de l'imprimerie avait déjà causé de nombreuses incertitudes, dont certaines sont encore contemporaines au débat entourant internet⁴¹. Plusieurs auteurs ont mis en perspective, de façon intéressante, l'imprimerie et internet, certains considérant que la première a permis « au peuple de lire », le second « va lui permettre d'écrire »⁴². Le web 2.0 joue un rôle majeur dans cette possibilité d'écrire.

L'un des écueils pointés lors de l'invention de l'imprimerie est celui de la diffusion incontrôlée d'erreurs, dès lors qu'un écrit est désormais multipliable aisément. Sur internet, le reproche est exactement identique en ce qui concerne le « copier/coller » : l'information est dupliquée sans aucune vérification, et l'erreur se propage à grande vitesse. L'échelle est quelque peu différente, mais le fondement de la critique est, quant à lui, totalement analogue. Une deuxième crainte évoquée lors de l'apparition de l'imprimerie est la perte de la qualité des informations diffusées. A l'époque, on qualifie quelque peu dédaigneusement les livres issus du procédé de l'imprimerie de *res papirea*, c'est-à-dire de « choses en papier ». De telles critiques font encore recette aujourd'hui. C'est même l'un des reproches les plus fréquemment invoqués à l'égard de la presse : l'information serait de piètre qualité, à défaut d'avoir été réellement vérifiée et recoupée avant sa diffusion. De façon quelque peu contradictoire, Konrad Gessner (1516-1565), naturaliste, écrivait que la diffusion de nombreux textes rendue possible

³⁹ Voy. les développements proposés *infra*.

⁴⁰ P. RICHÉ, « La faute à internet ! », *La Revue Civique*, 2011/6, disponible à l'adresse suivante, www.revuecivique.eu/articles-et-entretiens/responsabilité-des-médias/pascal-riche-la-faute-a-internet/, consulté le 4 décembre 2017.

⁴¹ Les quelques développements qui suivent sont repris de P. RICHÉ, « La faute à internet ! », *La Revue Civique*, 2011/6, disponible à l'adresse suivante, www.revuecivique.eu/articles-et-entretiens/responsabilité-des-médias/pascal-riche-la-faute-a-internet/, consulté le 4 décembre 2017.

⁴² B. BAYART, « Le neutralité du réseau », in *La Bataille Hadopi*, Paris, InLibrosVeritas, 2014 p. 66.

grâce à l'imprimerie « détournait finalement des beautés de la littérature ancienne et en facilitait l'oubli ». Sans doute évoquait-il là le danger de la dilution de cette littérature ancienne dans la quantité d'informations désormais disponible. Encore un écueil qui prend toute son actualité sur la toile. En effet, se pose aujourd'hui cette même question : « [l]'accessibilité sans précédent à l'information ne risque-t-il pas de conduire à "l'enfouissement" de la liberté "dans la profusion, l'indifférenciation, l'inaudible" ? »⁴³.

Outre l'imprimerie, une autre évolution technique fait l'objet des plus grandes craintes⁴⁴ : l'apparition de l'appareil photo permet des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'image. Louis Brandeis (1856-1941) et Samuel Warren (1852-1910), auteurs d'un article fondateur intitulé « The Right to Privacy », écrivent, à propos de cette nouvelle avancée technique que « [d]es inventions et des activités commerciales récentes attirent l'attention vers l'étape suivante qui doit être atteinte pour la protection de la personne et pour assurer à l'individu ce que le juge Cooley appelle le droit "à être laissé tranquille". Les photographies instantanées et l'activité journalistique ont envahi le lieu sacré de la vie privée et domestique ; et de nombreuses inventions menacent de donner raison à la prédiction que "ce qui est murmuré dans le secret sera crié sur les toits". Depuis des années s'est imposé le sentiment que le droit doit offrir un recours contre la circulation non autorisée des portraits des personnes privées ; et le mal que représente l'invasion de la vie privée par les journaux, profondément ressenti depuis longtemps, a fait l'objet d'une discussion récente [...] »⁴⁵. L'extrait parle de lui même et n'a, semble-t-il, aucunement perdu de son actualité alors qu'il est rédigé en 1890. L'histoire semble donc inexorablement se répéter à chaque étape majeure de l'évolution technologique. Le droit est souvent à la traîne face aux évolutions technologiques, la réglementation intervenant le plus souvent, mais quasiment inévitablement, *a posteriori*. Une nuance peut être apportée au regard

⁴³ Pascal Riché renvoie ici à une question posée lors d'une des tables rondes de la 19^{ème} journée du livre politique, la table ronde étant intitulée « Liberté et Médias, vers une nouvelle culture », 10 avril 2010, Assemblée nationale française.

⁴⁴ Voy. encore l'apparition des radios libres qui ne s'est pas faite sans heurts. En France, le premier ministre de l'époque les qualifiait de « germes de la tyrannie » (P. RICHÉ, « La faute à internet ! », *op. cit.*) ! En Belgique, l'apparition de ces radios pirates a notamment posé de nombreuses questions juridiques (sans entrer dans les détails, ces questions ont trait à l'établissement d'un plan de fréquences. Sur cette question, voy. notamment E. CRUYSMANS, « Les plans de fréquences en Communauté française et le Conseil d'Etat », A.P.T., 2012/1, pp. 49 à 95 ; S.-P. DE COSTER, « Les radios privées en Communauté française et le Conseil d'Etat », A.P.T., 1998/22, pp. 12 à 41 ; P. CAUFRIEZ, E. LENTZEN, « Trente ans de radio en Communauté française (1978-2008) », Courrier hebdomadaire du CRISP, 2009/2033-2034, pp. 5 à 104).

⁴⁵ L. D. BRANDEIS, S. D. WARREN, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, vol. IV, 1890, p. 195, (l'extrait provient d'une traduction proposée par F. MICHAUT).

des formes juridiques de l'oubli : celles-ci semblent s'être construites sur du droit préexistant qui, au besoin, a fait l'objet d'interprétation particulière *a posteriori*.

Internet pose de très nombreuses questions relatives à l'oubli. Comme le soulignent Louis Brandeis et Samuel Warren, le droit doit s'adapter face aux nouveaux paradigmes créés par les mutations sociétales et technologiques. Le désir d'oubli se pose quasiment en permanence lors de nos pérégrinations sur le web. Internet est souvent perçu comme le *Big brother* des temps modernes. Les informations sont enregistrées, l'individu confie sans cesse ses données personnelles volontairement ou involontairement, ses recherches sont archivées, ses préférences sont consignées, la publicité reçue est ciblée en fonction de la dernière recherche effectuée, des articles de presse relatifs dans lesquels des identités sont révélées sont mis en ligne et disponibles gratuitement, des photos diffusées sur des réseaux sociaux se retrouvent accessibles, etc. Autant d'exemples qui démontrent la nécessité de pouvoir oublier sur internet, et plus fondamentalement de pouvoir se faire oublier – ou à tout le moins de pouvoir se faire le plus discret possible. Le droit à être laissé tranquille évoqué par le juge Cooley et repris par les deux auteurs américains précités n'a finalement jamais perdu de son actualité.

II. L'OBJET DE LA RECHERCHE ET LES HYPOTHÈSES

4. - Contexte juridique de la recherche doctorale : le droit en pleine (r)évolution. Les évolutions et mutations sociétales impliquent inévitablement des évolutions et des mutations du droit. Comme l'évoquent déjà en 1890 Louis Brandeis et Samuel Warren, « [l]es changements politiques, sociaux et économiques entraînent la reconnaissance de nouveaux droit et la *common law*, dans son éternelle jeunesse, se développe pour répondre aux demandes de la société »⁴⁶. Il va sans dire que le droit continental, « dans son éternelle jeunesse », fait de même, il s'adapte. Le droit n'est pas une science figée, il a vocation à se développer au gré des changements sociétaux : c'est une de ses fonctions principales. La première partie de la thèse a vocation à démontrer ces évolutions. Comme l'écrit fort justement Karol Jakubowicz (1941-

⁴⁶ L. D. BRANDEIS, S. D. WARREN, « The Right to Privacy », *op. cit.*, p. 193, (l'extrait provient d'une traduction proposée par F. MICHAUT). Dans le même sens, voy. la Déclaration du Comité des Ministres du 13 mai 2005 sur les droits de l'homme et l'Etat de droit dans la Société de l'information, CM(2005)56 final. L'un des considérants précise ceci : « [c]onscients en particulier du fait que les TIC sont à même de modifier le cadre social, technologique et juridique dans lequel les instruments actuels sur les droits de l'homme ont été initialement élaborés ».

2013) en évoquant la révolution médiatique, la réaction juridique à des bouleversements « suit un cycle : d’abord, il n’y a pas de réaction ; s’ensuit une tentative d’assimilation du nouveau média dans un cadre juridique développé pour les anciens médias, cette phase est suivie par des débats et l’élaboration d’un nouveau cadre juridique, adapté au nouveau média ; enfin, le nouveau cadre juridique est promulgué »⁴⁷. L’objet de cette thèse est donc de s’interroger sur ces différentes étapes, et d’analyser ces évolutions du droit et le(s) résultat(s) qui en découle(nt) dans l’univers des médias et sous le prisme particulier de l’oubli. La question des « droits à l’oubli » s’inscrit non seulement dans une phase d’assimilation et dans une phase d’élaboration. En effet, la deuxième partie de la thèse analyse la consécration du droit à l’oubli d’informations journalistiques au regard de mécanismes juridiques généraux, relatifs notamment à la responsabilité civile, appliqués dans l’univers numérique. Quant à la troisième partie, elle témoigne d’un processus d’élaboration d’un nouveau texte européen, ayant une application directe dans l’ordre juridique des Etats membres de l’Union, le texte ayant été promulgué et étant en application depuis le 25 mai 2018. La nouveauté du texte n’emporte toutefois pas une nouveauté des instruments qui y sont consacrés.

Cette perspective particulière d’étude, l’environnement juridique des médias, se justifie d’autant plus que ces derniers connaissent depuis quelques années une évolution accélérée. Cela s’explique notamment par ce phénomène qu’on appelle la convergence, c’est-à-dire « la capacité pour les consommateurs de bénéficier de services multiples sur une plate-forme ou un périphérique unique ou d’obtenir tout service donné sur des plates-formes ou périphériques multiples »⁴⁸. Celle-ci trouble considérablement les définitions et réglementations que l’on proposait, en droit mais aussi dans le cadre d’autres sciences, de concepts tels que média, presse, etc. Ainsi, « [l]’une des conséquences [majeure] de l’émergence de “nouveaux médias” dans ce contexte est que tous les niveaux du processus de communication et tous les modèles de communication concernés peuvent désormais être menés grâce aux nouvelles technologies – depuis la communication interpersonnelle jusqu’à la communication de masse, sur une seule et même plate-forme »⁴⁹. Le sens de la communication est, en outre, modifié : la verticalité propre

⁴⁷ K. JAKUBOWICZ, *Une nouvelle conception des médias ?*, 1^{ère} Conférence du Conseil de l’Europe des Ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, 28-29 mai 2009, Reykjavik (Islande), Strasbourg, Conseil de l’Europe, 2009, p. 9.

⁴⁸ La définition est reprise de l’OFCOM, l’autorité régulatrice des télécommunications au Royaume-Uni, et proposée par K. JAKUBOWICZ, *Une nouvelle conception des médias ?*, op. cit., p. 7, note 1. Voy. aussi le Livre vert de la Commission européenne sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias, et des technologies de l’information, et les implications pour la réglementation, 1997, COM(97)623.

⁴⁹ K. JAKUBOWICZ, *Une nouvelle conception des médias ?*, op. cit., p. 16.

aux médias dits traditionnels laisse désormais la place à l'horizontalité, caractéristique des nouveaux médias (notamment par le biais du web 2.0⁵⁰, des processus de création collaborative, des blogs, etc.).

5. - Objet et hypothèse(s) de la recherche : les « droits à l'oubli ». Louis Bradeis et Samuel Warren, dans leur article de référence relatif au droit à la vie privée, écrivent que leur objectif est de « rechercher si le droit existant fournit un principe qui puisse être à juste titre invoqué pour protéger la vie privée de l'individu et, si c'est le cas, quelles sont la nature et l'étendue de la protection offerte »⁵¹. Les recherches doctorales menées posent, en réalité, la même question à l'aune cependant des nouvelles technologies et d'internet, celle de la « juridicisation » de l'oubli dans le domaine du droit des médias et de la communication. En effet, l'évolution du monde médiatique, telle que retracée sommairement dans la première partie de cette introduction, confronte non seulement les citoyens, mais aussi les médias, à de nouvelles problématiques. L'oubli dans les médias est devenu, compte tenu des développements d'internet et de ses capacités de stockage, un enjeu majeur pour de nombreuses personnes. Plus largement, c'est la question de la gestion des informations personnelles qui se pose aussi, constatant que les citoyens perdent, petit à petit, le contrôle sur leurs propres données⁵². Comment peut-on assurer, aujourd'hui, une maîtrise de ses données personnelles, un contrôle des éléments de sa vie privée, une maîtrise effective des traces de son passé dans le présent ? L'on s'inscrit résolument dans l'implémentation légale d'une dynamique de « digital redemption » ou de « digital reinvention »⁵³.

Le point de départ de la recherche est donc la question suivante : en droit des médias et de la communication, comment permettre au citoyen d'assurer le respect de sa vie privée et de ses données personnelles afin qu'il puisse se faire oublier ? Il s'agit là de la question introductive centrale. La perspective est celle de l'oubli. L'objectif de la thèse n'est évidemment pas de brasser l'ensemble des règles juridiques permettant d'assurer une protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Des études ont d'ores et déjà été rédigées, cette

⁵⁰ Sur cette notion, voy. notamment T. O'REILLY, « What Is Web 2.0 ? Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software », <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, mis en ligne le 30 septembre 2005, consulté le 18 décembre 2017.

⁵¹ L. D. BRANDEIS, S. D. WARREN, « The Right to Privacy », *op. cit.*, p. 197.

⁵² V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 100 et 101 ; M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, New-York, New York University Press, 2016, pp. 88 et 192.

⁵³ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, *op. cit.*, p. 9.

question n'étant finalement pas réellement originale⁵⁴. Les recherches portent sur ce qu'on appelle communément le droit à l'oubli. D'emblée, il importe de pluraliser cette expression. Il n'existe pas un unique droit à l'oubli, mais bien des droits à l'oubli qui sont consacrés par diverses dispositions juridiques. Il s'agit là de l'objet précis de la recherche.

En effet, la question de départ évoquée ci-avant contextualise l'hypothèse précise de la recherche. En l'état actuel du droit, l'on considère que les droits à l'oubli tels qu'ils seront décrits constituent des réalités juridiques tangibles dans notre ordre juridique. A l'aide des dispositions juridiques essentiellement européennes et nationales, nous démontrerons que ces droits à l'oubli existent d'ores et déjà dans des dispositifs juridiques existant, ceux-ci requérant au besoin une adaptation de leur interprétation au regard du contexte résolument numérique dans lequel s'inscrit cette recherche doctorale. En réalité, l'hypothèse porte sur deux éléments : d'une part, l'existence de fondements juridiques permettant de consacrer des formes juridiques d'oubli, et d'autre part, la nécessité d'apporter des clarifications sur les moyens concrets permettant la mise en œuvre de ces droits. A nouveau, ces clarifications seront essentiellement tirées de dispositifs juridiques d'ores et déjà concrets.

6. - D'une hypothèse de départ à des questions plus ponctuelles. En interrogeant cette hypothèse, d'autres problématiques seront inévitablement abordées pour chacune des formes juridiques d'oubli qui aura été identifiée. Ces questions seront identiques, quelle que soit la forme d'oubli, afin notamment d'assurer une cohérence et une uniformité dans le travail proposé. Il y aura lieu de vérifier et justifier leur consécration juridique, de s'assurer que leur mise en œuvre soit efficace, de vérifier leur étendue, etc. La question de la consécration juridique paraît fondamentale dès lors qu'elle conditionne, en partie, les réponses qui pourront être apportées aux autres problématiques. En ce sens, il importe de savoir, préalablement, si ces

⁵⁴ Sur la vie privée, voy. notamment B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, coll. Droit actuel, Bruxelles, Larcier, 2008, 354 p. ; B. DOCQUIR, A. PUTTEMANS (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, 202 p. ; F. RIGAUX (coord.), *La vie privée : une liberté parmi d'autres ?*, coll. Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, 317 p. ; J. VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, coll. Travaux de la Faculté de droit de Namur, Namur, Société d'études morales, 1974, 160 p. ; A. C. BRECKENRIDGE, *The Right to Privacy*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1970, 155 p. Sur la protection des données à caractère personnel, voy. notamment C. CASTETS-RENARD (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015, 187 p. ; A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, 465 p. ; S. GUTWIRTH, R. LEENES, P. DE HERT (éd.), *Reforming European Data Protection Law*, Dordrecht, Springer, 2015 ; G. GONZALES FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham, Springer, 2014 ; C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, L. GÉRARD (collab.), A. DELFORGE (collab.), *La protection des données à caractère personnel en Belgique. Manuel de base*, Politeia Editions, 2019, 190 p.

consécration prennent la forme d'un droit fondamental, d'un droit puisant ses fondations dans une prérogative d'ores et déjà existante, ou encore d'un droit devant être créé.

Plusieurs pistes peuvent d'ores et déjà être évoquées en guise de préambule.

Il existe d'abord l'oubli d'informations contenues dans les archives. Actuellement, un tel oubli a déjà été consacré pour des informations qualifiées de judiciaires. L'oubli entre alors partiellement dans une dimension de pardon, sans s'y assimiler. Il permet, entre autres, de ne pas tomber dans une volonté de vengeance perpétuelle. Jacques Le Rider indique, dans une analyse d'un texte de Nietzsche, que « [l]a justice est en péril quand l'oubli prédomine. Mais, l'excès de mémoire, qui invoque un passé historique oublié pour justifier une action dans le temps présent, peut aussi conduire à l'injustice »⁵⁵. L'oubli d'informations judiciaires s'inscrit dans cet équilibre entre oubli et mémoire, entre vie privée et liberté d'expression. Le même auteur ajoute qu'« à l'obligation de ne pas oublier, de se souvenir, qui implique la nécessité de réparer les conséquences de l'oubli, s'ajoute l'obligation de ne pas revenir sur les conséquences d'un certain oubli, lorsqu'il s'est produit »⁵⁶. Outre l'analyse détaillée de cet équilibre ainsi que sa mise en œuvre concrète à travers les règles de droit, se pose la question d'une extension de cet oubli à des informations autres que judiciaires. Il y a lieu de postuler que cet oubli ne doit pas être limité à un type d'information.

Une autre dimension de l'oubli importe spécifiquement dans le cadre du média internet. Alors que le précédent s'inscrit plus ouvertement dans les archives médiatiques, quel que soit le support, l'oubli de données trouve essentiellement sa place sur internet. Ce média a, à l'heure actuelle, encore mauvaise presse. A titre d'exemple, Pascal Riché précise que « [d]ès qu'il s'agit de trouver une justification à un événement désagréable ou à un événement qu'on ne comprend pas, on étrille internet dans un réflexe pavlovien »⁵⁷. Ces critiques sont importantes notamment eu égard aux politiques relatives à la protection d'informations et de données personnelles. Leur dispersion est nettement plus importante et potentiellement plus

⁵⁵ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 211.

⁵⁶ *Ibidem*. L'auteur s'appuie sur R. DRAÏ, *Freud et Moïse. Psychanalyse, Loi juive et pouvoir*, Paris, Anthropos, 1997.

⁵⁷ Pascal Riché est le co-fondateur du site internet *Rue89*. Il a en outre été rédacteur en chef du journal *Libération*. Ses propos sont repris dans un article intitulé « Les dangers de l'imprimerie », www.bardalyves.over-blog.com, mis en ligne le 14 octobre 2011, consulté le 1^{er} décembre 2017. L'intervention de Pascal Riché est aussi reprise in *La Revue Civique*, 2011/6, disponible à l'adresse suivante, www.revuecivique.eu/articles-et-entretiens/responsabilité-des-médias/pascal-riche-la-faute-a-internet/, consulté le 4 décembre 2017.

dommageable que dans les registres non numérisés. Il importe dès lors d'envisager les possibilités juridiques de se faire oublier et, plus largement, de pouvoir maîtriser ses données à caractère personnel afin de pouvoir les modifier ou les supprimer. Là encore, plusieurs hypothèses de départ doivent être vérifiées. Il s'agit notamment de s'assurer que les instruments juridiques existants permettent un tel contrôle de ses propres données.

L'originalité de la présente thèse tient sans doute à son approche qu'à son hypothèse de départ. En effet, la littérature juridique spécialisée sur ce sujet a déjà consacré cette piste. Toutefois, à notre connaissance, aucune étude suffisamment approfondie n'a été effectuée sur les différentes formes potentielles que ces droits à l'oubli peuvent prendre. Abordées rapidement dans le cadre de publications, elles n'ont pas encore été analysées profondément, avec le recul nécessaire, afin de déterminer le plus clairement possible ces formes, leur(s) champ(s) d'application et leur(s) mise(s) en œuvre. En cela, le travail proposé présente l'originalité requise dès lors qu'il prend pour objet d'étude un droit actuellement encore en construction.

III. LA STRUCTURE ET LA MÉTHODE

7. - Introduction. Outre l'introduction qui a permis de rappeler dans les grandes lignes les contextes juridique, technologique et numérique dans lesquels s'inscrivent les débats relatifs à la juridisation de l'oubli, l'étude présente trois parties.

8. - Première partie. La première partie de cette thèse s'intitule « L'oubli ». Elle est elle-même structurée en trois titres. L'objectif de cette première partie est d'examiner la notion d'oubli selon plusieurs disciplines et perspectives scientifiques. Les trois titres ont vocation à justifier, progressivement le sujet de cette recherche, à savoir les concrétisations de l'oubli en droit des médias et de la communication. La démarche est non seulement justificative, mais aussi – voire surtout – descriptive, tout en présentant quelques éléments d'interdisciplinarité. Cette dernière, entendue comme « une articulation des savoirs qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence »⁵⁸, permet de concevoir toute la nécessité et l'utilité que l'oubli présente dans des

⁵⁸ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et Société, Paris, LGDJ, 1991, p. 77.

disciplines telles que la psychologie, la sociologie, la philosophie, la psychanalyse, voire même la médecine. S'écarter de l'idée de présenter une vision exhaustive dans chacun de ces champs scientifiques, cette approche permet de constater l'ampleur des travaux scientifiques ayant pour objet l'oubli et son indéfectible corollaire, la mémoire.

La science juridique apparaît alors, de prime abord, assez pauvre dans ce domaine particulier. Et pourtant, le deuxième titre de cette première partie présente différentes figures juridiques dans lesquelles l'oubli est, parfois explicitement, parfois implicitement, consacré dans la réglementation. Ce titre se veut être une prolongation de l'analyse interdisciplinaire, dans le champ spécifique du droit. L'approche est à nouveau descriptive et vise à analyser succinctement les différentes branches du droit⁵⁹, pour déceler les concepts juridiques qui présentent des caractéristiques de l'oubli. Le droit pénal y a, bien évidemment, une place de choix. C'est d'ailleurs dans ce cadre précis du droit pénal et, plus largement, dans celui de la publicité donnée aux affaires judiciaires, que les premières problématiques relatives au droit à l'oubli se sont posées.

Enfin, le troisième titre a vocation à constituer à la fois une conclusion et une introduction. Il est une conclusion en ce qu'il vient finaliser cette première partie en réunissant les enseignements généraux relatifs à l'oubli et à l'oubli en droit. Le titre explicite de cette étape du raisonnement pose en quelque sorte la question centrale de la présente thèse : « [l']oubli en droit des médias et de la communication : l'oubli devient-il une prérogative à part entière ? ». Dès lors, en reprenant les développements proposés dans l'introduction à propos de l'évolution des médias et s'appuyant sur les considérations autour de la notion d'oubli, il y a lieu de se demander s'il existe, à l'heure actuelle, des consécration particulières de l'oubli en droit des médias et de la communication. Le troisième titre est ensuite une introduction aux deux autres parties de la thèse, permettant de conceptualiser succinctement la distinction proposée dans les parties à venir et de poser enfin les différentes questions qui devront trouver des réponses.

⁵⁹ Le titre est d'ailleurs divisé en deux chapitres, l'un propre au droit public, l'autre propre au droit privé. Cette *summa divisio* traditionnellement enseignée ne semble pourtant pas adaptée à l'étude du droit des médias et de la communication, tant celui-ci porte à la fois sur des règles traditionnellement rangées dans le droit public que sur des principes propres au droit privé.

9. - Deuxième partie. Dans cette deuxième partie, l'analyse porte sur une première consécration de l'oubli en droit des médias et de la communication. Intitulé « [l]e “droit à l'oubli” d'informations journalistiques », cette partie comporte trois titres distincts.

Le premier s'attèle à définir non seulement le droit dont il est question – ainsi que son champ d'application – mais aussi d'explicitier plus amplement le critère déterminant qui distingue les prérogatives analysées dans les deuxième et troisième parties. La notion de journalisme, centrale dans cette recherche doctorale, doit faire l'objet de larges développements afin de pouvoir justifier son utilisation comme critère déterminant l'application de fondements juridiques distincts. L'approche se veut non seulement descriptive, mais aussi prospective. Descriptive dès lors que les définitions proposées s'appuient sur le droit existant, c'est-à-dire la législation, la doctrine et la jurisprudence belge, européenne et étrangère. Dès lors, une perspective comparatiste est intégrée, certes sommairement, dans cet exercice. Cette analyse doit aboutir à proposer une définition claire et précise de ce « droit à l'oubli d'informations journalistiques » ainsi qu'à déterminer son champ d'application.

Dès que cette étape est franchie, et avant de se pencher sur sa mise en œuvre concrète, il faut pointer les sources juridiques potentiellement applicables. Déterminer et confirmer l'existence d'un droit est une chose, encore faut-il qu'il se rattache à des fondements juridiques existants ou, éventuellement, à créer. L'enjeu de ce deuxième titre est bien réel : peut-on raccrocher le « droit à l'oubli d'informations journalistiques » à des dispositions conventionnelles, constitutionnelles ou légales existantes ? Pour répondre efficacement à cette interrogation, il faut passer en revue ces consécutions, en s'appuyant notamment sur la doctrine et la jurisprudence. A nouveau, des pistes comparatistes sont évoquées pour aiguiller cette recherche. Cela étant, la méthode utilisée est davantage positiviste.

Enfin, le troisième titre constitue la « colonne vertébrale » de cette deuxième partie de la thèse. Il est consacré à la mise en œuvre pratique et concrète de ce droit en chantier. Cette application se fait par le biais des règles classiques en matière de responsabilité extracontractuelle, faisant le constat d'une absence de dispositions spécifiques en la matière pour ce qui concerne les médias, la presse, ou encore les journalistes. C'est dans le cadre de ces développements que les barrières qui distinguent le droit privé du droit public viennent à s'estomper. En effet, dans le cadre de l'analyse des conditions spécifiques à la responsabilité civile extracontractuelle (faute, dommage et lien de causalité), un test « à la façon de la Cour

européenne des droits de l'homme » est effectué. Autrement dit, pour déterminer l'existence d'une faute, il semble qu'une balance des intérêts doit être effectuée entre le droit à la liberté d'expression et le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ce test de proportionnalité est effectué au départ de critères, à l'instar – à nouveau – de ce que la Cour strasbourgeoise propose dans ces conflits entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée⁶⁰. L'on procède à l'analyse précise de différents critères, certains ayant déjà été proposé par la jurisprudence. L'intérêt de cette analyse détaillée est fondamental pour plusieurs raisons. D'une part, parce qu'une telle étude globale n'a pas, à notre connaissance, encore été faite. Il n'est pas simplement question de reprendre les critères que la Cour européenne évoque dans le conflit précité. D'autres critères, spécifiques au droit à l'oubli d'informations doivent être analysés. D'autre part, parce qu'elle conditionne la mise en œuvre de ce droit. Il est donc nécessaire de pousser suffisamment loin nos réflexions pour que les conséquences pratiques à tirer soient le plus limpides possibles. En revanche, il faut dès le départ être conscient qu'il est impossible d'aboutir à une grille de lecture binaire et simpliste : en effet, comme il est traditionnellement admis dans les conflits entre des droits fondamentaux, des circonstances d'une affaire dépendent souvent la solution prodiguée par les juges. Enfin, afin de clore cette deuxième partie, il y a lieu de s'attarder sur les modes de réparation qui peuvent être envisagés pour réparer les dommages causés d'une atteinte à ce droit à l'oubli d'informations journalistiques. Découlent alors de cette prérogative d'autres droits : l'anonymisation est un exemple, spécifique à internet.

10. - Troisième partie. La troisième et dernière partie de cette thèse porte sur le « droit à l'oubli d'informations non journalistiques ». La structure ainsi que la méthode proposées sont identiques à celles utilisées dans la deuxième partie, assurant une cohérence et une comparaison aisée entre les deux droits à l'oubli. Cette similitude est nécessaire puisque ces deux parties ne peuvent être parcourues de façon totalement indépendante. Elles ont vocation à se répondre, à dialoguer. Cette ultime partie comporte un titre supplémentaire relatif aux mises en œuvre techniques de l'oubli sur internet dont le contenu perd quelque peu de sa juridicité pour gagner en technicité : il s'agit de s'interroger sur l'efficacité des moyens techniques, ceux-ci pouvant éventuellement être juridiquement imposés, pour permettre l'oubli d'informations non

⁶⁰ Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08. Ces deux arrêts sont les premiers dans lesquels la Cour systématise son raisonnement à partir de critères. Voy. notamment E. CRUYSMANS, « Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression: le deuxième arrêt *von Hannover* tourne en défaveur de Caroline de Monaco », *J.L.M.B.*, 2012/17, pp. 784 à 790.

journalistiques. Il y a lieu, préalablement, de définir et déterminer le champ d'application de ce droit à l'oubli d'informations non journalistiques, et de s'interroger ensuite sur sa (ou ses) concrétisation(s) juridiques. Une analyse détaillée des règles relatives à la protection des données personnelles est proposée, en ce compris les nouvelles dispositions du RGPD. L'objectif est de déterminer l'ensemble des dispositions qui permettent, peu ou prou, de consacrer l'oubli ou, du moins, une forme d'oubli. L'originalité de cette étude tient tant dans son angle d'approche – l'oubli – que dans son caractère encore innovant. Certes, de nombreux articles ont déjà pu analyser le nouveau règlement. Toutefois, cela n'a jamais été fait au regard de la question spécifique de l'oubli. Dès lors, il ne s'agit bien évidemment pas de proposer une étude globale de l'ensemble du texte réglementaire, mais simplement de pointer certains articles et de les analyser en profondeur, compte tenu de la doctrine et de la jurisprudence existante. La démarche est non seulement *de lege lata*, mais s'inscrit aussi dans prospection *de lege ferenda*, ou plus précisément *de interpretatio ferenda*. Effectivement, le but de l'analyse est de vérifier si une interprétation des articles étudiés peut être proposée afin de concevoir une lecture de ces prérogatives juridiques en faveur de l'oubli.

INTRODUCTION

11. - De l’oubli aux droits à l’oubli, en passant par l’oubli en droit. Aborder l’oubli en droit des médias et de la communication implique que l’on se penche, préalablement, sur la notion d’oubli et ses nécessités (Titre 1^{er}). Il y a lieu de mettre en lumière le fait que l’oubli est primordial pour l’individu, qu’il ne s’oppose pas – comme l’on pourrait le croire – à la mémoire, et que ces deux concepts sont finalement indissociables et complémentaires, tout en étant contradictoires dans l’inconscient collectif⁶¹. L’approche se veut ici pluridisciplinaire. Il n’est cependant pas question d’être exhaustif dans ces différents domaines pour lesquels nous n’avons reçu qu’une formation limitée. Cependant, il paraît intéressant – voire indispensable – d’introduire les concepts d’oubli et de mémoire dans leur champ psychologique, sociologique et philosophique. Nombreux sont les auteurs à s’être penchés sur ces phénomènes mal connus, difficilement appréhendables et compréhensibles. Dès lors que la science juridique est façonnée par des évolutions sociétales, sociologiques voire philosophiques, et dès lors que la construction des formes juridiques de l’oubli participe à ce phénomène, nous ne pouvions faire l’impasse sur ces développements.

Ce maigre bagage doit ensuite permettre de conserver l’oubli – et la mémoire – comme point central des réflexions, mais aussi d’amener ces dernières dans la sphère juridique (Titre 2). L’analyse de l’oubli dans le domaine juridique est aussi essentielle à plusieurs titres. Premièrement, pour constater que l’oubli a déjà bénéficié de quelques consécration juridiques dans certains domaines du droit. Ensuite, pour justifier les réflexions principales de cette étude : réfléchir à une consécration de l’oubli en droit des médias et de la communication n’est pas totalement dénué de sens. L’objectif n’est donc à nouveau pas de présenter exhaustivement l’ensemble des figures juridiques dans lesquelles l’on peut retrouver peu ou prou une trace d’oubli. Un certain nombre de domaines du droit seront analysés en s’interrogeant sur

⁶¹ Voy. à cet égard, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., pp. 16 à 49. L’auteur propose un chapitre intitulé « [t]he Role of Remembering and the Importance of Forgetting ».

l'existence ou non de formes de consécration de l'oubli, et éventuellement de pérennisation de la mémoire.

Enfin, le cheminement de cette première partie se clot, par une brève justification du sujet de la présente thèse, l'oubli en droit des médias et de la communication.

TITRE 1^{ER}. L'OUBLI ET SES NECESSITES

12. - Introduction : oubli et mémoire, « indissociablement liés ». Oubli et mémoire ne peuvent faire l'objet d'une étude totalement scindée. Alors qu'on les conçoit, au premier abord, comme antagonistes, il apparaît à la lecture d'écrits scientifiques que cette opposition constitue une vision trop simpliste. En réalité, l'oubli ne s'analyse pas sans aborder la mémoire, cette dernière ne pouvant être étudiée sans parcourir le concept d'oubli. Ainsi, « l'oubli et la mémoire ne sont pas l'envers l'un de l'autre mais s'interpénètrent et prennent sens dans une relation mutuelle »⁶². Jean Lombard, dans un texte intitulé *Philosophie de l'oubli*, ajoute que « l'oubli est paradoxalement ce qui donne du pouvoir à la mémoire : c'est pourquoi il n'a jamais pu être “expliqué dans son ensemble” »⁶³. Tout en ajoutant encore qu'il faut considérer la mémoire, tant dans sa dimension individuelle que collective, comme « un système d'organisation de l'oubli »⁶⁴. Une autre philosophe français, Patrick Vauday, abonde dans un sens identique. Il conçoit que « la mémoire individuelle fonctionne à l'oubli », et « qu'oubli et mémoire, hypomnésie et hypermnésie sont parfaitement compatibles »⁶⁵. Paul Ricœur lui aussi semble adhérer à cette idée lorsqu'il se demande si un « usage mesuré de la mémorisation n'implique-t-il pas aussi un usage mesuré de l'oubli ? »⁶⁶. Dans la même optique, Renée Bourassa affirme que « ces deux concepts ne s'opposent pas, ils se codéterminent de façon irréductible. Si, fondamentalement, les technologies de la mémoire et l'externalisation de la trace répondent à cette lutte incessante de l'humain contre l'oubli, à l'inverse, la capacité d'effacement mnésique

⁶² J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, Conférence aux Amis de l'Université, 2014, texte de l'intervention disponible à l'adresse suivante, www.editions-harmattan.fr.

⁶³ *Ibidem*. L'auteur se réfère à l'ouvrage de Freud intitulé *Psychopathologie de la vie quotidienne*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », in C. LARSONNEUR, A. REGNAULD, P. CASSOU-NOGUÈS, S. TOUIZA, *Le sujet digital*, Dijon, Les presses du réel, 2015, p. 101.

⁶⁶ P. RICEUR, *La Mémoire, l'histoire et l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 82. L'auteur souligne encore que ce que l'on qualifie d'abus de la mémoire peut aussi être qualifié d'abus d'oubli (p. 97).

conditionne la constitution de l'identité du sujet, elle devient la condition de possibilité de l'exercice de la mémoire »⁶⁷.

Oubli et mémoire ne s'opposent pas, ils se complètent. Partant de ce postulat de départ – confirmé à maintes reprises dès lors qu'on peut le qualifier davantage d'axiome –, l'oubli perd alors son aspect négatif. L'oubli n'est plus seulement conçu comme une défaillance : « [q]ui dit mémoire, dit oubli. L'oubli en est inséparable, c'est un fait. Si son existence n'est pas à remettre en cause, il s'agit de savoir s'il est si néfaste que l'on pourrait le penser de prime abord. En effet, il ne faut pas le considérer comme un simple raté de la mémoire. Il peut avoir une fonction positive : il est bon de savoir oublier, d'effacer certains souvenirs. De plus, de par notre condition corporelle, il convient que nous ne gardions pas la totalité de nos souvenirs : nous serions submergés par eux. Il faut savoir trier, sélectionner pour construire et édifier mon passé »⁶⁸.

Par conséquent, dans les nombreux écrits scientifiques, issus notamment de la philosophie et de la psychologie, l'étude de la mémoire consacre une part belle à l'oubli. Ce premier chapitre a vocation à définir ces notions d'un point de vue scientifique (Chapitre 1^{er}) et à proposer succinctement un aperçu de leur théorisation (Chapitre 2), afin *in fine* de démontrer la nécessité tant de l'oubli que de la mémoire et leur complémentarité (Chapitre 3). Les propos développés ci-après visent à renforcer la thèse selon laquelle l'oubli ainsi que la mémoire ont toujours été des sujets d'étude – et ce dans plusieurs disciplines scientifiques – dès lors qu'ils fascinent en même temps qu'ils restent difficilement compréhensibles. Dans ce processus de compréhension, l'être humain semble atteindre ses propres limites : concevoir pleinement un phénomène dont il est lui-même l'acteur principal.

Chapitre 1^{er}. Les notions d'oubli et de mémoire

13. - L'oubli : sens et étymologie. L'oubli se définit comme une « [d]éfaillance de la mémoire, portant soit sur des connaissances ou aptitudes acquises, soit spécialement sur les souvenirs », mais aussi comme un « [é]tat caractérisé par l'absence ou la disparition de

⁶⁷ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », in C. LARSONNEUR, A. REGNAULD, P. CASSOU-NOGUÈS, S. TOUIZA, *Le sujet digital*, Dijon, Les presses du réel, 2015, p. 151.

⁶⁸ *La mémoire*, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philo/philo2/LA%20MEMOIRE.doc.

souvenirs dans la mémoire (individuelle ou collective) »⁶⁹. Il s'entend en outre comme le « [f]ait de ne pas effectuer (ce qu'on devrait faire), de ne pas tenir compte (d'une règle) » ainsi que le « [f]ait de ne pas prendre en considération, par indifférence ou mépris »⁷⁰. On le voit d'emblée, ces définitions confirment l'interdépendance de l'oubli et de la mémoire. Cependant, les différents sens proposés mettent en exergue l'aspect négatif de l'oubli : il s'entend avant tout comme une défaillance, une absence, une disparition. Le premier sens proposé distingue enfin deux types de mémoire, l'une étant individuelle, l'autre collective, cette dernière dimension faisant l'objet de quelques développements ci-après (voy. *infra*).

Le verbe « oublier » se définit comme le fait de « [n]e pas avoir, ne pas retrouver (le souvenir d'une chose, d'un événement, d'une personne) » ou encore comme le fait de « [n]e plus connaître, ne plus conserver dans la mémoire collective »⁷¹. Oublier, c'est encore « perdre, de façon volontaire ou non, définitive ou momentanée, normale ou pathologique, le souvenir d'une personne ou d'une chose »⁷². Comme le fait correctement remarquer Harald Weinrich⁷³ dans son ouvrage *Léthé*, ce verbe est considéré comme un verbe actif, exprimant par conséquent une action : pourtant, « [a]-t-on vraiment le sentiment d'agir effectivement lorsqu'on oublie ? N'avons-nous pas plutôt l'impression de subir passivement un oubli qui s'impose malgré nous à notre psyché ? »⁷⁴. L'auteur poursuit en analysant l'étymologie de ce terme, renvoyant au départ au terme latin *oblivisci*. Il s'agit là d'un verbe déponent, « c'est-à-dire un verbe ayant une forme passive et un sens actif. Cette hybridité grammaticale semble mieux exprimer la position intermédiaire de l'oubli, entre activité et passivité »⁷⁵.

Ce terme latin a ensuite évolué vers une nouvelle forme, pour devenir *oblitare*. C'est sur ce fondement que le verbe français se fonde, tout comme dans d'autres langues. En

⁶⁹ *Le Petit Robert*, Montréal, Dictionnaire Inc., 1996, v° « Oubli ».

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*. D'autres sens sont encore donnés : « [n]e plus pouvoir pratiquer (un ensemble de connaissances, une technique) », « [c]esser de penser à (ce qui est désagréable) », « [n]e pas avoir à l'esprit (ce qui devrait tenir l'attention en éveil) », « [n]égliger de mettre », « [n]égliger (qqn) en ne s'occupant pas de lui, en faisant preuve d'indifférence à son égard », « [r]efuser sciemment de faire cas d'une personne, de tenir compte d'une choses ». En outre, le dictionnaire reprend une série de définitions pour le verbe pronominal « s'oublier ».

⁷² J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

⁷³ Harald Weinrich, né en 1927, est un linguiste allemand.

⁷⁴ H. WEINRICH, *Léthé. Art et critique de l'oubli*, Paris, Fayard, 1999, p. 13. Ce livre est une traduction de *Lethe, Kunst und Kritik des Vergessens*, Munich, C. H. Beck, 1997. Dans le même sens, C. ROMANO, « Un étrange oubli », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 2005/27, p. 161 ; J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

⁷⁵ H. WEINRICH, *Léthé. Art et critique de l'oubli*, op. cit., p. 13. Voy. aussi J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : [...]*, op. cit.

espagnol, oublier se dit *olvidar*. En italien, le terme *obliare* existe mais n'est cependant, à l'heure actuelle, plus usité. Dans la langue de Dante, le terme *dimenticare* lui est préféré, son sens pouvant « être rendu par la périphrase “perdre mémoire (de)” ». En anglais, le terme *oblivion* descend davantage de la première forme latine *oblivio*. Il n'est pourtant pas le terme usuel pour désigner l'oubli. En effet, les adeptes de la langue de Shakespeare lui préfèrent le terme *forget*. Harald Weinrich souligne que ce terme « se compose d'un élément simple, *-get* (“recevoir”, “toucher”), exprimant un mouvement de venue qui, en vertu du préfix *for-*, se trouve néanmoins inversé en un mouvement d'aller. La même formation bidirectionnelle caractérise le verbe allemand *vergessen* [...]. Dans l'une et l'autre langue, ces mots suggèrent donc un sens de l'oubli qui s'exprime par la périphrase “faire sortir de la mémoire”. L'oubli “disperse” ce que la mémoire a auparavant recueilli »⁷⁶. Les étymologies anglaise et allemande se rapprochent alors de celle du terme italien.

14. - La mémoire : sens et étymologie. Etymologiquement, le terme « mémoire » provient des termes latins *memoria* et *memorare*, ce dernier signifiant rappeler. Quant à sa définition, elle s'entend comme un « système permettant le stockage et la récupération de l'information, laquelle information est naturellement transmise par nos sens »⁷⁷. Le dictionnaire la définit comme la « [f]aculté de conserver et de rappeler des états de consciences passés et ce qui s'y trouve associé ; l'esprit, en tant qu'il garde le souvenir du passé »⁷⁸. C'est donc l'aptitude à enregistrer des faits et informations et ensuite à s'en rappeler et/ou les exploiter⁷⁹. Dans le *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, la mémoire se perçoit comme un « [e]nsemble de fonctions psychiques grâce auxquelles nous pouvons nous représenter le passé comme passé (fixation, conservation, rappel et reconnaissance des souvenirs »⁸⁰.

Certaines définitions partent du constat que la mémoire forge les identités personnelles des individus. Ainsi, « nous ne saurions, à vrai dire, vivre comme une personne, comme un individu identique, durer de façon continue dans notre être propre, si la mémoire ne nous liait pas à nous-mêmes et à notre passé. Nos souvenirs sont inséparables de notre vie personnelle ; ils la conditionnent et l'expriment tout à la fois »⁸¹. Georges Gusdorf (1912-2000), philosophe

⁷⁶ H. WEINRICH, *Léthé. Art et critique de l'oubli*, op. cit., p. 15.

⁷⁷ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 21.

⁷⁸ *Le Petit Robert*, Montréal, Dicorobert Inc., 1996, v° « Mémoire ».

⁷⁹ En ce sens, voy. N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « mémoire », p. 729.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 7.

français, abonde en ce sens lorsqu'il considère la mémoire comme « une certaine affirmation de la personne »⁸². Cette conception élargit le concept, tel qu'il est défini ci-avant : la mémoire ne peut donc être simplement perçue comme « un automatisme cérébral [; c]'est un acte du psychisme, l'expression de la personne toute entière »⁸³.

Une comparaison, certes simpliste, peut être effectuée avec le monde de l'informatique. Le disque dur, qu'il soit interne ou externe, s'apparente pour partie à notre mémoire, en faisant cependant abstraction du processus créateur d'identité propre à la mémoire humaine. Celle-ci matérialise et stocke nos souvenirs, nos connaissances, nos aptitudes, nos sensations, etc. Les développements technologiques et numériques ont d'ailleurs octroyé à la mémoire une nouvelle dimension, à travers la digitalisation du procédé. La mémoire n'est désormais plus seulement l'apanage de l'humain, elle est aussi celui de machines aussi diverses que variées⁸⁴. Aujourd'hui, de nombreux appareils disposent d'une mémoire : ordinateurs, tablettes, téléphones, électroménagers, etc. Tous ces appareils se souviennent de nos préférences, des programmes habituellement utilisés, de nos rendez-vous, de notre carnet d'adresses, etc. L'on évoque même l'intelligence artificielle, celle-ci dépassant évidemment le cadre de la stricte mémoire digitale. L'apparition de l'informatique aboutit concrètement à consacrer une hypermnésie « constituée par une mémoire en extension perpétuelle »⁸⁵. Cette digitalisation n'est pas sans poser de nombreuses questions éthiques, juridiques et sociales. Plusieurs réponses peuvent y être apportées, telles que l'implémentation d'une forme elle-aussi digitale d'oubli⁸⁶ ou le recours plus radical à une « abstinence digitale », c'est-à-dire au fait de ne plus fournir des informations personnelles⁸⁷.

Dans cette perspective technologique, la mémoire se définit alors comme un « [d]ispositif destiné à enregistrer des informations en vue d'une conservation ou d'un traitement informatique ultérieur »⁸⁸. *In fine*, cette définition concorde en grande partie avec les développements proposés ci-avant : à l'instar de la mémoire informatique, la mémoire humaine

⁸² G. GUSDORF, *Mémoire et personne*, Paris, PUF, 1951, cité par J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 7. Il ajoute que la compréhension de la composition de la mémoire revient à « comprendre la composition nécessaire de toute activité, de toute pensée humaine » (*ibidem*, p. 8).

⁸³ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « mémoire », p. 730.

⁸⁴ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., pp. 51 et 52.

⁸⁵ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », op. cit., p. 153.

⁸⁶ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., pp. 134 à 144.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 128 à 134, et p. 138. Face aux écueils que posent la digitalisation de la mémoire, l'auteur propose six solutions (pp. 128 à 168).

⁸⁸ *Le Petit Robert*, Montréal, Dicorobert Inc., 1996, v° « Mémoire ».

enregistre, conserve et traite ultérieurement des informations. Cependant, la mémoire « ne fonctionne pas comme un ordinateur, car elle ne stocke pas seulement des informations, mais aussi des sensations, des sons, des images et surtout des significations »⁸⁹. Cette mémoire numérique, qui « délivre de l'effort de mémorisation et de l'acquisition [...] ne dispense pas pour autant d'une mémoire personnelle et vivante, seule susceptible d'orienter des choix, de sélectionner des matières, d'apprécier et de contrôler la fécondité des opérations réalisées »⁹⁰. La mémoire informatique se distancie encore de la mémoire traditionnelle sur un autre point : alors que la première paraît désormais dématérialisée – quoique l'existence de serveurs puisse apparaître comme une forme nouvelle de matérialisation –, elle ne s'inscrit plus, comme c'est le cas pour la seconde, dans « un support sensible, page, livre, image, offert à la vue comme au toucher et même à l'odorat »⁹¹. La mémoire numérique se capte à travers l'insensibilité d'un écran et d'un clavier. Or, le processus mémoriel implique inévitablement une mémoire des lieux, des émotions, des circonstances, des sensations. Devant son ordinateur, il faut constater une absence de cette subjectivité : « la dématérialisation de la mémoire se traduit en grande partie par l'absence des sensations qui la fixaient dans une histoire »⁹². En réalité, ceci explique que l'on puisse plus correctement qualifier ces informations stockées non pas de mémoire, mais bien d'archives. Selon Jacques Derrida, « l'archive supplée, plutôt que ne supplémente, la mémoire »⁹³.

Enfin, outre son sens commun et son sens informatique, la mémoire s'entend encore comme le « [s]ouvenir qu'une personne laisse d'elle à la prospérité »⁹⁴, ce sens s'apparentant alors à la renommée. La mémoire est alors aussi perçue comme un phénomène de résistance à l'oubli, ne concernant non pas des informations ou sensations, mais bien une personne. Elle se traduit, généralement, par une fixation sur un support écrit ou audiovisuel, à travers des biographies de la personne, des émissions télévisuelles, des reportages, des articles, etc.⁹⁵.

⁸⁹ F. DELICH, « La construction sociale de la mémoire », *op. cit.*, p. 74.

⁹⁰ P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », *op. cit.*, p. 104.

⁹¹ *Ibidem*, p. 106.

⁹² *Ibidem*, p. 108.

⁹³ J. DERRIDA, *Mal d'archive, une impression freudienne*, Paris, Galilée, 1995, p. 26, cité par P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », *op. cit.*, p. 110. A propos de l'archive, Jacques Derrida indique ceci : « [l']archive, si ce mot ou cette figure se stabilisent en quelque signification, ce ne sera jamais la mémoire ni l'anamnèse en leur expérience spontanée, vivante et intérieure. Bien au contraire : l'archive a lieu au lieu de défaillance originaire et structurelle de la dite mémoire ».

⁹⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « mémoire », p. 729.

⁹⁵ Voy. à ce propos l'image utilisée par Piette Albert dans un article intitulé « L'oubli en train de se faire ». L'auteure y relate la façon dont elle a géré, à la suite du décès de son père, un conflit entre d'une part, un phénomène de résistance à l'oubli, d'autre part, le mécanisme naturel de l'oubli. L'écriture permet notamment de résister. L'auteure conçoit alors l'oubli comme correspondant « à une nouvelle forme de présence de l'absent ».

Chapitre 2. Les approches scientifiques de l'oubli et de la mémoire

Section 1^{ère}. Les définitions scientifiques de l'oubli et de la mémoire

15. - L'oubli, un élément d'étude scientifique. Sujet incontournable dans la littérature scientifique, analysé depuis des siècles, l'oubli demeure toujours difficilement compréhensible et semble s'appréhender de façon extrêmement complexe. Comme l'exprime Paul-Laurent Assoun, « [l']oubli se donne comme un véritable défi »⁹⁶.

Son étude scientifique met en lumière quelques paradoxes. Ainsi, tout en reconnaissant que l'oubli fait partie inhérente de la nature humaine, l'individu n'a sans cesse tenté de le contourner, de le contrer, ou du moins d'en limiter son impact. Scientifiquement, il ne fait aucun doute que l'oubli est utile et nécessaire au développement psychique, social, mental, intellectuel de l'être humain. Cependant, depuis longtemps, les possibilités d'une mémoire absolue fascine l'Homme. Ici réside un autre paradoxe : cette hypermnésie, aussi excitante soit-elle, fait peur. La mémoire absolue – dite aussi mémoire eidétique – se conçoit alors comme une défaillance de l'oubli, autrement dit, pour certains, une défaillance d'une défaillance. Cette incapacité à oublier est généralement considérée, dans les écrits scientifiques, comme aboutissant *in fine*, à la folie humaine⁹⁷. L'on passe ainsi d'une capacité prodigieuse à une réelle pathologie⁹⁸.

Scientifiquement, l'oubli se conçoit comme le déclin naturel. Il se caractérise par « une perte d'informations résultant de la rareté ou de l'absence de rappel, plus généralement du manque d'exercice mental »⁹⁹. Autrement dit, c'est par la répétition qu'une information s'inscrit plus durablement dans notre mémoire. L'oubli est une « [p]erte momentanée ou définitive des souvenirs », due, généralement, « à un défaut de fixation des souvenirs en relation

(P. ALBERT, « L'oubli en train de se faire », *Revue ¿ Interrogations ?*, 2006/3, <http://www.revue-interrogations.org/L-oubli-en-train-de-se-faire>).

⁹⁶ P.-L. ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », *Communications*, 1989/49 (*La mémoire et l'oubli*), p. 98.

⁹⁷ A ce sujet, voy. A. LURIA (trad. F. MARIENGOFF, N. RAUSH DE TRAUBENBERG), *L'Homme dont le monde volait en éclat*, Paris, Seuil, 1995. L'auteur, un neuropsychologue soviétique, a étudié durant de nombreuses années Veniamin, journaliste russe, qui présentait une hypermnésie. Cette histoire a été ensuite mise en scène pour le théâtre par Peter Brook dans une pièce intitulée *Je suis un phénomène*. Le texte de la pièce a été publié (P. BROOK, M.-H. ESTIENNE, « *L'homme qui* » suivi de « *Je suis un phénomène* », Arles, Actes-Sud, 1998).

⁹⁸ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », *op. cit.*, p. 151.

⁹⁹ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 84.

avec une absence d'intérêt (on oublie facilement ce à quoi on n'a pas prêté attention) ou lié à la fuite du temps »¹⁰⁰. Pourtant, Isabelle Mansuy, professeure à la Faculté de médecine de l'Université de Zurich, nuance davantage. Pour elle, l'oubli se caractérise « par une baisse des performances et la disparition involontaire de données acquises, soit après un travail d'apprentissage, soit incidemment par des processus automatiques. La perte d'informations, liée à un codage insuffisant ou superficiel, ne constitue pas l'oubli proprement dit. L'oubli *sensu stricto* est la perte d'informations dont le codage a été efficace et de bonne qualité »¹⁰¹. Ainsi, l'oubli ne peut être assimilé au « simple défaut d'évocation présente »¹⁰². Ludovic Dugas (1857-1942), philosophe français, semble déjà en 1917 concevoir l'oubli de cette façon : « [i]l faut, pour qu'il y ait proprement oubli, qu'il n'y ait pas seulement de notre part négligence à nous souvenir, mais impuissance à le faire, impuissance éprouvée, constatée ; il faut que, faisant effort pour se replonger dans mon passé, je ne puisse plus le ressaisir, et que je me rende compte que je l'ai perdu irrémédiablement »¹⁰³.

Dans une perspective psychanalytique, dès lors que des souvenirs peuvent être retrouvés, « [l']oubli n'est donc pas un phénomène passif d'effacement, mais un processus actif, une opération de l'esprit qui, faisant un tri dans la mémoire, retient les événements les plus utiles pour l'activité psychique et écarte ceux qui ne présentent pas d'intérêt ou qui risquent de mettre en danger l'équilibre de la personne »¹⁰⁴. Dans cette perspective, l'oubli s'explique par le refoulement, entendu comme « un ensemble de forces psychiques convergentes qui éloignent temporairement de la conscience certains souvenirs fâcheux »¹⁰⁵. Autrement dit, la psychanalyse considère que l'oubli n'est que rarement définitif : un fait oublié peut, dans des circonstances particulières, « réapparaître » dans la mémoire.

¹⁰⁰ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « oubli », p. 848.

¹⁰¹ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », op. cit., p. 84.

¹⁰² J.-C. FILLoux, *La mémoire*, op. cit., p. 66.

¹⁰³ L. DUGAS, *La mémoire et l'oubli*, Paris, Ernest Flammarion, 1917, p. 38.

¹⁰⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « oubli », p. 849. Voy. aussi les propos de Jules Lemaître relatifs à la mémoire : « [t]out ce que je sais, en vérité, c'est que cette faculté est la plus trompeuse de nos facultés ; c'est que la mémoire n'est jamais purement passive, ni pas suite absolument fidèle. Jamais nous ne nous souvenons exactement des choses [...]. Ce que furent nos visions, nos sentiments et nos actes, nous croyons le savoir, mais, invinciblement, nous l'inventons » (*Impression de théâtre*, 5^{ème} série, 3^{ème} éd., Paris, Lecène, Oudin et Cie, 1864, p. 339). Voy. aussi les développements sur le caractère actif de l'oubli, notamment mis en exergue par Harald Weinrich, *supra*. Voy. enfin les enseignements proposés ci-avant relatifs au caractère déponent du terme oublier.

¹⁰⁵ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « oubli », p. 849.

16. - Les mémoires, des éléments d'étude scientifique. Selon le dictionnaire philosophique d'André Lalande, la mémoire est une « fonction psychique qui reproduit un état de conscience passé et reconnu comme tel »¹⁰⁶.

Définir la mémoire s'avère une entreprise complexe dès lors que cette notion renvoie, en réalité, à de nombreuses conceptions différentes. En aucun cas, il n'est possible de réduire la mémoire à un concept unitaire¹⁰⁷. Aussi, le dictionnaire traditionnel cite-t-il plusieurs types de mémoire : la mémoire sélective, la mémoire-habitude entendue comme la « conservation dans le cerveau d'impressions qui continuent à influencer sur notre comportement sous forme d'habitudes », la mémoire affective qui constitue la « reviviscence d'un état affectif ancien agissant sur nos représentations, sans que nous en ayons conscience », la mémoire à court terme, la mémoire de travail, la mémoire volontaire¹⁰⁸. Dans le *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, ce caractère polymorphe est confirmé : « [o]n distingue plusieurs formes de mémoire, selon que l'on considère le moment de l'évocation (mémoire immédiate, différée à court terme, à long terme...), le processus mis en jeu (mémoire spontanée ou volontaire), l'organe sensoriel (mémoire visuelle, auditive, gustative, etc.) »¹⁰⁹. L'ouvrage poursuit en évoquant trois niveaux hiérarchiques dans la mémoire : « le plus élémentaire, *sensori-moteur*, concerne uniquement les sensations et les mouvements. Il est commun à l'animal et à l'être humain – surtout au très jeune enfant. Le plus élevé, particulier à l'homme, se caractérise par le récit logique : c'est la *mémoire sociale*, qui ne peut s'installer durablement qu'à partir du moment où sont développées les catégories logiques. Enfin, entre ces deux niveaux, se situe la *mémoire autistique*, qui apparaît vers l'âge de trois ans et emprunte ses matériaux aux sensations, aux situations vécues, mais n'obéit qu'aux lois de l'inconscient. C'est elle qui fournit les éléments du rêve et de l'imaginaire et, chez les malades mentaux, ceux du délire : le passé n'est plus reconnu comme tel ; il est vécu comme le présent »¹¹⁰.

¹⁰⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, PUF, 2010, v° « Mémoire ».

¹⁰⁷ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 13. Dans le même sens, J.-C. FILLoux, *La mémoire*, op. cit., p. 7 ; M. CORCOS, « La mémoire et l'oubli, de la psychanalyse aux neurosciences », *Le Carnet PSY*, 2008/3, p. 32.

¹⁰⁸ *Le Petit Robert*, Montréal, Dictionnaire Robert Inc., 1996, v° « Mémoire ».

¹⁰⁹ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « mémoire », p. 729.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 730. D'autres auteurs font d'autres distinctions. Voy., par exemple, J. PIAGET, B. INHELDER, *Mémoire et intelligence*, Paris, PUF, 1968, pp. 2 et 3. Jean Piaget (1896-1980) est un psychologue, biologiste et épistémologue suisse. Bärbel Inhelder (1913-1997) est une psychologue suisse. Pour eux, il y a d'abord la « mémoire au sens biologiste » qui recouvre l'ensemble des réactions acquises, « et cela dès le niveau des faits d'immunité ». Un deuxième sens évoque « la conservation des habitudes ou des résultats d'apprentissage aussi bien que l'évocation des souvenirs-images ou que les faits de simple reconnaissance ». Enfin, la mémoire au sens strict recouvre « les réactions relatives à des reconnaissances (en présence de l'objet) ou à des évocations (en son absence) ».

Mémoriser est un processus réalisé en plusieurs étapes successives. Il s'agit là d'un autre motif permettant de justifier la difficulté liée à la définition de cette notion. Cette complexité « réside dans la multiplicité des étapes nécessaires à sa construction, la variété de ses formes, la diversité des structures cérébrales qu'elle recrute et l'organisation élaborée des mécanismes cellulaires qui la régissent »¹¹¹. En règle générale, ce processus implique trois étapes distinctes : « [l]a première est le codage des informations reçues par les réseaux neuronaux, permettant un traitement immédiat des informations et leur représentation en traces mnésiques. L'efficacité de cette étape est déterminante car elle conditionne la qualité et la persistance des souvenirs formés. Les conditions d'apprentissage, le degré d'attention, la motivation, l'état physiologique et affectif doivent être optimisés pour un codage et une mémorisation efficaces. Après le codage, intervient une phase de stockage pendant laquelle les informations sont maintenues pour une période courte ou longue selon leur nature, leur contenu et leur importance. Les traces mnésiques ainsi établies sont progressivement consolidées et conservées à long terme, pour être ultérieurement rappelées et utilisées. La consolidation est un processus dynamique et graduel qui permet la réorganisation des informations, et confère aux traces acquises la stabilité nécessaire à leur rétention »¹¹². Dans un livre intitulé *La mémoire*, Jean-Claude Filloux évoque lui aussi trois moments dans ce processus de mémoire « c'est-à-dire dans l'évolution du souvenir : la fixation, la conservation, l'évocation », cette dernière étape étant « le seul moment caractérisant phénoménologiquement la mémoire »¹¹³. C'est en effet en évoquant un souvenir que l'on peut considérer qu'il a été préalablement fixé et conservé.

Enfin, bien que la mémoire ne soit pas l'apanage de l'être humain, il lui a toutefois, grâce à sa capacité réflexive, donné une fonction additionnelle. Au départ, le rôle premier de la mémoire « est de *prévoir*, et non de *revoir*. Le passé joue un rôle dont l'animal est inconscient, dans la mesure où il se sert d'abord de sa mémoire sans la connaître »¹¹⁴. En ce sens, la mémoire n'a qu'une fonction prospective, tournée vers l'avenir. Or, l'homme lui a conféré aussi une

et dont le premier critère distinctif est une référence explicite au passé : le sujet reconnaît un objet ou une séquence d'événements s'il a l'impression de les avoir déjà perçus auparavant (à raison ou à tort, car il existe de fausses reconnaissances) ; et l'image-souvenir, dans l'évocation mnésique, se distingue de l'image représentative en général (reproductrice ou anticipatrice) en ce qu'elle s'accompagne d'une localisation dans le passé (globale ou détaillée, correcte ou erronée) se manifestant par l'impression du déjà vécu ou perçu à un moment donné du temps (même non localisable) et non pas seulement du connu en général et encore moins du prévu ».

¹¹¹ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 83.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ J.-C. FILLoux, *La mémoire*, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « mémoire », p. 731.

fonction rétrospective : « [c]hez l'homme, il y a rupture de continuité, et la mémoire biologique prospective devient capacité de se représenter le *passé comme tel* et de le revivre pour lui-même. C'est avec la pensée abstraite qu'apparaît, dans l'évolution, la mémoire rétrospective »¹¹⁵.

17. - Les mémoires : vers une tentative de catégorisation. Comme évoqué ci-avant, la mémoire n'est pas une, de nombreuses classifications ayant été proposées. Sans entrer dans les détails de l'ensemble de ces catégorisations, il est cependant intéressant d'en souligner deux particulières dès lors qu'elles s'inscriront dans les développements relatifs aux formes juridiques de l'oubli.

Premièrement, la mémoire personnelle est opposée à la mémoire collective. Celle-ci sera évoquée ci-après (voy. *infra*).

Deuxièmement, la mémoire à long terme est opposée à la mémoire à court terme¹¹⁶. Les psychologues semblent confus sur la question de savoir si ces deux types de mémoire doivent être analysés comme deux systèmes totalement séparés¹¹⁷. La mémoire à court terme semble davantage s'apparenter à la mémoire de l'instantanéité. Les informations sont intégrées et décodées, mais ne sont pas toujours stockées de façon pérenne. La mémoire à court terme est donc caractérisée par un oubli rapide d'informations, cet oubli étant en partie lié à la distraction de l'individu¹¹⁸. La mémoire à long terme, en revanche, porte sur les informations décodées et ensuite stockées dans notre cerveau¹¹⁹, ces dernières pouvant ensuite être évoquées à travers les

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 730.

¹¹⁶ Sur la mémoire à court terme et sa détérioration, voy., pour une approche historique des études menées, T. J. RICKER, E. VERGAUWE, N. COWAN, « Decay theory of immediate memory : From Brown (1958) to today (2014) », *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 2016/10, pp. 1969 à 1995.

¹¹⁷ Voy. les arguments et psychologues cités par A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, *op. cit.*, pp. 62 à 76.

¹¹⁸ Voy., à ce sujet, les travaux de John Brown au Royaume-Uni (J. BROWN, « Some tests of the decay theory of immediate memory », *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 1958/10, pp. 12 à 21) ainsi que de Lloyd R. Peterson et Margaret J. Peterson (L. R. PETERSON, M. J. PETERSON, « Short-term retention of individual verbal items », *Journal of Experimental Psychology*, 1959/58, pp. 193 à 1958). Plus récemment, T. J. RICKER, E. VERGAUWE, N. COWAN, « Decay theory of immediate memory: From Brown (1958) to today (2014) », *op. cit.*, pp. 1969 à 1995.

¹¹⁹ A. LIEURY, « Oubli et traitement de l'information en mémoire », *Communications*, 1989/49 (*La mémoire et l'oubli*), p. 114. L'auteur ajoute que « [c]ette distinction explique l'illusion que nous avons tous, en écoutant une conférence ou un cours magistral, de croire qu'on va se rappeler parce qu'on comprend ; en fait, l'expérience indique que l'on oublie presque tout et confirme que codage et stockage sont des mécanismes distincts ».

souvenirs mémorisés. A la différence de la mémoire à court terme, la mémoire à long terme implique un processus d'intégration des informations¹²⁰.

18. - Quand la mémoire s'écarte de la réalité. Peut-on faire confiance à sa mémoire ? De nombreux auteurs semblent répondre, en partie au moins, négativement. La réalité des événements inscrits dans notre mémoire est parfois « romancée ». Dès lors que la mémoire constitue un lien important entre le passé et le présent, les événements passés qui sont rappelés à nos bons souvenirs semblent être actualisés au regard du temps présent. La mémoire n'est donc jamais totalement fidèle à ce que l'individu a pu vivre dans son passé. Les souvenirs sont déformés, actualisés, mis à jour, falsifiés. On peut ainsi percevoir dans la mémoire « une certaine actualisation impliquant une conservation de tout le passé, ou au moins de tout ce qui, dans le passé du sujet, est utilisable dans les actions ou les connaissances présentes »¹²¹. Le facteur temporel joue, ici, son rôle : « [l]e souvenir s'appauvrit dans le temps, ou pour être plus précis, il se déforme »¹²².

Nietzsche apporte une explication à ce phénomène en avançant deux raisons : la mémorisation est « d'une part, irréductiblement liée à un processus de filtrage des données des sens à partir du flux du devenir, selon des catégories de la sensibilité et de l'entendement ; d'autre part, elle est produite par la comparaison d'une perception présente avec une perception passée qui lui ressemble, mais dont la différence est gommée »¹²³. En ce sens, le processus de mémorisation vient appauvrir la réalité des faits, tels qu'ils ont été vécus. Nietzsche considère cependant que cet oubli originaire « est nécessaire pour vivre » ; l'oubli n'étant jamais une suppression totale, mais davantage un enfouissement¹²⁴. Les théories nietzschéennes seront rapidement analysées *infra*.

¹²⁰ Indiquons, à titre informatif, que la mémoire à long terme fait, elle-aussi, l'objet de catégorisations. Selon Maurice Corcos, il existe d'une part, « la mémoire explicite [qui] se réfère aux tranches conscientes d'expériences passées », d'autre part, « la mémoire implicite [qui] se réfère aux effets non conscients d'expériences passées », à savoir des « traces non conscientes d'expériences passées » (M. CORCOS, « La mémoire et l'oubli, de la psychanalyse aux neurosciences », *op. cit.*, p. 32). L'auteur ajoute que la mémoire explicite « regroupe elle-même ce que l'on nomme les mémoires épisodique et sémantique. La mémoire épisodique est la mémoire autobiographique, la mémoire des événements, des choses vécues par le sujet [...]. La mémoire sémantique concerne des contenus plus généraux, plus abstraits, ayant trait au savoir, à la culture ». A propos de la mémoire épisodique, il précise encore qu'« [e]lle n'est pas considérée comme une reproduction à l'identique du réel. La neuropsychologie est loin d'ignorer la dimension autoconstruite de la mémoire » (p. 35).

¹²¹ J. PIAGET, B. INHELDER, *Mémoire et intelligence*, *op. cit.*, p. 2.

¹²² *La mémoire*, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philosophie/philosophie2/LA%20MEMOIRE.doc.

¹²³ A. SOROSINA, « Trois figures de l'oubli chez Nietzsche », *Doctorales*, 2015/3, disponible à l'adresse suivante, www.msh-m.fr.

¹²⁴ *Ibidem*.

19. - L'oubli, la mémoire et maladie. Il importe de souligner que l'oubli n'est pas, en tant que tel, une maladie. Son étude n'entre pas dans la pathologie¹²⁵. L'oubli est un processus humain normal : tout individu oublie. On ne peut donc parler d'oubli pathologique. Ainsi, à titre exemplatif, le vieillissement induit inévitablement l'oubli. Or, le fait de vieillir ne constitue pas une maladie¹²⁶.

En revanche, certains comportements s'interprètent comme des défaillances de l'oubli. Pouvant aussi être qualifiés de troubles de la mémoire, ceux-ci n'aboutissent pas à une perte de souvenirs mais, au contraire, à une exagération des capacités mémorielles. Jean Delay (1907-1987), psychiatre et neurologue français, considère ces troubles comme des délires de la mémoire¹²⁷. En effet, on peut raisonnablement considérer qu'« [u]ne mémoire totale, sans choix et sans tri ne serait pas une mémoire parfaite : elle paralyserait la connaissance et l'action »¹²⁸. Indirectement, mais de façon tout à fait certaine, un tel constat renforce la démonstration – s'il le fallait encore – de l'utilité profonde de l'oubli, celui-ci pouvant alors être vu comme le véritable gardien de la mémoire.

Ce phénomène d'exagération de la mémoire constitue le symptôme premier de l'hypermnésie, l'ecmnésie et la paramnésie. La première est caractérisée par un retour d'un nombre important de souvenirs « d'une façon désordonnée et désadaptée »¹²⁹. Elle semble relever de la paranoïa ou de la psychose. La deuxième est une hallucination du passé. Le malade prend le passé pour le temps présent : « il s'agit là d'actes incomplets de mémoire, dus au manque de cadres intellectuels et sociaux qui permettent à la mémoire proprement dite de s'exercer »¹³⁰. Quant à la paramnésie, c'est le fait de prendre le présent pour le passé. Elle constitue donc une hallucination du présent.

¹²⁵ La pathologie est la « [s]cience qui a pour objet l'étude des maladies, des effets qu'elles provoquent (lésions, troubles) » (*Le Petit Robert*, Montréal, Dictionnaire Robert Inc., 1996, v° « Mémoire »).

¹²⁶ On estime, à cet égard, qu'à partir de trente ans, le cerveau perd 0,8 % de neurones par an : « [s]achant que le nombre de neurones du cerveau serait de cent milliard [...], la perte due au vieillissement régulier serait de huit cent millions de neurones par an » (A. LIEURY, « Oubli et traitement de l'information en mémoire », *Communications*, 1989/49 (*La mémoire et l'oubli*), p. 113). Cependant, des découvertes scientifiques récentes paraissent admettre qu'il puisse exister un renouvellement des neurones durant la vie d'un individu.

¹²⁷ Voy. J. DELAY, *Les maladies de la mémoire*, Paris, PUF, 1961.

¹²⁸ *La mémoire*, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philosophie/philosophie2/LA%20MEMOIRE.doc.

¹²⁹ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 98. Sur l'hypertrophie de la mémoire, voy. aussi la nouvelle rédigée par Jorge Luis Borges intitulée « Funes ou la mémoire » (J. L. BORGES, *Fictions*, Paris, Gallimard, 1974) ainsi que la nouvelle rédigée par Stefan Zweig, « Le bouquiniste Mendel » (S. ZWEIG, *Romans et nouvelles*, Paris, Le Livre de poche, 1991).

¹³⁰ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 99 ; J. DELAY, *Les maladies de la mémoire*, op. cit., p. 110.

D'autres affections touchent le processus de mémorisation. Il existe plusieurs maladies de la mémoire¹³¹ qui ne peuvent s'assimiler à l'oubli. En voici quelques illustrations.

Premièrement, l'oubli ne peut se confondre avec l'amnésie¹³². Cette dernière n'est autre qu'une maladie¹³³ qui touche « souvent une catégorie plus grande et moins sélective de souvenirs et, dans certains cas, [qui] peut conduire à l'effacement d'une tranche entière de souvenirs »¹³⁴. Il s'agit d'une « atteinte sérieuse et souvent irréversible du fonctionnement cognitif, engendrée par des lésions cérébrales et des troubles du système nerveux »¹³⁵. La perte de mémoire est totale ou partielle, et peut être, dans certains cas, seulement temporaire¹³⁶. L'oubli se distingue de cette maladie en ce que les informations perdues sont davantage spécifiques : ce sont essentiellement des informations dite « épisodiques (expériences ou événements vécus) » qui sont oubliées plutôt que des informations « sémantiques (connaissances générales) »¹³⁷. Autrement dit, l'amnésie « est un oubli de l'oubli, un oubli qui n'a pas de conscience lui-même »¹³⁸.

Deuxièmement, l'oubli ne se confond pas avec l'extinction des souvenirs, entendue comme « un affaiblissement progressif, par réapprentissage, de souvenirs associatifs »¹³⁹.

¹³¹ Il existe de nombreux écrits sur ces maladies. Voy., parmi d'autres, H. BERGSON, *Matière et mémoire*, Paris, PUF, 1896 ; T. RIBOT, *Les maladies de la mémoire*, Paris, Librairie Germer Baillière et Cie, 1881 ; J. DELAY, *Les maladies de la mémoire*, *op. cit.*

¹³² Le terme « amnésie » vient du grec *amnêsia* qui signifie « l'absence de mémoire ». Le mot est construit par le *a* qui évoque une négation, une perte, une privation, et le terme *mnêsis* qui se rapporte à la mémoire.

¹³³ Ce trouble a fait l'objet de nombreuses études. Voy. l'article de Serge Nicolas qui propose de nombreuses références (S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », *L'année psychologique*, 1992/92, pp. 538 à 540).

¹³⁴ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 84. Dans le même sens, J.-C. FILLoux, *La mémoire*, *op. cit.*, pp. 66 et 92.

¹³⁵ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 84.

¹³⁶ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « amnésie », p. 60.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », *op. cit.*, p. 105. Sur les différents types d'amnésie, voy. notamment N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « amnésie », pp. 60 et s. ; J.-C. FILLoux, *La mémoire*, *op. cit.*, pp. 95 et s.

¹³⁹ I. M. MANSUY, « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *op. cit.*, p. 84. L'auteur donne un exemple : « Par exemple, un animal conditionné à craindre un choc électrique associé à un son, réapprend rapidement que le son seul est inoffensif, s'il y est exposé plusieurs fois sans le choc électrique. La mémoire de l'association "son-choc" est mise en veille ou éteinte, et remplacée par celle du son sans le choc. Elle n'est cependant pas définitivement perdue et peut être ravivée par un indice de rappel. C'est le cas dans certains troubles anxieux, chez l'homme, comme les phobies ou l'état de stress post-traumatique, qui sont liés à des mémoires pathologiques contre lesquelles l'extinction peut constituer une thérapie atténuatrice » (p. 84).

Troisièmement, l'oubli ne correspond pas à une absence de fixation. Comme évoqué ci-avant, la mémorisation implique des étapes dont celle de la fixation des souvenirs. Pour qu'il y ait oubli, il faut une disparition de souvenirs, et non simplement une absence de souvenirs¹⁴⁰.

Section 2. La dimension collective de l'oubli et de la mémoire

20. - La mémoire collective. La mémoire collective a notamment fait l'objet d'une étude importante menée par Maurice Halbwachs (1877-1945), sociologue français. Pour cet auteur, tout individu dispose d'une faculté collective de se souvenir. Il affirme que cette mémoire s'inscrit dans des cadres sociaux¹⁴¹, ceux-ci formant alors les « armature[s] de la mémoire »¹⁴². Résumant la théorie d'Halbwachs, Charles Blondel (1876-1939), psychologue français, indique que « [p]our nous souvenir, nous partons de notions et connaissances communes aux groupes auxquels nous appartenons ou avons appartenu, de cadres expérimentaux établis et assurés par ces groupes, afin de retrouver ce que nous avons été ou ce que nous avons fait ou vu... Nos souvenirs ne sont pas des reproductions mais des reconstitutions du passé en fonction de l'expérience collective. Chacun des événements de notre vie, et corrélativement le souvenir que nous en évoquons au besoin, est implicitement contenu dans la notion du milieu où il a été vécu »¹⁴³.

Mémoires personnelle et collective semblent donc liées : ce que nous retenons de notre passé personnel est influencé par ce passé collectif. Autrement dit, la mémoire collective constitue le contexte dans lequel notre mémoire personnelle s'inscrit, ces circonstances contextuelles influençant forcément notre histoire personnelle. Les collectivités politiques, principalement les Etats, sont conscientes des impacts que la mémoire collective peut avoir de sorte que, par le biais de réglementations, elles orientent la compréhension du passé dans un sens particulier et imposent l'oubli de certaines périodes de l'histoire. Le débat relatif à l'adoption des lois mémorielles n'est, en définitive, rien d'autre qu'une discussion sur l'imposition d'une mémoire collective – et de ses limites – par des actes législatifs¹⁴⁴.

¹⁴⁰ J.-C. FILLOUX, *La mémoire, op. cit.*, p. 66. Pour cet auteur, « [s]i par suite de la distraction, de la préoccupation, un fait qui aurait dû nous faire impression est passé inaperçu, nous serons peut-être amenés à constater plus tard qu'il n'en reste aucune trace dans l'esprit, mais nous ne devons pas dire que nous l'avons oublié » (p. 66).

¹⁴¹ Voy. son ouvrage : M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1925. Une nouvelle édition a été éditée en 1952 aux PUF.

¹⁴² J.-C. FILLOUX, *La mémoire, op. cit.*, pp. 49 et 69.

¹⁴³ Les propos de Charles Blondel sont rapportés par J.-C. FILLOUX, *La mémoire, op. cit.*, pp. 50 et 51.

¹⁴⁴ Sur les lois mémorielles, voy. *infra*.

Pour Patrick Vauday, celui-ci analysant notamment les théories freudiennes, la culture peut être assimilée à une forme de mémoire collective. Entendue comme « ce qui reste quand on a tout oublié, soit ce qui survit à l'érosion du temps et de l'histoire, [l]a culture est une autre forme de mémoire qui passe par la conservation et la transmission d'un patrimoine. Si elle n'est pas moins humaine que la mémoire individuelle, elle s'en distingue d'être collective et externe »¹⁴⁵.

Entrant dans une dimension davantage sociale, la mémoire collective est notamment constituée à l'échelle des collectivités : État, région, école, religion, famille, etc.

Mémoire individuelle et mémoire collective sont interdépendantes. Ainsi, « [l]a mémoire individuelle fait partie intégrante d'une mémoire sociale où les souvenirs se construisent et constituent également une mémoire collective »¹⁴⁶. Autrement dit, ma propre histoire « est portée par l'histoire du pays, voire par l'histoire du monde ; profession, confessions, réunions d'art ou de science multiplient pour moi ces centres sociaux autour desquels tous mes souvenirs tendent à s'agglomérer ; suivant mon état d'ouvrier, de paysan ou de bourgeois, je n'aurai ni la même mémoire, ni les mêmes souvenirs... Le système de connaissances latentes qui est l'essentiel de l'encadrement mnémique ne m'appartient donc pas en propre ; je le *puise* perpétuellement chez autrui, en participant à la conscience collective du groupe. Il porte pour une bonne part sur des faits intéressant ma famille, mes amis, mes relations, mes concitoyens, etc. »¹⁴⁷.

Cette mémoire collective découle notamment des cadres sociaux, théorisés par Maurice Halbwachs, qui permettent de structurer nos souvenirs. Selon le sociologue français, « [o]n ne peut se souvenir qu'à condition de retrouver, dans les cadres de la mémoire collective, la place des événements passés qui nous intéressent. L'oubli [en revanche] s'explique par la disparition de ces cadres ou d'une partie d'entre eux... Il s'explique aussi par le fait que ces cadres changent

¹⁴⁵ P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁶ F. DELICH, « La construction sociale de la mémoire », *op. cit.*, pp. 74 et 75.

¹⁴⁷ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, *op. cit.*, p. 51. L'auteur reprend en réalité la théorie d'Halbwachs. Cependant, il nuance, dès la page suivante, ces propos en posant la question de la portée de cette analyse : « [n]e tendent-elles pas, en insistant à ce point sur les facteurs non individuels de la mémoire, à déposséder exagérément l'individu de ses souvenirs au profit du ou des groupes auxquels il appartient ? ». Il apporte alors une réponse en indiquant qu'« [i]l ne faut pas, croyons-nous, faire des cadres sociaux de la mémoire autre chose qu'un système de contrôle et de garantie, pour aider l'investigation, ou rectifier un souvenir. Se Souvenir, ce n'est pas revenir vers les autres, mais d'abord revenir à soi-même ».

d'une période à l'autre. La société suivant les circonstances, et suivant le temps, se représente de diverses manières le passé : elle modifie ses conventions. Comme chacun de ses membres se plie à ces conventions, il infléchit ses souvenirs dans le sens même où évolue la mémoire collective »¹⁴⁸.

Se raccrochant à la mémoire dans sa dimension culturelle – et donc sociale et collective –, Jacques Le Rider affirme que « [l]a temporalité individuelle et les représentations culturelles du temps sont fondées sur une bonne économie de l'oubli et de la mémoire »¹⁴⁹. Appréciée collectivement, la mémoire présente aussi une utilité, voire une nécessité politique. Depuis longtemps, les sociétés façonnent leur propre mémoire collective à leur gré. A travers des réglementations qui imposent tantôt un « devoir de mémoire »¹⁵⁰, tantôt un « devoir d'oubli », une autorité impose à une collectivité des souvenirs. Renée Bourassa précise que, « [s]ur le plan de la mémoire collective, le processus de conservation de la mémoire procède par sédimentation lente, il opère tant à travers les conditions matérielles de sa traversée temporelle de l'Histoire que par le filtrage qu'effectue son modelage culturel, entre les structures d'autorité, les totalitarismes et les instances de censure qui en régissent l'expression »¹⁵¹. Le développement de ces actes témoigne notamment de la place importante que la mémoire prend au sein de nos sociétés. Elle constitue en effet un réel enjeu, imposée souvent par « les groupes dominants ou en situation de pouvoir »¹⁵². Parallèlement à nos réflexions sur l'oubli et la mémoire, c'est ici une réflexion « sur la transmission des identités collectives (nationale, culturelle, religieuse, etc.) » qui est posée, faisant alors émerger une nouvelle problématique, celle de l'utilité de l'histoire et de sa définition même¹⁵³. Dit autrement, c'est la question de la valeur que l'on accorde à l'historicisme, entendue comme la « [d]octrine selon laquelle l'histoire est capable à elle seule d'établir ou d'expliquer des vérités humaines »¹⁵⁴. A cet égard, Jacques Le Rider souligne que « l'historicisme est le symptôme du manque de tradition vivante, du désir d'inventer une tradition pour le présent, et l'on comprend, selon cette approche, pourquoi l'historicisme accompagne la modernité comme son ombre »¹⁵⁵.

¹⁴⁸ L'extrait repris de Maurice Halbwachs est proposé par J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, *op. cit.*, pp 69 et 70.

¹⁴⁹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁰ Sur le devoir de mémoire, voy. *infra*.

¹⁵¹ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », *op. cit.*, p. 156.

¹⁵² *Ibidem*. L'auteur indique aussi que « la constitution de la mémoire culturelle d'une société est dépendante de son média de transmission, ce qui constitue la fragilité dans le contexte numérique ».

¹⁵³ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 209.

¹⁵⁴ *Le Petit Robert*, Montréal, Dicorobert Inc., 1996, v^o *historicisme*.

¹⁵⁵ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 210.

Avec l'informatique, la mémoire collective prend un nouvel essor : les mémoires sont interconnectées, associées les unes aux autres. « En effet, par l'intermédiaire des artefacts numériques, les intelligences humaines s'interconnectent en dépassant l'individu dans la constitution de la mémoire collective », de sorte que cette dernière « devient prodigieuse par l'accumulation des traces provenant de myriades de gestes singuliers »¹⁵⁶. Avec pour conséquence que, désormais, « [l']archivage n'est plus seulement le fait des institutions culturelles qui assurent la préservation des traces, mais de millions de gestes quotidiens posés par les sujets singuliers qui alimentent les bases de données de l'environnement sociotechnique »¹⁵⁷.

21. - L'oubli dans sa dimension collective. Comme pour les individus, cette mémoire sociale s'accompagne inévitablement de « sa contremarque et [de] son complément, l'oubli »¹⁵⁸. Ce lien est mis en lumière notamment par l'historien américain Yosef Yerushalmi (1932-2009). Il écrit que « la phénoménologie de la mémoire et de l'oubli collectifs sont essentiellement les mêmes pour tous les groupes sociaux ; seuls varient les détails »¹⁵⁹.

L'on évoque ici l'oubli dans sa dimension collective, l'oubli imposé par une autorité. L'oubli est exigé par le biais de textes devant être respectés par les individus, souvent sous peine de sanction.

Yosef Yerushalmi indique que « l'oubli collectif est assurément une notion aussi problématique que celle de la mémoire collective. [...] Strictement, les peuples et les groupes ne peuvent oublier que le présent, pas le passé. En d'autres termes, les individus qui composent le groupe peuvent oublier des événements qui advinrent dans leur propre existence ; ils ne sauraient oublier le passé qui leur est antérieur, au sens où l'individu oublie les premiers stades de sa propre vie. Aussi, quand nous disons qu'un peuple “se souvient”, disons nous en réalité d'abord qu'un passé a été activement transmis aux générations contemporaines à travers ce que j'ai appelé ailleurs “les canaux et les réceptacles de la mémoire” [...] ; qu'ensuite ce passé transmis a été reçu comme étant chargé d'un sens propre. En conséquence, un peuple “oublie” quand la génération détentrice du passé ne le transmet pas à la suivante, ou quand celle-ci rejette

¹⁵⁶ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », *op. cit.*, p. 162.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 163.

¹⁵⁸ F. DELICH, « La construction sociale de la mémoire », *op. cit.*, p. 71.

¹⁵⁹ Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli », *op. cit.*, p. 16.

ce qu'elle a reçu ou cesse de le transmettre à son tour, ce qui revient au même. La rupture dans la transmission peut advenir brusquement ou au terme d'un processus d'érosion sur plusieurs générations. Mais le principe demeure le même. Un peuple ne peut jamais "oublier" ce qu'il n'a pas reçu d'abord »¹⁶⁰. Ainsi, « [c]e que nous appelons l'oubli au sens collectif apparaît quand des groupes humains échouent – volontairement ou passivement, par rejet, indifférence ou indolence, ou bien encore du fait de quelque catastrophe historique brisant le cours des jours et des choses – à transmettre à la postérité ce qu'ils ont appris du passé »¹⁶¹.

Section 3. Les théorisations scientifiques de l'oubli et de la mémoire

22. - L'oubli et la mémoire dans la production scientifique. Oubli et mémoire ont toujours fasciné les philosophes et les psychologues, et ce depuis « au moins 2000 ans »¹⁶². A titre d'exemples, on peut citer notamment Aristote, Platon, Saint-Augustin, Descartes, Malebranche, Taine, Ebbinghaus, Bergson¹⁶³. Tous se sont intéressés, plus ou moins intensément, à ce phénomène, l'oubli, ainsi qu'à son corollaire, la mémoire.

§ 1^{er}. Oubli et mémoire en philosophie

23. - Introduction. « Le problème le plus passionnant que pose la mémoire est d'ordre proprement philosophique. Il est de savoir où et comment les souvenirs se conservent, – si même ils se conservent »¹⁶⁴. C'est par ces mots que Jean-Claude Filloux (1921-2017) débute, dans son ouvrage relatif à la mémoire, un chapitre intitulé *Le problème philosophique de la mémoire*. C'est dire si la philosophie s'est largement intéressée à la problématique¹⁶⁵. Confirmant cela, Jean Lombard indique que « [t]oute philosophie en tant que rupture

¹⁶⁰ Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli », *op. cit.*, p. 11.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 12. Voy. aussi V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶² A. BADDELEY (trad. de S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁶³ Voy., parmi de nombreux autres, M. HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, *op. cit.* ; G. GUSDORF, *Mémoire et personne*, t^o I, *La mémoire concrète*, t^o II, *Dialectique de la mémoire*, Paris, PUF, 1951 ; F. ELLENBERGER, *Le mystère de la mémoire. Essai sur l'Intemporel psychologique*, Annemasse, Editions du Mont-Blanc, 1947 ; T. RIBOT, *Les maladies de la mémoire*, Paris, Librairie Germer Baillière et Cie, 1881 ; J.-J. VAN BIERVLIET, « Le problème de la mémoire », *Revue des questions scientifiques*, 1900 ; H. PIÉRON, *L'évolution de la mémoire*, Paris, Ernest Flammarion, 1910 ; L. DUGAS, *La mémoire et l'oubli*, *op. cit.* ; H. BERGSON, *Matière et mémoire*, *op. cit.* ; A. GRATACAP, *Théorie de la mémoire*, Montpellier, Boehm & Fils, 1866.

¹⁶⁴ J.-C. FILLoux, *La mémoire*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁵ En ce sens, J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, *op. cit.*

commence par l'oubli »¹⁶⁶. S'écartant de la définition donnée en neurosciences¹⁶⁷, la psychologie considère la mémoire comme « une fonction psychique consistant dans la reproduction d'un état de conscience passé avec ce caractère qu'il est reconnu pour tel par le sujet »¹⁶⁸.

24. - Le Léthé. Le terme Léthé est, étymologiquement, à la base du mot grec *aletheia* qui, construit à partir de la particule *a-* signifiant l'absence et du mot *léthé* signifiant oubli, « se dit “de choses que l'on ne cache pas, par opposition à ‘faux’ (*pseudês*), ‘apparent’, etc.” »¹⁶⁹.

La thématique du Léthé a été reprise par de nombreux philosophes. Léthé constitue d'une part une déesse, d'autre part, un fleuve. Dans son premier sens, Léthé est une déesse de la mythologie grecque. Hésiode, dans la *Théogonie*, oppose Léthé, qualifiée de sombre déesse, à Mnémosyne, déesse de la mémoire¹⁷⁰. Dans son second sens, le Léthé est l'un des cinq fleuves de l'Enfer. Fleuve de l'oubli¹⁷¹, il permet aux âmes de venir s'abreuver afin d'oublier leur vie passée. Une âme, pour passer d'un corps à un autre doit se départir de ses souvenirs et de sa vie passée. S'abreuver au Léthé permet à cette âme de renaître dans un corps nouveau. Dans cette acception, l'oubli s'entend « comme un rebond dans un monde neuf, une capacité de renaître »¹⁷² et de recommencer. En ce sens, la capacité que l'individu a d'oublier constitue une condition importante de notre bonheur¹⁷³.

Plusieurs philosophes¹⁷⁴ ont évoqué, dans leurs écrits, le Léthé. Ovide, dans les *Tristes*, implore afin qu'on lui donne, « s'il en existe, de cette eau de Léthé qui tue la mémoire du cœur ». Platon, dans la *République*, évoque la « plaine d'oubli » dans laquelle la rivière Amélès

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Voy. *supra*.

¹⁶⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 606.

¹⁶⁹ C. KOSSAIFI, « L'oubli peut-il être bénéfique ? L'exemple du mythe de Léthé : une fine intuition des Grecs », *Interrogations* ?, 2006/3, disponible à l'adresse www.revue-interrogations.org. L'auteure se réfère elle-même à P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1999, p. 618.

¹⁷⁰ C. KOSSAIFI, « L'oubli peut-il être bénéfique ? L'exemple du mythe de Léthé : une fine intuition des Grecs », op. cit.

¹⁷¹ Renée Bourassa souligne que « [l]'écoulement perpétuel décrit le flux de l'oubli » (R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », op. cit., p. 152).

¹⁷² J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ Outre les philosophes cités, voy. aussi le poème de Charles Baudelaire intitulé *Le Léthé*.

(« sans-souci ») coule¹⁷⁵. Quant à Virgile, il indique dans l'*Enéide* que des « âmes innombrables [...] cherchent l'oubli en buvant l'eau du Léthé, dans l'attente d'une réincarnation ». Plutarque, lui aussi, évoque le Léthé, mais dans un sens quelque peu différent¹⁷⁶.

25. - L'Odyssée d'Ulysse. Tout au long de l'histoire d'Ulysse, racontée par Homère dans son *Odyssée* rédigée vers la fin du VIII^{ème} siècle avant Jésus-Christ, l'oubli est présent¹⁷⁷. Il l'évoque notamment à travers l'île des Lotophages, considérée comme un îlot de l'oubli. Ses habitants se nourrissent de l'oubli, le *lôtos*. Ulysse, accostant cette île, fait envoyer trois hommes pour explorer ce territoire. Ayant goûté à ce fruit, ces éclaireurs en oublient leur retour vers leur nef. Cette brève étape témoigne de « la force de l'oubli comme facteur de cohésion sociale »¹⁷⁸. En effet, manger ce fruit aboutit à oublier ses propres origines et sa propre identité, de sorte que les habitants de l'île sont tous semblables les uns aux autres. Le fruit de l'oubli a pour conséquence d'unifier en effaçant les particularités de chaque individu, il permet l'assimilation. En ce sens, « [p]lus que la mémoire, l'oubli semble pouvoir contribuer au bonheur de la société »¹⁷⁹. Pour autant que l'on puisse considérer que cet effacement des particularités propres à chacun constitue une condition du bonheur.

Dans une autre étape de son voyage, Ulysse est confronté non plus à l'oubli, mais bien à l'évocation de la mémoire absolue. Lorsqu'il fait face aux sirènes et à leur chant envoutant, se pose en réalité la question d'un savoir absolu¹⁸⁰. Ces sirènes reprennent « un chant qui sait tout ; elles savent tout ce qui est advenu et tout ce qui advient dans le monde des hommes. Un savoir absolu qui implique une mémoire absolue. Mais ce savoir complet est dangereux pour l'homme ; plus qu'il n'enseigne, il enchante, pareil finalement – c'est là le paradoxe – à une drogue d'oubli »¹⁸¹. Comme l'indique David Bouvier, « [d]ans la société des mortels, la

¹⁷⁵ Platon fait une distinction entre les âmes possédant la sagesse et celles ne la possédant pas. Alors que les premières boivent ce qui est nécessaire pour ne pas oublier l'inouïable, les secondes boivent à gorge profonde et oublient tout (C. ROMANO, « Un étrange oubli », *op. cit.*, p. 162).

¹⁷⁶ Voy., à ce propos, Y. VERNIÈRE, « Le Léthé de Plutarque », *Revue des Etudes Anciennes*, 1964/1-2, pp. 22 à 32.

¹⁷⁷ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, *op. cit.* L'auteur précise que l'oubli est aussi présent lorsqu'Ulysse se rend chez Circé ainsi que chez Calypso, pour ajouter que, « [p]ar-delà les risques particuliers décrits dans ces épisodes, c'est toute la toile de fond du retour d'Ulysse qui est une menace d'oubli de soi ».

¹⁷⁸ D. BOUVIER, « La mémoire et la mort dans l'épopée homérique », *Kernos, Revue internationale et pluridisciplinaire de religion grecque antique*, 1999/12, p. 58.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 59. La relation entre l'oubli et le bonheur est une thématique chère à Nietzsche (voy. *infra*).

¹⁸⁰ Les Sirènes évoquent en effet, dans leur appel à Ulysse, le fait qu'elles savent « tout ce qui arrive sur la terre riche en nourritures » (*Odyssée*, XII, 184-191).

¹⁸¹ D. BOUVIER, « La mémoire et la mort dans l'épopée homérique », *op. cit.*, p. 60.

mémoire est un moyen de voyager dans le temps, de *faire revivre* les ancêtres et d'établir ainsi un lien entre générations qui se succèdent. Dans le cas des Sirènes, les choses sont très différentes ; englobant *tout*, leur savoir suppose une forme d'éternité »¹⁸², ce qui est en contradiction avec la condition humaine.

26. - La perspective platonicienne. Platon (427 av J.-C. – 347 av. J.-C.) s'est intéressé dans plusieurs écrits à l'oubli ainsi qu'à la mémoire.

Dans son ouvrage *Ménon*¹⁸³, il pose la théorie de la réminiscence¹⁸⁴, c'est-à-dire l'idée selon laquelle connaître signifie en réalité se souvenir, se remémorer¹⁸⁵. Cette théorie se fonde sur le postulat que l'âme est immortelle : « [a]vant notre naissance [...], notre âme a séjourné dans d'autres mondes où elle a pu à loisir contempler les Idées dans tout l'éclat de leur perfection. Idée de justice, de beauté, d'harmonie, de Bien. La naissance, l'entrée dans un corps qui est la proie de désirs contradictoires, est pour elle un choc, le choc de l'oubli [...]. Ce choc de la naissance n'est toutefois pas irrémédiable. Les yeux de l'âme se dessillent progressivement, ce qui lui permet de distinguer parmi les choses qui l'entourent une ressemblance avec les Idées parfaites entrevues avant la naissance et par suite d'appeler telle chose belle ou juste selon qu'elle lui rappelle la Beauté ou la Justice »¹⁸⁶. La théorie de la réminiscence platonicienne a encore été évoquée par Marcel Proust dans son livre *A la recherche du temps perdu*, publié en plusieurs tomes entre 1913 et 1927¹⁸⁷. En effet, la madeleine qu'il évoque symbolise ce passé qui ressurgit involontairement. Cette « théorie de la madeleine » est aussi appelée « conscience affective », soulignant le caractère non actif de cette remontée d'éléments de la mémoire. Marcel Proust symbolise cette relation, mise en exergue par Platon, entre le passé et le présent : le passé ne s'oublie pas, il peut à tout moment, involontairement et sans action particulière, (re)devenir présent.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Construit sous la forme d'un dialogue, Platon fait discuter Socrate et Ménon à propos de la définition de la vertu.

¹⁸⁴ Sur cette théorie, voy. not. L. ROBIN, « Sur la doctrine de la réminiscence », *Revue des Etudes Grecques*, 1919, pp. 451 à 461 ; G. PILOTE, *La réminiscence chez Platon. Théorie de la connaissance ; anthropologie ; éthique*, thèse présentée dans le cadre d'un doctorat en philosophie, Université d'Ottawa, Université Paris 1, 2016, disponible sur le site www.ruor.uottawa.ca.

¹⁸⁵ La réminiscence est le « [s]ouvenir d'une connaissance acquise dans une vie antérieure, quand l'âme, qui vivait dans le monde supra-sensible des essences, contemplait les Idées » (www.cnrtl.fr/definition/reminiscence).

¹⁸⁶ <http://agora.qc.ca/dossiers/reminiscence>.

¹⁸⁷ Sept tomes sont publiés : *Du côté de chez Swann* (Paris, Grasset, 1913) ; *A l'ombre des jeunes filles en fleurs*, Paris, Gallimard, 1919) ; *Le côté de Guermantes* (deux volumes, Paris, Gallimard, 1920-1921) ; *Sodome et Gomorrhe* (deux volumes, Paris, Gallimard, 1920-1921) ; *La prisonnière* (Paris, Editions de la nouvelle revue française, 1923) ; *Albertine disparue* (Paris, Gallimard, 1925) ; *Le temps retrouvé* (Paris, Gallimard, 1927).

Dans un autre ouvrage de Platon, le *Théétète*, le philosophe grec applique à la mémoire le thème de l'impression. Le souvenir fait l'objet d'une impression, l'empreinte devenant « le signalement de la chose et le moyen de nous la rappeler. Ce qui s'efface, ou n'a point réussi à s'empreindre, nous l'oublions »¹⁸⁸. Cette approche est confirmée notamment par Descartes (1596-1650), Malebranche (1638-1715)¹⁸⁹ ou encore Théodule Ribot (1839-1916).

27. - Cicéron et l'ars oblivionis. Dans son traité sur la rhétorique intitulé *De Oratore*, Cicéron (106 av. j.-C. – 47 av. J.-C.) relate une rencontre entre Simonide et Thémistocle. Le premier souhaite se voir enseigner l'art de la mémoire par le second. Thémistocle lui répond cependant « qu'il se soucie fort peu d'acquérir l'art de la mémoire : il préférerait, dit-il, apprendre à oublier ce qu'il voudrait oublier, posséder l'art de l'oubli (*ars oblivionis*) plutôt que l'art de la mémoire (*ars memoriae*) »¹⁹⁰, Thémistocle disposant d'une mémoire extrêmement étendue. Cette opposition entre *ars oblivionis* et *ars memoria* est notamment reprise par Harald Weinrich (1927-), dans son essai *Léthé : Art et critique de l'oubli* (1997)¹⁹¹.

28. - Bergson : une opposition au postulat platonicien. Henri Bergson (1859-1941) va à l'encontre de la pensée de Platon. Il réfute l'idée selon laquelle nos souvenirs seraient en réalité des empreintes, des traces matérielles inscrites dans nos cerveaux.

Pour Bergson, « le souvenir ne peut pas être conservé par le cerveau car l'expérience montre que la destruction d'un territoire cérébral supprime non les souvenirs correspondants, mais seulement la possibilité de leur évocation »¹⁹². Pour lui, la conscience s'assimile avant tout à l'oubli¹⁹³ : l'être humain est conscient parce qu'il oublie. Dans ses travaux, Henri Bergson distingue deux types de mémoire : celle qui répète, que l'on pourrait qualifier de mémoire-habitude, et celle qui imagine, qui se rallie au souvenir¹⁹⁴. Cette distinction met en lumière

¹⁸⁸ L'extrait repris fait parler Socrate qui assimile l'empreinte de nos souvenirs à des traces dans la cire, celle-ci recevant l'impression de sensations et de pensées.

¹⁸⁹ Pour Descartes, voy. le *Traité des passions*, dans lequel il parle des traces et vestiges. Pour Malebranche, voy. la *Recherche de la vérité*, dans lequel il reprend la métaphore de l'impression. Pour des développements complémentaires, voy. aussi J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 103.

¹⁹⁰ J. Le RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », op. cit., p. 207.

¹⁹¹ Voy. encore, à ce sujet, les travaux de Giordano Bruno, évoqués par Renée Bourassa (op. cit., p. 154) ; U. ECO, M. MIGUEL (traduc.), « An Ars Oblivionalis ? Forget it ! », *PMLA*, 1988/3, pp. 254 à 261.

¹⁹² *La mémoire*, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philo/philo2/LA%20MEMOIRE.doc.

¹⁹³ H. BERGSON, *L'énergie spirituelle*, Paris, Félix Alcan, 1919, pp. 5-6, cité par P. VAUDAY, « Sujet à mémoire », op. cit., p. 101.

¹⁹⁴ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 111.

l'absence de correspondance entre d'une part, la mémoire, et d'autre part l'habitude, distinction que Théodule Ribot n'a pas perçue. La mémoire-habitude est en réalité une mémoire mécanique : l'habitude est créée par la répétition, par la création d'une sorte de mécanisme qui fait qu'il est possible de se souvenir d'un texte que l'on a répété à de nombreuses reprises. L'autre mémoire, celle que Bergson considère comme étant la vraie, la pure, regroupe les souvenirs qui sont fixés du premier coup dans la mémoire¹⁹⁵. La répétition n'est, dans ce cas, pas nécessaire pour créer le souvenir.

29. - Nietzsche : quand l'oubli fait le bonheur. L'oubli comme condition du bonheur est déjà abordé dans l'œuvre de Platon. Boire l'eau du Léthé induit l'oubli et permet une renaissance : en ce sens, l'oubli constitue une condition du bonheur. Cependant, mis à part dans cette dimension particulière de l'oubli, Friedrich Nietzsche (1844-1900) s'oppose, lui aussi, à la théorie platonicienne. Du moins, il aborde le thème de l'oubli différemment : celui-ci constitue l'une des conditions du bonheur. En ce sens, Nietzsche rejoint ce qu'Homère évoquait à travers l'étape d'Ulysse sur l'île des Lotophages. Pour Nietzsche, oublier équivaut à se libérer. L'oubli devient alors une fonction vitale¹⁹⁶.

Dans ses *Considérations inactuelles*, il écrit que « [d]ans le plus petit comme dans le plus grand bonheur, il y a quelque chose qui fait que le bonheur est un bonheur : la possibilité d'oublier, ou pour le dire en termes plus savants, la faculté de sentir les choses, aussi longtemps que dure le bonheur, en dehors de toute perspective historique. L'homme qui est incapable de s'asseoir au seuil de l'instant en oubliant tous les événements du passé, celui qui ne peut pas, sans vertige et sans peur, se dresser un instant tout debout, comme une victoire, ne saura jamais ce qu'est un bonheur et, ce qui est pire, il ne fera jamais rien pour donner du bonheur aux autres. Imaginez l'exemple extrême : un homme qui serait incapable de ne rien oublier et qui serait condamné à ne voir partout qu'un devenir ; celui-là ne croirait pas à sa propre existence, il ne croirait plus en soi, il verrait tout se dissoudre en une infinité de points mouvants et finirait par se perdre dans ce torrent du devenir. [...] Toute action exige l'oubli, comme la vie des êtres organiques exige non seulement la lumière mais aussi l'obscurité. Un homme qui ne voudrait sentir les choses qu'historiquement serait pareil à celui qu'on forcerait à s'abstenir de sommeil [...]. Donc, il est possible de vivre presque sans souvenir et de vivre heureux, comme le démontre l'animal, mais il est encore impossible de vivre sans oublier. Ou plus simplement

¹⁹⁵ *La mémoire*, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philo/philo2/LA%20MEMOIRE.doc.

¹⁹⁶ R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », *op. cit.*, p. 157.

encore, il y a un degré d'insomnie, de rumination, de sens historique qui nuit au vivant et qui finit par le détruire, qu'il s'agisse d'un homme, d'un peuple ou d'une civilisation ».

Dans un autre écrit, *Généalogie de la morale*, Nietzsche tente de valoriser « l'oubli à l'encontre de la faculté de mémoire dans la pratique de l'histoire »¹⁹⁷. Il considère que « [l']oubli n'est pas seulement une *vis inertiae*, comme le croient les esprits superficiels ; c'est bien plutôt un pouvoir actif, une faculté d'enrayement dans le vrai sens du mot, faculté à quoi il faut attribuer le fait que tout ce qui nous arrive dans la vie, tout ce que nous absorbons se présente aussi peu à notre conscience pendant l'état de "digestion" (on pourrait l'appeler une absorption psychique) que le processus multiple qui se passe dans notre corps pendant que nous assimilons notre nourriture. Fermer de temps en temps les portes et les fenêtres de la conscience ; demeurer insensible au bruit et à la lutte que le monde souterrain des organes à notre service livre pour s'entraider ou s'entredétruire ; faire silence, un peu, faire table rase dans notre conscience pour qu'il y ait de nouveau de la place pour les choses nouvelles, et en particuliers pour les fonctions et les fonctionnaires plus nobles, pour gouverner, pour prévoir, pour pressentir (car notre organisme est une véritable oligarchie) – voilà, je le répète, le rôle de la faculté de l'oubli, une sorte de gardienne, de surveillante chargée de maintenir l'ordre psychique, la tranquillité, l'étiquette. On en conclura immédiatement que nul bonheur, nulle sérénité, nulle espérance, nulle fierté, nulle jouissance de l'instant présent ne pourrait exister sans la faculté de l'oubli »¹⁹⁸.

Nietzsche est l'un des penseurs qui a poussé le plus loin sa réflexion sur l'oubli. Il semble considérer que « c'est la vie même qui est oubli, tandis que la mémoire, lorsqu'elle se dégrade en dépôt d'archives historiques, n'est que décadence et déperdition de vitalité »¹⁹⁹. Il nuance cependant cette vision de l'oubli dès lors qu'il distingue concrètement deux catégories d'oubli : d'une part, le mauvais oubli, « l'oubli traître, lésion de mémoire », d'autre part, « l'oubli positif, force de vie, privilège des "natures pleines et fortes, en qui se trouve en surabondance la force plastique et régénératrice qui permet de guérir et même d'oublier" »²⁰⁰. Pour lui, « l'homme ne peut oublier : il reste lié à son passé », ceci le distinguant notamment des animaux, tout en constatant que « l'homme a aussi besoin de l'oubli pour pouvoir agir. Car

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 156 et 157.

¹⁹⁸ F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, III, § 1^{er}.

¹⁹⁹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 213.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 210. L'auteur fait référence à F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, II, p. 789.

s'il se réduisait à de l'histoire, il deviendrait un colosse immobile du savoir historique, privé de la base vitale de son existence. Pareille extension du sens historique finirait par nuire à toute vie : celle de l'individu, mais aussi celle d'un peuple ou d'une civilisation. La connaissance du passé pour autant que le mépris du passé sont indispensables à la vitalité des peuples »²⁰¹. Nietzsche conçoit l'oubli non pas comme une faiblesse « qu'il faut pallier, mais bien [comme] la force positive permettant à l'être humain d'anticiper son devenir en se libérant du fardeau de l'histoire »²⁰².

Nietzsche, à travers ses réflexions sur l'oubli et la mémoire, s'interroge sur la place de l'histoire et sa nécessité pour les hommes. Énonçant plusieurs dangers de l'histoire dans son ouvrage *De l'utilité et de l'inconvénient de l'histoire pour la vie*, il met notamment en exergue le fait que « la prolifération sans frein du sens historique affaiblit la capacité d'édifier l'avenir »²⁰³. Autrement dit, un retour constant vers le passé ne permet pas un développement adéquat du futur. Nietzsche soutient dès lors qu'il faut pouvoir se détacher de son passé pour construire son futur, tout en ajoutant que le passé doit pouvoir orienter l'action présente et future. A nouveau, il semble seulement condamner l'excès de retour vers le passé. Lorsqu'il évoque l'histoire, il met en garde contre la « maladie historique ». Il estime qu'« après avoir entièrement contaminé le passé, cette maladie va toucher le présent, se propager sous la forme d'une "histoire du temps présent", d'une "histoire immédiate" qui aura tout compris, tout expliqué, tout historicisé avant même que l'événement soit condamné »²⁰⁴. Ce constat n'a finalement pas perdu de son actualité : un parallèle permet de souligner que l'avènement de l'information immédiate aboutit à ce que les faits entrent trop rapidement dans l'histoire, sans même avoir fait l'objet d'une réelle analyse. Ce qui est ici mis en exergue, c'est la difficulté à trouver le bon équilibre entre passé, présent et futur.

§ 2. Oubli et mémoire en psychologie

30. - Les travaux d'Hermann Ebbinghaus. En psychologie, il faut attendre la fin du XIX^{ème} siècle, au moment où certains psychologues prennent conscience de l'existence d'une vie mentale inconsciente, pour voir émerger une première théorisation expérimentale de la

²⁰¹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 214.

²⁰² R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », *op. cit.*, p. 157.

²⁰³ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la "Deuxième Considération inactuelle" », *op. cit.*, p. 215.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 217.

mémoire. Celle-ci est proposée par Hermann Ebbinghaus (1850-1909)²⁰⁵, philosophe allemand, considéré comme le père de la psychologie expérimentale de l'apprentissage. Concrètement, il décide « d'appliquer les méthodes expérimentales, qui venaient juste d'être développées pour l'étude de la perception, à l'étude beaucoup plus ambitieuse des "processus mentaux supérieurs" et, plus particulièrement, à l'étude de la mémoire humaine »²⁰⁶. Cependant, afin de simplifier l'ampleur de son travail, Hermann Ebbinghaus se détache des situations inhérentes à la vie quotidienne pour préférer une étude de la mémoire en laboratoire²⁰⁷. En cela, les travaux d'Ebbinghaus ont été critiqués par plusieurs psychologues, certains relativisant toutefois leur jugement en reconnaissant la complexité extrême de la mémoire humaine et la difficulté à l'appréhender, comme un sujet d'étude, « dans les conditions peu contrôlables de la vie quotidienne »²⁰⁸. Alors qu'aux Etats-Unis, l'approche expérimentale d'Ebbinghaus sur la mémoire a dominé jusque dans les années 60, tel n'est pas le cas ailleurs où plusieurs psychologues se sont écartés de cet angle d'analyse pour proposer une étude dite « écologique » de la mémoire humaine²⁰⁹.

Comme le résume Serge Nicolas, « Ebbinghaus insiste beaucoup sur le fait que nos états mentaux antérieurs ne disparaissent pas quand ils s'évanouissent de notre conscience, mais que leurs effets persistent sans que nous le sachions. Trois ensembles de faits prouvent, selon lui, la persistance de nos états de conscience apparemment perdus : premièrement, nous pouvons les retrouver volontairement par un effort de rappel ; deuxièmement, ils peuvent apparaître à nouveau involontairement parfois au bout de plusieurs années ; et enfin, surtout, leur existence peut se révéler par l'influence qu'ils exercent encore sur notre comportement actuel sans que nous en ayons réellement conscience »²¹⁰. Les conclusions d'Ebbinghaus s'inscrivent en partie dans l'approche freudienne, évoquée ci-après.

²⁰⁵ Hermann Ebbinghaus fut fortement influencé par les travaux de Johann-Friedrich Herbart (1776-1841), philosophe allemand.

²⁰⁶ A. BADDELEY (trad. de S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 9. Voy. dans le même sens, S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », op. cit., p. 528.

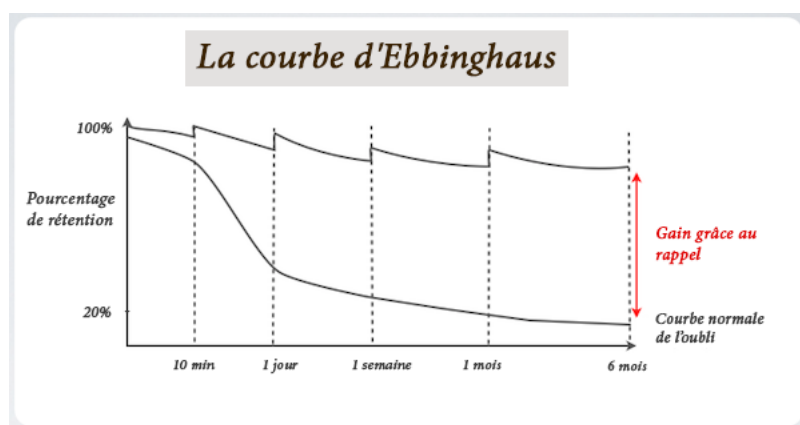
²⁰⁷ Ces travaux débouchent sur la publication d'un ouvrage intitulé : *Über das Gedächtnis : Untersuchungen zur experimentellen Psychologie* publié en 1885.

²⁰⁸ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 9. L'auteur cite aussi U. NEISSER, « Memory: What are the important questions ? », in M. M. GRUNEBERG, P. E. MORRIS, R. N. SYKES (éd.), *Practical aspects of memory*, Londres, Academic Press, p. 2.

²⁰⁹ Voy. notamment les travaux de Sir Frances Galton, Bartlett au Royaume-Uni, les psychologues de la Gestalttheorie en Allemagne.

²¹⁰ S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », op. cit., p. 529.

La théorisation proposée par Hermann Ebbinghaus s'articule autour de ce qu'il dénomme la « courbe de l'oubli », aussi appelée « courbe de rétention » ou « courbe d'Ebbinghaus » (voy. l'illustration ci-dessous). Basée sur des expériences liées à la mémoire-habitude (développée notamment par Henri Bergson²¹¹) et au processus de réapprentissage, elle porte sur l'analyse du « processus d'acquisition et de rétention en fonction de la longueur du matériel à mémoriser, du nom des répétitions, de la position des éléments dans la série, etc. »²¹². Dans son étude, Hermann Ebbinghaus prend aussi en compte le facteur temps²¹³. La courbe d'Ebbinghaus présente « une allure concave, au début, puis légèrement décroissante : la rétention est inversement proportionnelle au logarithme du temps passé. En d'autres termes, on oublie très rapidement ce que l'on apprend, du moins au début, puis l'effacement se fait de plus en plus lentement, au point que, même plusieurs années après, on conserve un certain gain »²¹⁴.



215

Cette mathématisation de ce phénomène humain naturel n'est pas l'apanage d'Ebbinghaus. D'autres psychologues ont, en effet, effectué un travail identique en prenant en compte cette connivence entre l'oubli et l'écoulement du temps²¹⁶. Henri Piéron (1881-1964)²¹⁷, par exemple, mathématise davantage encore cette relation en considérant que « l'oubli

²¹¹ Voy. les quelques développements proposés *supra*.

²¹² N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « Ebbinghaus », p. 402. Pour une analyse de cette méthode, voy. aussi S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », op. cit., pp. 530 et s.

²¹³ Ce facteur temps constitue, on le verra, un élément important dans la mise en œuvre du droit à l'oubli applicable aux informations journalistiques (voy. *infra*).

²¹⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « Ebbinghaus », p. 402.

²¹⁵ Ce schéma est tiré du site internet suivant, <https://www.penserchanger.com/marre-doublier-voici-la-courbe-debbinghaus> (mis en ligne le 20 décembre 2015, consulté le 10 septembre 2018).

²¹⁶ Outre les psychologues mentionnés dans le texte, voy. aussi les travaux de Gustav Fechner (1801-1887), philosophe allemand qui avait déjà formalisé mathématiquement son étude.

²¹⁷ Henri Piéron (1881-1964) est un psychologue français, l'un des fondateurs de la psychologie scientifique.

serait sensiblement proportionnel à la racine carrée de ce temps »²¹⁸. Le temps impacte inévitablement nos souvenirs : il s'agit là d'un effacement normal. Ainsi, comme l'indique Jean-Claude Filloux (1921-2017), « [p]lus [...] nous sommes loin de l'expérience originelle, plus l'évocation sera confuse, fragmentaire, plus l'esprit devra intervenir pour recréer le passé. Or, cette reconstitution même est la principale source d'erreurs [...] »²¹⁹. Evoquer, c'est en réalité reconstruire son passé, et indirectement dès lors, remettre en cause la valeur même de notre mémoire.

L'approche expérimentale a ensuite laissé la place à une approche cognitive, développée par la psychologie cognitive²²⁰. Celle-ci appréhende différemment la mémoire : le problème de l'apprentissage (et du réapprentissage mis en avant par Ebbinghaus) est laissé de côté pour lui préférer « les méthodes de rappel et de reconnaissance comme mesures de la mémoire »²²¹.

Petit à petit, l'étude de la mémoire sort du laboratoire pour se faire dans le monde réel : les recherches dites « écologiques »²²² prennent l'ascendant et les travaux d'Ebbinghaus sont alors laissés de côté. Cependant, tout en passant de la méthode expérimentale à la méthode cognitive, Alan Baddeley, psychologue britannique (1934-), considère les deux approches comme complémentaires. Dans un ouvrage publié en 1990, il écrit : « [j]e crois que nous avons fait, et que nous sommes en train de faire, de très importants progrès dans la compréhension de la mémoire humaine et que de nombreuses recherches réalisées en laboratoire ont des applications directes dans le monde réel »²²³. Serge Nicolas (1962-) souligne, lui-aussi, que délaissés pendant une période, les travaux d'Ebbinghaus ont retrouvé une certaine actualité à la fin du XX^e siècle²²⁴.

²¹⁸ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « oubli », p. 848.

²¹⁹ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 62. Outre Hermann Ebbinghaus et Henri Piéron, Michel Foucault a lui aussi proposé sa version « algébrique » de l'oubli.

²²⁰ Cette approche a été développée notamment par Ulrich Neisser. Voy. U. NEISSER, *Cognitive Psychology*, New-York, Appleton-Century-Crofts, 1967.

²²¹ S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », op. cit., p. 537.

²²² Voy. le concept de « validité écologique » qui tend à démontrer la nécessité « d'une étude de la perception dans les conditions du monde réel plutôt que dans le cadre du laboratoire » (A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 11). Voy. aussi, à ce propos, les travaux d'Egon Brunswik, psychologue hongrois (E. BRUNSWIK, « Scope and aspect of the cognitive problem », in R. JESSOR, K. HAMMOND (éd.), *Cognition : The Colorado symposium*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, pp. 1 à 27) ainsi que l'étude de James J. Gibson, psychologue américain (J. J. GIBSON, *The ecological approach to visual perception*, Boston, Houghton Mifflin, 1979, traduit en français sous le nom *Approche écologique de la perception visuelle*, Bellevaux, Editions Dehors, 2014).

²²³ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 11. Voy. aussi les développements faits en page 12.

²²⁴ S. NICOLAS, « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », op. cit., p. 538.

Les travaux d'Hermann Ebbinghaus et d'Henri Piéron ont été nuancés notamment par Henri Bergson (1859-1941) et Sigmund Freud (1856-1939). Ceux-ci mettent davantage en exergue le fait que malgré l'écoulement du temps, le souvenir persiste, ne s'efface pas. Ainsi, « même s'il disparaît sous l'influence de forces inhibitrices, il n'est pas perdu pour autant, car il peut resurgir dans certaines situations ou à l'occasion de circonstances plus favorables »²²⁵. Cette idée n'est cependant pas partagée par tous. S'appuyant sur les travaux de Maurice Pradines (1874-1958), Jean-Clause Filloux, dans son ouvrage sur la mémoire, s'interroge sur la crédibilité de cette théorie, et la remet rapidement en question en ces termes : [p]eut-on pourtant induire de quelques cas de remémoration hypermnésique la thèse de la conservation générale des souvenirs ? Comme le note Pradines, *le caractère extravagant de l'extrapolation est ici évident*. Si la preuve de l'oubli définitif ne peut jamais être faite, la preuve d'une conservation totale (qui entraînerait la preuve d'une fixation totale) est encore plus hypothétique »²²⁶.

Plus globalement, il est intéressant de souligner cette évolution – présentée brièvement – dès lors que ce nouvel angle d'analyse de la mémoire est associé « aux théories basées sur l'informatique [...]. L'informatique a, en effet, orienté les théories psychologiques en leur proposant de nouveaux concepts et un nouveau langage, celui du traitement de l'information. Des concepts dérivés de l'information ont été rapidement intégrés au domaine de recherche sur la mémoire : mémoire tampon (buffer store), rétroaction (feedback), encodage (encoding), récupération en mémoire (retrieval) »²²⁷.

§ 3. L'oubli et la mémoire en psychanalyse

31. - L'approche freudienne. Sigmund Freud (1856-1939), le père de la psychanalyse, est un contemporain d'Hermann Ebbinghaus. Sa vision de l'oubli et de la mémoire diffère légèrement, dès lors qu'elle est empreinte de sa pensée psychanalytique. Il justifie son approche en indiquant qu'« [a]ucune théorie psychologique n'a été capable de rendre compte du

²²⁵ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « oubli », p. 849. Dans le même sens, voy. J.-C. FILLoux, *La mémoire*, op. cit., p. 66. Ce dernier auteur évoque aussi la théorie d'Edward Abramowski (philosophe polonais), allant dans le même sens que Freud et Bergson (voy. notamment E. ABRAMOWSKI, « La résistance de l'oublié et les sentiments génériques », *Journal de Psychologie Normale et Pathologique*, 1910/4, pp. 301 à 331).

²²⁶ J.-C. FILLoux, *La mémoire*, op. cit., p. 67.

²²⁷ A. BADDELEY (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, op. cit., p. 11.

phénomène du souvenir et de l'oubli dans leur cohérence »²²⁸. Dans son ouvrage *Psychopathologie de la vie quotidienne*, de nombreux chapitres évoquent l'oubli ainsi que le souvenir²²⁹. L'un ne va pas sans l'autre : Freud estime, à l'instar de ses nombreux confrères, que « le “souvenir” et l’“oublier” doivent être pensés dans leur cohérence [...], comme deux faces d'une même “phénomène” »²³⁰.

Pour Sigmund Freud, « l'oubli correspondrait au rejet hors du champ de la conscience de souvenirs désagréables ou non conformes aux exigences morales. Il existe en effet, en chacun de nous, une volonté d'oublier ce qui nous gêne »²³¹. Cependant, il souligne que cet oubli n'est jamais réussi : dès lors que des éléments oubliés peuvent revenir à notre mémoire, souvent à l'improviste, l'oubli ne se réalise pas parfaitement. C'est en cela qu'il apparente l'oubli à un refoulement, celui-ci n'impliquant pas une disparition totale²³². Freud estime en outre que l'oubli ne peut être comparé à une « interruption sèche d'une mémoire acquise », il n'est ainsi ni automatique ni spontané. Il ne peut alors être perçu comme l'exact « contraire du souvenir », mais bien comme « le destin d'un récit impossible du souvenir »²³³. L'oubli intervient après le doute. En ce sens, il permet d'apporter une certaine sécurité aux individus : dès lors qu'ils considèrent avoir oublié, leurs doutes s'estompent définitivement.

Quant à la mémoire, Freud s'est attardé sur l'analyse des souvenirs, constatant que ceux-ci n'étaient jamais fidèles à la réalité vécue. Il inscrit ce constat proposé par de nombreux autres psychologues dans une perspective qui lui est propre. Ainsi, raviver des souvenirs, c'est en fait interpréter et schématiser la réalité : « nous oublions ce qui nous gêne ou nous est pénible, et parons d'un éclat particulier certains souvenirs qui ne sont pas toujours les plus importants »²³⁴. Sigmund Freud remarque que des événements insignifiants sont parfaitement conservés par

²²⁸ La citation est proposée par P.-L. ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », *op. cit.*, p. 98, l'auteur se référant à S. FREUD, *Gesammelte Werke*, t° IV, p. 148.

²²⁹ Il y développe des théories sur l'oubli des noms propres, l'oubli de mots appartenant à des langues étrangères, l'oubli de noms et de suites de mots, ainsi que l'oubli d'impressions et de projets.

²³⁰ P.-L. ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », *op. cit.*, p. 98.

²³¹ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « oubli », p. 849.

²³² Il y a néanmoins lieu de nuancer, comme le fait Paul-Laurent Assoun en ces termes : « Freud ne se hâte pas d'expliquer l'oubli par le refoulement : il l'affronte dans l'élément de son mystère et montre comment la logique du refoulement peut s'y révéler (donc en rendre compte en dernière analyse) » (P.-L. ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », *op. cit.*, p. 99).

²³³ *Ibidem*, p. 102.

²³⁴ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, *op. cit.*, v° « souvenir », p. 1132. Dans le même sens, voy. D. SCHACTER (trad. C. CLER), *Science de la mémoire. Oublier et se souvenir*, *op. cit.*, p. 10 ; J.-C. FILLoux, *La mémoire*, *op. cit.*, p. 63. Jean Maisonneuve parle même de « décoratisme », à savoir cette nécessité d'embellir une partie de la réalité (*Les Sentiments*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1993).

notre mémoire alors que d'autres événements importants vécus durant l'enfance sont purement et simplement oubliés. Il parle de « souvenir-écran », en expliquant que les souvenirs qui sont mémorisés et retenus fonctionnent « comme des écrans derrière lesquels se cachent d'autres événements qui, dans l'enfance, ont eu un caractère angoissant ; pour cette raison, ils ont été refoulés dans l'inconscient »²³⁵. Rebondissant sur les enseignements de Freud, Jean-Claude Filloux précise qu'« [u]n souvenir est toujours pourvu d'un sens qui l'englobe, le dépasse ; parfois une attitude favorable ou défavorable de notre moi présent vis-à-vis de notre moi passé s'y révèle. C'est pourquoi, l'infidélité objective de la mémoire correspond à une finalité, et démasque notre affectivité, nos complexes, notre manière propre d'« être au monde » »²³⁶. Sigmund Freud évoque aussi le « faux souvenir » ou la « fausse réminiscence » qui s'entend « d'un souvenir erroné produit positivement par le sujet pour faire pièce au refoulement »²³⁷.

Avec Freud, l'oubli s'apparente au refoulement : l'oubli matérialise le refus d'assumer une partie de soi-même. Mais l'oubli n'est jamais définitif : il ne constitue « donc pas un simple raté de la mécanique mémorisante ou un demi-souvenir : il s'inscrit dans ce continuum psychéique : si en effet “tout demeure conservé d'une façon ou d'une autre”, cela signifie que tout est susceptible “de réapparaître dans certaines conditions appropriées, par exemple au cours d'une régression suffisante” »²³⁸. Ainsi, analysant les textes de Sigmund Freud, Jacques Le Rider constate que « [s]e rappeler, c'est parfois une manière détournée d'oublier. La théorie freudienne suggère que l'inconscient est informé par des traces inoubliables et que l'oubli n'est qu'une des positions adoptées par le moi conscient face à ce stock d'inoubliable dont il ne sera jamais débarrassé »²³⁹. Dans cette perspective, « l'oubli présent dans le refoulement se transforme en un autre oubli qui est celui de la guérison : la mémoire est donc là, étrangement, l'auxiliaire de l'art de l'oubli. Dans cette perspective, Jacques Lacan (1901-1981) a

²³⁵ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « souvenir », p. 1132. Voy. le chapitre 4 de S. FREUD, *Psychopathologie de la vie quotidienne. Application de la psychanalyse à l'interprétation des actes de la vie quotidienne*, Paris, Editions Payot, 1975.

²³⁶ J.-C. FILLoux, *La mémoire*, op. cit., p. 64.

²³⁷ P.-L. ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », op. cit., p. 104.

²³⁸ *Ibidem*, p. 106. Voy., à ce propos, la métaphore utilisée par Freud lorsqu'il voit la « Ville éternelle » comme une « capitale de la Mémoire ».

²³⁹ J. LE RIDER, « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », op. cit., p. 221. L'auteur poursuit en évoquant le rôle de la psychanalyse : « [o]n se rend compte à quel point il serait superficiel d'affirmer que la psychanalyse consisterait à rendre au sujet la mémoire des souvenirs qu'il aurait refoulés. On pourrait tout aussi sommairement affirmer qu'elle consiste à liquider, à faire tomber dans l'oubli véritable des souvenirs trop “inoubliables” dont souffre le sujet ».

magnifiquement défini l'inconscient comme étant pour l'homme la "mémoire de ce qu'il oublie" »²⁴⁰.

Chapitre 3. Des nécessités de l'oubli et de la mémoire

Section 1^{er}. La nécessité de l'oubli

32. - Le paradoxe de l'oubli. L'oubli est paradoxal. Le plus souvent, il est conçu négativement, comme une défaillance de la mémoire humaine. En effet, « [l]'oubli demeure presque toujours en position subalterne. De lui, au fond, il n'y a pas grand-chose à dire, ou seulement sur le mode négatif : il est perte, soustraction, effacement, confusion, déni, détérioration, trouble, négligence, carence, lapsus, omission, distraction »²⁴¹.

Pourtant, le détour proposé par les quelques analyses scientifiques de l'oubli oblige à le concevoir autrement. Comme de nombreux auteurs l'ont soutenu, l'oubli est conçu comme une faculté de l'être humain, au même titre que la mémoire. Ceci implique qu'on ne puisse les concevoir comme deux éléments opposés, mais davantage comme deux facultés complémentaires. Ainsi, « [l]'oubli a un caractère téléologique, il n'est pas l'envers de la mémoire mais un aspect indirect de la mémoire elle-même, il a une fonction *positive* ; et cette forme de la sagesse humaine qu'on appelle expérience ne consiste pas moins à chasser de son esprit les détails oiseux, insignifiants et vains, qu'à y garder ceux qui comportent un enseignement ou une leçon »²⁴².

L'oubli peut donc être considéré comme un bienfait. En ce sens, et comme l'indique Montaigne (1533-1592) lui-même dans ses *Essais*, « [m]ieux vaut une tête bien faite qu'une tête bien pleine ». Nos cerveaux ne peuvent en effet tout retenir. Inévitablement, des éléments de notre passé, des faits divers, des circonstances particulières, des notions apprises, des sensations, etc. tombent dans les lymbes de l'oubli. Le bon fonctionnement de notre esprit implique obligatoirement un tri des informations reçues et un oubli – total ou partiel – de

²⁴⁰ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

²⁴¹ C. ROMANO, « Un étrange oubli », op. cit., p. 161.

²⁴² J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 67.

certaines d'entre elles²⁴³. Ludovic Dugas (1857-1942) parle, à ce titre, d'un « art d'oublier » – comme le proposait déjà Cicéron – : « on n'oublie pas tel fait par cela seul qu'on veut l'oublier, mais on tend à l'oublier, et on l'oublie en effet par le soin qu'on prend de mettre à sa place telle autre pensée »²⁴⁴.

Quant à l'hypermnésie, cet excès de mémoire ou cette absence d'oubli, elle ne doit donc pas être perçue comme positive. Accumuler sans oublier aboutit à la saturation. Ainsi, « [l']extrême mémoire [...] correspond en général à une véritable obsession du passé »²⁴⁵.

Pourtant, les capacités informatiques mettent en danger l'équilibre décrit ci-avant. Dès lors que la mémoire est désormais extériorisée sur des supports qui ne connaissent plus aucune limite, les potentialités existent pour créer une hypermnésie numérique. Bien que le cerveau humain conserve ses limites, il lui est aujourd'hui loisible de se souvenir plus facilement en cherchant dans cette mémoire extériorisée. Encore faut-il trouver ce que l'on cherche.

33. - Oublier pour apprendre. L'oubli est en outre nécessaire à l'apprentissage. L'on pourrait croire qu'apprendre est une bonne chose, oublier en est une mauvaise. Pourtant, dans une contribution intitulée *Forgetting as a friend of learning*, Robert Bjork (1939-) déconstruit cette idée reçue. Il souligne que « [t]he relationship between learning and forgetting is not, however, so simple, and in certain important respects is quite the opposite: Conditions that produce forgetting often enable additional learning, and learning or recalling some things can contribute to forgetting other things »²⁴⁶. Reprenant les enseignements du philosophe chinois Tchouang Tseu (370 av. J.-C. – 287 av. J.-C.), Jean Lombard précise « qu'apprendre, c'est apprendre à oublier. L'homme vrai, l'homme accompli, est “celui dont l'esprit oublie”. On connaît l'homme à la cascade et le principe “nager c'est oublier l'eau”. Sur ce modèle, “l'oubli résulte de la maîtrise” et la maîtrise de l'oubli. Le savoir-faire (ou le savoir) est acquis lorsque la conscience peut, dans l'action “s'oublier elle-même”. Posséder un art c'est être capable de

²⁴³ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., p. 16.

²⁴⁴ L. DUGAS, *La mémoire et l'oubli*, op. cit., p. 283.

²⁴⁵ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

²⁴⁶ R. A. BJORK, « Forgetting as a friend of learning », in D. S. LINDSAY, C. M. KELLEY, A. P. YONELINAS, H. L. ROEDIGER (Eds.), *Remembering: Attributions, processes, and control in human memory: Papers in honour of Larry L. Jacoby*, 2015, p. 15. L'auteur fait notamment référence aux travaux de Larry Jacoby (L. L. JACOBY, « On interpreting the effects of repetition, Solving a problem versus remembering a solution », *Journal of Verbal Learning and Verbal Behaviour*, 1978/17, pp. 649 à 667).

l'oublier »²⁴⁷. Les théories platoniciennes s'inscrivent d'ailleurs elles aussi dans cette dimension de l'oubli nécessaire à l'apprentissage.

S'appuyant sur les travaux d'Emmanuel Kant (1724-1804), Jean Lombard ajoute que « solliciter la mémoire pour provoquer l'oubli n'est pas forcément une démarche contradictoire ou absurde »²⁴⁸. Robert Bjork conclut sa contribution en ces termes : « I argued that the human memory system is characterized by a unique symbiosis of learning, remembering, and forgetting. *Forgetting*, rather than undoing learning, enables learning and focuses remembering; *Remembering* creates learning and produces forgetting; and *Learning* begets remembering, contributes to forgetting, and enables new learning »²⁴⁹.

Section 2. La nécessité de la mémoire

34. - L'indispensable mémoire. « Sans la mémoire, la vie est impossible. L'accoutumance, l'habitude, l'apprentissage, l'éducation reposent sur elles »²⁵⁰. En effet, bien que certains souvenirs puissent hanter et déranger, « la mémoire est indispensable à l'accomplissement d'un nombre étonnant de tâches quotidiennes [...]. Notre mémoire joue un rôle si omniprésent dans notre vie de tous les jours que nous la tenons le plus souvent pour acquise jusqu'à ce que l'incident d'un oubli ou d'une distorsion quelconque vienne attirer notre attention »²⁵¹.

La mémoire qui est alimentée au fil des apprentissages divers forge une identité personnelle. Elle fait intimement partie de chaque individu²⁵². Ceci s'explique par le fait que nous retenons beaucoup plus rapidement et facilement « ce qui nous intéresse ou ce qui nous concerne directement ; ce qui est agréable [...] ; ce qui est en accord avec nos convictions ; ce dont nous devons nous souvenir parce que c'est important ; ce que nous comprenons. Au contraire, nous oublions facilement ce qui est neutre, mal structuré, peu significatif »²⁵³. Certes,

²⁴⁷ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ R. A. BJORK, « Forgetting as a friend of learning », op. cit., p. 25.

²⁵⁰ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « mémoire », p. 729.

²⁵¹ D. SCHACTER (trad. C. CLER), *Science de la mémoire. Oublier et se souvenir*, op. cit., p. 8.

²⁵² En ce sens, voy. notamment R. BOURASSA, « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », op. cit., p. 151. L'auteur évoque à ce sujet Michel Foucault (p. 152).

²⁵³ N. SILLAMY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, op. cit., v° « mémoire », p. 730. Ceci a d'ailleurs été confirmé dans les travaux d'Hermann Ebbinghaus, celui-ci ayant remarqué qu'il était beaucoup plus facile, pour lui, d'apprendre un poème de Byron que d'apprendre une liste de mots, dont la longueur était équivalente à la taille du poème.

notre mémoire est défaillante : « [n]ous ne pouvons prétendre être des sortes d'archivistes responsables d'une vérité scientifique absolue en cette matière »²⁵⁴. Il est possible cependant de s'y fier : « [l]a plupart du temps, nos souvenirs sont suffisamment fidèles pour nous rendre les services que nous leur demandons. La mémoire n'est pas infaillible. S'il faut lui reprocher certaines imperfections, sachons qu'elles sont dues à sa nature même – et accusons sa faiblesse plus que sa sincérité »²⁵⁵.

Daniel Schacter (1952-), psychologue américain rassemble les différents dysfonctionnements de notre mémoire « en sept transgressions capitales »²⁵⁶, filant une comparaison avec les sept péchés de la morale chrétienne. Ces sept péchés sont eux-mêmes divisés en deux catégories distinctes : constituent des péchés d'omission, la fugacité, l'absence et le blocage ; constituent des péchés de commission, la méprise, la suggestibilité, le péché de biais et la persistance. Poursuivant sa comparaison, il considère que ces sept péchés sont cependant utiles : « [l]es sept péchés mortels sont à cet égard une analogie des plus précieuses. L'orgueil, la colère, l'envie, l'avarice, la gourmandise, la luxure et la paresse sont assurément susceptibles de nous causer de gros déboires ; pourtant, chacun de ses péchés capitaux peut être vu comme l'exagération de traits non seulement utiles, mais parfois nécessaires à la survie. Si la gourmandise peut rendre malade, on ne saurait rester en bonne santé sans consommer des rations alimentaires suffisantes [...]. Bien qu'elle puisse provoquer de dangereuses poussées de tension artérielle, la colère permet aussi de se défendre vigoureusement en cas de menace, et ainsi de suite »²⁵⁷. L'ensemble de son ouvrage s'inscrit sur ces sept piliers avec pour objectif d'indiquer en quoi ils « ouvrent une fenêtre sur les forces adaptives de la mémoire »²⁵⁸. L'auteur voit les différentes faiblesses de la mémoire comme de réelles forces²⁵⁹.

Conclusion du Titre I

35. - Des sciences humaines vers les sciences juridiques. Les sciences humaines et sociales se sont intéressées depuis bien longtemps au phénomène de l'oubli. De nombreux auteurs ont

²⁵⁴ J.-C. FILLOUX, *La mémoire*, op. cit., p. 65.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ D. SCHACTER (trad. C. CLER), *Science de la mémoire. Oublier et se souvenir*, op. cit., p. 11.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 13 et 14.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁹ Voy. plus particulièrement son chapitre 8 intitulé « Les sept péchés : vices ou vertus ? », pp. 239 à 264.

développé leur théorie relative à un phénomène psychique qui intrigue encore et toujours. Les acteurs de ces analyses sont leur propre sujet d'étude. L'oubli touche en effet tout le monde, quels que soient son rang, sa position sociale, son identité, etc. En définitive, l'oubli est une caractéristique propre de chaque être humain. Ces quelques réflexions générales menées à travers des domaines des sciences humaines démontrent l'intérêt important témoigné à l'oubli. Pourtant, les sciences juridiques l'appréhendent plus difficilement. Passer d'un processus psychique, indépendant de la volonté humaine, à un processus imposé, dépendant de la volonté d'un législateur, amène méfiance et critique. Pourtant, il est essentiel de pouvoir aborder, à l'aune des considérations proposées dans ce premier titre, les dimensions juridiques de l'oubli à travers les différentes branches du droit, ceci afin de démontrer que l'oubli et la mémoire ne sont pas totalement étrangers au monde juridique.

TITRE 2. L'OUBLI EN DROIT

Introduction

36. - L'oubli dans le droit. Bien que le champ juridique ait sans doute été l'un des plus timides dans l'analyse et la conceptualisation des notions d'oubli et de mémoire²⁶⁰, celles-ci ne se faisant, en comparaison avec d'autres domaines, que très tardivement, il en existe quelques traces présentes dans certaines figures de droit. Ce titre 2 a vocation à prolonger ces réflexions générales autour de ces concepts clés dans le domaine particulier du droit.

Cette notion centrale de l'oubli n'est pas totalement étrangère au droit. En effet, plusieurs figures juridiques s'inscrivent de façon plus ou moins claire, directement ou indirectement, dans la philosophie de l'oubli. Dans une perspective davantage historique, il est intéressant de se pencher sur la présence d'un oubli souvent imposé dans divers traités et textes anciens (chapitre 1^{er}). Il faut ensuite brasser la science juridique pour y repérer les différentes figures qui, peu ou prou, installent l'oubli dans le droit. Sans prétendre à l'exhaustivité – se rendant bien compte que de nombreux mécanismes permettent de concevoir une dimension, aussi vague soit-elle, d'oubli –, seules les figures les plus représentatives seront abordées. C'est ainsi que le droit pénal fait l'objet de développements importants tant il présente des instruments favorisant l'oubli des condamnations et/ou des peines (chapitre 2, section 1^{ère}). Le champ du droit public permet aussi de prolonger nos réflexions en droit administratif, et plus précisément en droit disciplinaire (chapitre 2, section 2). Enfin, et bien que cela soit de prime abord moins frappant, quelques concepts issus du droit privé témoignent aussi la présence d'une volonté de concrétiser une forme d'oubli (chapitre 3).

Chapitre 1^{er}. L'oubli dans l'histoire du droit

²⁶⁰ Voy. R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *Revue de droit public*, 1996/2, p. 386. L'auteur justifie ce constat de la sorte : « [s]i une norme juridique peut imposer le silence, elle ne peut en aucun cas imposer l'oubli. Celui-ci peut être considéré, au surplus, comme la négation même de la technique juridique qui suppose une référence constante au passé. [...] L'oubli semble ainsi inconciliable, dans son essence même, avec l'approche juridique ».

37. - Introduction. Préalablement à une étude succincte de ces figures, il est intéressant de mettre en exergue, dans une perspective politico-historique, les nombreux actes adoptés par des autorités afin de faire table rase du passé²⁶¹. L'oubli est alors imposé en vue, généralement, de faire l'impasse sur un épisode historique afin de conforter un pouvoir en place, de garantir la paix et d'apaiser les citoyens et les autorités d'une volonté perpétuelle de vengeance²⁶². Ce dernier objectif de l'oubli est notamment mis en avant dans le récit d'Alexandre Dumas, le *Comte de Monte Cristo*, dans lequel le souci de vengeance d'Edmond Dantès s'explique par son incapacité d'oublier le passé. Ces actes d'oubli sont souvent adoptés dans la perspective d'une amnistie, mesure collective permettant de faire l'impasse sur des infractions. Ce que l'on peut qualifier de lois d'amnistie politique²⁶³ ont bien souvent des objectifs louables : « [f]onder un nouveau consensus social, consolider la paix, assurer la réconciliation nationale, réguler ou désamorcer les tensions en temps de crise »²⁶⁴. La réalisation de ces desseins passe souvent par un désarmement de « la puissance mémorielle passée ». Ces actes sont des « [t]extes d'exception et d'opportunité, d'une extrême diversité », des « lois de l'éphémère »²⁶⁵. Il s'agit bien d'« [o]ublier non seulement les méfaits des autres, mais sa propre colère, pour que se renoue le lien de la vie en cité »²⁶⁶. Mais ces actes adoptés traduisent aussi la volonté d'autorités d'imposer une certaine vision de l'histoire²⁶⁷.

38. - L'oubli à Athènes et Rome. En 494 avant Jésus-Christ, lors des guerres médiques qui opposent les Perses aux Grecs, la cité grecque de Milet est prise et totalement rasée par les Mèdes, c'est-à-dire les Perses. Cet épisode tragique pour les Grecs fait l'objet d'une interdiction de représentation ainsi que de remémoration²⁶⁸.

²⁶¹ Voy. à ce propos, S. WAHNICH (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie*, coll. Droit et Justice, PUF, Paris, 2007, 263 p.

²⁶² Certains actes n'ont pas vocation première à imposer, implicitement ou explicitement l'oubli. Il s'agit par exemple « de l'amnistie des Suisses de Châteaueux en 1792, de l'amnistie des Communards en 1879 et 1880, enfin des amnisties de 1981 et 1988 [en France]. [...] Ces amnisties prétendent fonder la liberté en 1792, la république en 1880, le socialisme à la française en 1981 » (S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime. Une approche historique », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, p. 104).

²⁶³ Sur ces lois, voy. aussi *infra*.

²⁶⁴ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications (La mémoire et l'oubli)*, 1989/49, p. 214.

²⁶⁵ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 214.

²⁶⁶ N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », in *Usages de l'oubli*, Colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 33.

²⁶⁷ Ce chapitre n'a évidemment pas vocation à l'exhaustivité. Il aurait, par exemple, pu aussi évoquer l'amnistie promulguée sous le régime de Pinochet en 1978 pour oublier les crimes commis par les militaires, ainsi qu'une série d'autres dispositifs votés en Amérique du Sud (voy. M. DOS REMEDIOS FONTES SILVA, « La question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme », *Principios*, 1998/6, pp. 140 et 141).

²⁶⁸ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 213 ; N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », *op. cit.*, pp. 24 à 26.

De même, en 403 avant Jésus-Christ, un décret est adopté pour oublier les tumultes qu'Athènes a connus durant l'oligarchie des Trente. Le régime des Trente était composé de trente magistrats qui ont supprimé la démocratie et imposé la violence et la tyrannie²⁶⁹. La guerre civile met fin à ce régime. L'objectif du décret est simple : « ne plus revenir sur ce passé douloureux qui vient juste de s'achever. [...] Il est demandé à tous les citoyens, à quelque bord qu'ils aient appartenu, d'oublier cette fracture, de se réconcilier (toute réconciliation est pour une part faite d'oubli consenti) et d'assurer grâce au bon usage de leur mémoire le bonheur et l'avenir d'Athènes »²⁷⁰. Le décret impose en réalité de renoncer à toute vengeance et à toute volonté d'intenter des procès contre les vaincus. En effet, « [l]e serment “je ne rappellerai pas les malheurs” n'est donc pas un simple serment d'oubli, d'amnésie, mais un serment qui se présente comme l'envers du serment vengeur “je n'oublierai jamais” »²⁷¹. Le procédé utilisé est en réalité « une pratique qui refoule la qualité première de la démocratie, celle d'affirmer que le pouvoir démocratique découle d'une victoire sur les aristocrates ou sur les tyrans, qu'elle est donc le régime politique du conflit latent avec les ennemis de la démocratie. L'amnistie produit de fait un brouillage de la victoire démocratique et la met à distance au nom de la réconciliation constitutionnelle [...]. Il s'agit d'oublier que l'on a été démocrate pour pouvoir faire une cité unie avec ceux qui ne l'ont jamais été et qui ne le sont toujours pas »²⁷².

Dans la Rome antique, l'*Abolitio generalis* permet d'« [a]pais[er] les divinités mais aussi de conjurer les malheurs collectifs, calmer les tensions »²⁷³. Ces amnisties générales étaient accordées lors « de prières publiques et lors de cérémonies décrétées par le Sénat »²⁷⁴.

39. - Les Traités de Westphalie. Mettant fin à la guerre de Trente Ans ainsi qu'à la guerre de Quatre-Vingts Ans, les Traités de Westphalie sont conclus en 1648. Trois traités sont signés.

²⁶⁹ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 213 ; N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », *op. cit.*, pp. 26 à 30.

²⁷⁰ J. LOMBARD *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, *op. cit.*

²⁷¹ S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime [...] », p. 101. L'auteure poursuit en reprenant les mots de Nicole Loraux qui analyse cette obligation d'oubli imposée par le décret : [p]ar un retournement des évidences premières, on n'aurait sans cesse rappelé leur victoire aux démocrates que pour mieux leur suggérer qu'ils se devaient de faire oublier qu'ils l'avaient emporté en oubliant, eux l'étendue du tort qu'ils avaient subi. [...] Oubli de la victoire contre oubli du ressentiment. Mais, qui ne voit qu'il était en fait demandé au même camp d'assumer les conséquences de ce double oubli ? [...] C'est ainsi que les politiciens modérés procèdent à une remarquable opération de détournement de cette victoire même qu'ils ne cessaient de rappeler solennellement » (N. LORAUX, *La cité divisée*, Paris, Payot, 1997, p. 145).

²⁷² S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime [...] », *op. cit.*, p. 102.

²⁷³ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 213.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 213.

Deux d'entre eux évoquent l'oubli perpétuel des atrocités commises. Le premier est le Traité de Münster signé le 6 août 1648 par la France et le Saint-Empire romain germanique. Le second est le Traité d'Osnabrück, signé le 24 octobre 1648. Leur article 2, intitulé dans le deuxième traité « Amnistie de toute hostilité », est rédigé comme suit : « [q]u'il y ait de part et d'autre un oubli et une amnistie perpétuelle de tout ce qui a été fait depuis le commencement de ces troubles en quelque lieu ou en quelque manière que les hostilités aient été exercées par l'une ou par l'autre partie ; de sorte que ni pour aucune de ces choses, ni sous aucune autre cause ou prétexte, l'on n'exerce ou fasse exercer ni l'on ne souffre plus qu'il soit fait ci-après l'un contre l'autre aucun acte d'hostilité ou inimitié, vexation ou empêchement, ni quant aux personnes, ni quant à la condition, ni quant aux biens, ou à la sûreté ; soit par soi-même, ou par autrui, en cachette, ou bien ouvertement, directement ou indirectement ; sous espèce de droit ; ni par voye de fait, ni au dedans, ni en quelque autre lieu hors de l'Empire, nonobstant tous pactes contraires faits auparavant ; mais que toutes les injures, violences, hostilités, dommages et dépenses, qui ont été faites et causés de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole, ou par écrit ; sans aucun égard aux personnes ou aux choses soient entièrement abolies ; si bien que tout ce que l'un pourroit demander et prétendre sur l'autre pour ce sujet, soit enseveli dans un éternel oubli ». Dans cette disposition, il est question d'un oubli éternel et perpétuel : « le passé passe et n'a plus *le temps* pour resurgir, le droit à la mémoire est enterré, la mémoire du droit est interrompue »²⁷⁵.

40. - L'oubli dans l'histoire de France. L'histoire de France est mouvementée et la succession des régimes comporte souvent une volonté d'oublier le passé.

L'Edit de Nantes constitue une première illustration de cette détermination à inscrire l'oubli dans la réglementation. Promulgué par Henri IV en 1598, l'Edit de Nantes met un terme à la guerre de religion qui fait rage en France depuis 1562 en conférant divers droits aux courants religieux. Il est intéressant de parcourir l'article I de cet Edit. Celui-ci est rédigé comme suit : « [...] disons, déclarons et ordonnons, Premièrement, que la mémoire de toutes choses passées d'une part et d'autre, depuis le commencement du mois de juin 1585 jusqu'à notre avènement à la couronne et durant les autres troubles précédents et à leur occasion, demeurera éteinte et assoupie comme de chose non advenue. Et ne sera loisible ni permis à nos

²⁷⁵ H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAUWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, p. 240.

procureurs généraux, ni autres personnes quelconques, publiques ni privées, en quelque temps, ni pour quelque occasion que ce soit, en faire mention, procès ou poursuite en aucunes cours ou juridictions que ce soit ». L'article II va dans le même sens : « [d]éfendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, d'en renouveler la mémoire, s'attaquer, ressentir, injurier, ni provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, pour quelque cause et prétexte que ce soit, en disputer, contester, quereller ni s'outrager ou s'offenser de fait ou de parole, mais se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sur peine aux contrevenants d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public ». L'Edit se fonde sur des valeurs telles que la paix, la justice, la citoyenneté, la fraternité. Ceci démontre qu'il a été rédigé à la suite « d'un débat éthique, où ont donc été confrontés la réalité de la situation et le système moral de référence »²⁷⁶. En s'écartant de cette perspective historique, le texte présente en réalité une véritable actualité et pourrait être appliqué à de nombreux conflits modernes. Il traduit en outre à bien des égards les objectifs avancés dans la création et la consécration des droits à l'oubli. Il n'est pas excessif d'affirmer que l'Edit de Nantes constitue finalement un texte extrêmement moderne, empreint d'une réelle juridisation de l'oubli.

Un deuxième exemple tiré de l'histoire de France date du 4 août 1789. En une nuit, plusieurs décrets sont adoptés par l'Assemblée constituante française afin de supprimer les privilèges féodaux. Bien que l'oubli n'ait pas fait l'objet d'une consécration claire, l'adoption des différents textes a bel et bien pour conséquence « un oubli complet et irréversible du système féodal »²⁷⁷.

Dans la même lignée que l'Edit de Nantes, le droit français semble avoir à nouveau consacré, dans deux Chartes constitutionnelles, non pas un droit à l'oubli, mais davantage un oubli imposé. A nouveau, le basculement d'un régime à l'autre emporte la volonté de faire table rase du passé, à l'instar de ce qui a indirectement été fait dans la nuit du 4 août 1789. La première Charte constitutionnelle est octroyée par Louis XVIII le 4 juin 1814²⁷⁸. Constitutive d'un compromis entre l'Ancien régime et les idées révolutionnaires, la Charte présente aussi une dimension de pardon et d'oubli. Son article 11 précise que « [t]outes recherches des opinions

²⁷⁶ J. LOMBARD, *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, op. cit.

²⁷⁷ *Ibidem*, Jean Lombard ajoute que « [c]et oubli n'a pas été voulu en tant que tel : il a résulté de décisions prises en fonction d'idéaux qui, dans ces quelques instants décisifs, se sont révélés dominants, mais il n'était pas l'objectif visé ».

²⁷⁸ La Charte ne sera toutefois d'application qu'en 1815, après le bref retour de Napoléon Ier.

et votes émis jusqu'à la restauration sont interdites. Le même oubli est commandé aux tribunaux et aux citoyens ». La seconde Charte fait suite aux émeutes de la fin du mois de juillet 1830 (ces émeutes sont appelées les Trois glorieuses). Un nouveau régime voit le jour : la monarchie de juillet. Une nouvelle Charte est adoptée dans laquelle l'article 10 correspond parfaitement à l'article 11 de la Charte de 1814. Ces dispositions ont donc un objectif clair : le passé ne peut en aucun cas entraver l'assise du nouveau régime français.

En France toujours, plusieurs lois d'amnistie ont été adoptées à la suite de la Seconde guerre mondiale. Ces actes législatifs peuvent être mis en perspective avec le processus adopté à Athènes en 403 avant Jésus-Christ²⁷⁹. En 1947, la loi du 16 août²⁸⁰ portant amnistie liste de nombreuses infractions commises pendant la guerre afin de les amnistier. L'article 38, alinéa 1^{er} de cette loi participe d'une volonté d'accorder un certain oubli à ces infractions. Il précise qu'« [i]l est interdit à tout fonctionnaire de l'ordre judiciaire de rappeler ou de laisser subsister, sous quelque forme que ce soit, dans un dossier judiciaire, les condamnations, les peines disciplinaires et déchéances effacées par l'amnistie [...] ». L'alinéa 3 reprend la même interdiction pour ce qui concerne les dossiers administratifs. Quant au deuxième alinéa, il nuance légèrement en soulignant que « [s]eules, les minutes des jugements ou arrêts déposés dans les greffes échappent à cette interdiction ». L'article 45 de la loi du 6 août 1953 portant amnistie²⁸¹ va dans le même sens, sanctionnant le non-respect de cette interdiction par des « sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à la révocation ou la destitution »²⁸². De telles formulations seront ensuite notamment reprises dans des lois d'amnistie adoptées à la suite de la guerre d'Algérie²⁸³.

²⁷⁹ S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime [...] », *op. cit.*, p. 102.

²⁸⁰ Loi fr. n° 47-1504 du 16 août 1947 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 17 août 1947.

²⁸¹ Loi fr. n° 53-682 du 6 août 1953 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 7 août 1953.

²⁸² Sophie Wahnich critique le procédé utilisé : « [l]es droits de l'homme, que les collaborateurs avaient ouvertement bafoués quelques années auparavant, sont ainsi instrumentalisés pour les sauver et les protéger, selon une logique inclusive de toute humanité quelles que soient ses failles. Ceux qui ne s'étaient jamais cachés de défendre des projets qui considéraient ces droits de l'homme comme nuls et non avenus, en particulier en supprimant le cadre républicain du droit français, bénéficiaient de la clémence au nom de ces droits dans une logique de pardon rapide » (S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime [...] », *op. cit.*, p. 102).

²⁸³ Loi fr. n° 64-1269 du 23 décembre 1964 portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances, *J.O.R.F.*, 24 décembre 1964 ; loi fr. n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie, *J.O.R.F.*, 18 juin 1966 ; loi fr. n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 2 août 1968. Sur ces lois, voy. notamment S. GACON, « Les amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) », *Histoire de la justice*, 2005/1, pp. 271 à 279.

Ces amnisties en France, tout comme les amnisties prononcées en Italie durant la période 1944-1946 sont doubles dès lors qu'elles ont vocation à faire tomber dans l'oubli les violences des deux parties au conflit qu'elles visent. Ainsi, ce qui est requis, c'est l'oubli de l'usage de la violence, quel que soit le camp auquel une personne a appartenu²⁸⁴. Pour Sophie Wahnich, cet oubli est trop large : en évoquant l'amnistie qui a suivi le conflit algérien, elle indique que « [l]e droit français pour la première fois accepte d'oublier les actes de tortures », pourtant contraires à la déclaration universelle des droits de l'homme, ajoutant que, « [s]ous couvert de réconciliation nationale, on laisse en déshérence une mémoire douloureuse bafouée car la justice n'est jamais passée sur les actes de torture commis en Algérie. L'irréconcilié n'est plus une marge, il envahit des pans entiers de l'espace public »²⁸⁵. Est ici mise en exergue toute la délicatesse de ces lois qui, dans une volonté de pacification et de « nouveau départ », impose d'oublier certains faits et dès lors de ne pas condamner les instigateurs. Ces lois obligent des personnes que tout opposait hier à vivre ensemble, paisiblement.

41. - L'oubli dans l'histoire de Belgique. A l'instar des textes adoptés en France la nuit du 4 août 1789, plusieurs décrets constitutionnels sont adoptés par la jeune Belgique, alors en pleine transition vers l'indépendance. L'un de ces textes, sans consacrer ouvertement l'oubli du régime des Orange-Nassau, a pourtant bien l'objectif de créer une césure avec cet ancien régime, et d'oublier les restrictions nombreuses qui étaient alors d'application. Adopté le 24 novembre 1830, le décret constitutionnel indique que « [l]e Congrès national déclare que les membres de la famille d'Orange-Nassau sont à perpétuité exclus de tout pouvoir en Belgique »²⁸⁶.

La Belgique a en outre été confrontée à la répression de la collaboration intervenue durant la Seconde guerre mondiale. A la libération, la répression est sévère : 53 000 belges sont condamnés de chef de collaboration, « 1247 sont condamnés à mort (et 1693 par contumace), dont 242 seront effectivement exécutés (238 hommes et 4 femmes) ; et 1839 sont condamnés à la perpétuité (et 501 par contumace). [...] Plus de 43 000 Belges perdent leurs droits civiques et politiques dans le cadre de l'épuration, tandis que des milliers d'ex-collaborateurs fuient en

²⁸⁴ S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime [...] », *op. cit.*, p. 105.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 106.

²⁸⁶ Décret constitutionnel du 24 novembre 1830.

Allemagne, en France, en Espagne, en Afrique du Sud, en Amérique latine... »²⁸⁷. Ces condamnations purgées, la question de leur oubli s'est posée à de nombreuses reprises²⁸⁸.

42. - L'oubli, l'histoire et le totalitarisme. L'oubli est une arme non négligeable pour tout régime souhaitant faire « peau neuve » et disperser sa propre histoire et propagande. Ainsi, au début de XV^{ème} siècle, l'empereur aztèque Itzcoatl ordonne « la destruction de toutes les stèles et de tous les livres pour pouvoir recomposer la tradition à sa façon ; les conquistadores espagnols, un siècle plus tard, s'employèrent à leur tour à effacer et brûler toutes les traces témoignant de l'ancienne grandeur des vaincus »²⁸⁹. Aujourd'hui encore, l'on constate que des régimes totalitaires et/ou dictatoriaux mettent en œuvre cet oubli imposé pour pouvoir asseoir davantage encore leur régime, voire le justifier²⁹⁰. L'oubli devient alors une arme politique, voire une arme destructrice.

Chapitre 2. L'oubli en droit public

43. - Introduction : l'oubli et le droit public. Ce chapitre met en lumière des figures juridiques propres au droit public dans lesquelles des traces d'oubli – voire des traces de droit à l'oubli – sont détectables. Dans une publication datant de 2012, Charles-Edouard Sénac entame son article en constatant qu'« [i]l est des raisons pour douter de la pertinence de parler de droit à l'oubli en droit public »²⁹¹. Ce même auteur ajoute que « [d]es institutions classiques, telles que l'intangibilité de l'ouvrage public, l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires, l'imprescriptibilité des archives publiques ou les commémorations nationales sont, entre autres, autant d'indices de la difficile acclimatation de l'oubli à l'environnement du droit public »²⁹².

²⁸⁷ Le Vif, « Collaboration : la vérité des historiens », www.levif.be, mis en ligne le 25 octobre 2014, consulté le 10 septembre 2018. Au départ, ce sont 405 000 dossiers qui sont ouverts pour des faits de collaboration. Dans le même sens, voy. M. ABRAMOWICZ, « Répression et réhabilitation des inciviques », www.resistances.be, mise en ligne le 12 juillet 2010, consulté le 10 septembre 2018.

²⁸⁸ Voy. les développements relatifs à l'amnésie (*infra*).

²⁸⁹ T. TODOROV, *Les abus de la mémoire*, coll. Arléa Poche, Paris, Arléa, 2015, p. 9.

²⁹⁰ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 120 et 121.

²⁹¹ C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *Revue de droit public*, 2012/4, p. 1156. Dans un sens identique, voy. R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 385. L'auteur constate que « [s]i une norme juridique peut imposer le silence, elle ne peut en aucun cas imposer l'oubli ».

²⁹² C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *op. cit.*, p. 1156. L'auteur reprend, pour chaque exemple donné, des illustrations en notes infrapaginales.

Il est difficile d'abonder totalement dans son sens. Premièrement, parce que les exemples donnés sont tirés du droit français, et que ceux-ci ne sont pas parfaitement transposables en droit belge. Pensons notamment aux poursuites disciplinaires qui sont soumises à un délai de prescription²⁹³. Deuxièmement, parce qu'il existe un certain nombre de mécanismes juridiques qui témoignent d'une volonté d'accorder l'oubli de données ou d'informations. Sans doute, est-ce très clair en droit pénal (Section 1^{ère}), mais d'autres branches du droit public, telles que le droit administratif (Section 2), semblent aussi être concernées.

Cette perspective, Charles-Edouard Senac l'admet lui aussi dès lors qu'il nuance son propos de départ par deux précautions méthodologiques, celles-ci rejoignant alors nos deux constats²⁹⁴. Il affirme qu'il convient, d'abord, « que le droit à l'oubli p[uisse] exister en droit public sans que l'expression ait été expressément utilisée par la jurisprudence ou les textes officiels ». Il souligne ensuite, en s'appuyant sur les travaux de Roseline Letteron, qu'il convient de déterminer ce que la notion de droit à l'oubli recouvre, pour aboutir à la conclusion qu'il s'agit de toutes les circonstances dans lesquelles un individu pourra obtenir la disparition d'informations le concernant²⁹⁵.

Section 1^{ère}. L'oubli en droit pénal

§ 1^{er}. L'oubli dans les mécanismes de droit pénal

44. - L'oubli dans les mécanismes de droit pénal. En droit pénal, l'oubli « consiste à ne pas tenir compte d'un fait normalement répréhensible et, partant, des conséquences juridiques traditionnelles encourues. On attend donc logiquement de l'oubli qu'il mette un terme définitif à la possibilité de poursuivre ou de condamner, qu'il fasse en sorte que la vie reprenne son cours comme si rien de s'était passé »²⁹⁶. Cet oubli s'est souvent heurté aux exigences de la répression pénale. En effet, au départ, l'instauration d'une dynamique d'oubli dans la politique pénale ne

²⁹³ Sur ce sujet, voy. F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2017, pp. 182 à 186, n° 332 à 337. Au n° 332, l'auteur écrit que « la prescription empêche l'autorité de sanctionner l'agent si elle n'a pas agi dans un certain délai après avoir pris connaissance des faits qui lui sont reprochés ». Sur le mécanisme de la prescription, voy. *infra*.

²⁹⁴ C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *op. cit.*, p. 1157.

²⁹⁵ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 388.

²⁹⁶ C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 1998/20, p. 34.

semble pas constituer l'objectif premier du législateur, l'oubli étant loin d'être une priorité dans le développement de la politique criminelle des Etats. Pourtant, ces politiques ont évolué vers une prise en compte plus importante de l'oubli. Cette mutation se traduit notamment lorsqu'on compare les définitions de la politique criminelle. Au départ, elle s'entend comme « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime »²⁹⁷. L'objectif est donc de développer un système cohérent afin de lutter contre le crime. Aujourd'hui, la transformation importante que la discipline a connue a profondément modifié cette définition. La politique criminelle se comprend désormais comme « une réflexion épistémologique sur le phénomène criminel, un décryptage du phénomène criminel et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance ou de délinquance ; elle est également une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix idéologiques pour répondre avec pragmatisme aux problèmes posés par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu largement »²⁹⁸. Cette conception permet clairement d'intégrer plus largement des valeurs telles que l'oubli, la clémence ou le pardon.

La place de l'oubli en droit pénal a donc évolué. Pour Céline Coquin, la définition moderne de la politique criminelle « amène évidemment à considérer autrement l'oubli de l'infraction et en particulier à admettre qu'il puisse s'inscrire dans l'arsenal des mesures dont la politique criminelle se dote. L'oubli du crime semble, en effet, procéder de diverses inspirations, comme le pardon de l'infraction ou son effacement programmé qui, loin d'être incompatible avec l'idée de politique criminelle, paraît s'accorder au mieux avec le pragmatisme qui la caractérise »²⁹⁹. Plus qu'une révolution, l'adaptation de nos politiques pénales et l'insertion progressive de mécanismes impliquant une forme d'oubli tiennent d'une évolution, le législateur étant conscient que la réinsertion sociale des personnes condamnées passe par de telles mesures.

En effet, la révolution n'est pas de mise dès lors que de nombreux mécanismes juridiques impliquant ces valeurs existent depuis longtemps. Cependant, plutôt que de traduire l'idée d'un oubli pur et simple, ils semblent davantage s'inscrire dans une dimension de

²⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, Droit privé, Paris, PUF, 1992, p. 13. L'auteur reprend une formule du Professeur allemand Feuerbach, datant de 1803.

²⁹⁸ C. LAZERGES, *La politique criminelle*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1987, p. 7. L'auteur indique encore que « [t]oute politique criminelle est science et art, explicative, préventive et répressive ».

²⁹⁹ C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *op. cit.*, p. 33. L'auteur fait référence à C. PIGACHE, « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *R.S.C.*, 1983, p. 56 ; J.-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, p. 23.

clémence envers la personne condamnée. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que le droit de punir et le droit de faire clémence sont les deux faces d'une même pièce. Ainsi, Marc Verdussen et Elise Degrave soutiennent que, « pour l'Etat, le droit de punir emporte nécessairement le droit de faire preuve de clémence. L'un est consubstantiel à l'autre »³⁰⁰. Outre la clémence, ces figures juridiques se justifient encore par un objectif de paix sociale. Le droit doit veiller à faire respecter ses lois, mais le droit doit aussi veiller à garantir la paix sociale. Celle-ci passe inéluctablement par l'instauration de mécanismes visant à atténuer les conséquences découlant des peines. Ainsi, « il ne doit pas être permis de venir, à chaque instant, remettre sur le tapis des faits à raison desquels un individu a été puni. Dans l'intérêt de la paix et de l'harmonie qu'il est désirable de voir régner au sein de la société, le voile de l'oubli doit s'étendre sur le passé des condamnés. Rappeler ce passé, c'est préjudicier à l'individu d'une manière gratuite ; c'est compromettre sa position si péniblement récupérée en jetant sur lui le discrédit et la défiance ; c'est le provoquer à des sentiments de vengeance qui ne peuvent que troubler la tranquillité publique »³⁰¹. Appliqué à la problématique de cette étude, cet extrait semble parfaitement défendre la consécration et la validation d'un droit permettant à chacun d'atténuer, voire d'effacer, les conséquences néfastes d'une condamnation.

Les valeurs dont il est question ci-avant se matérialisent concrètement dans plusieurs figures juridiques. Ces-dernières « correspondent alors à la manière dont un corps politique ou social décide de solder certaines conduites de tout compte, que ce soit au moyen d'un pardon et/ou d'un oubli »³⁰². L'une de ces valeurs est la clémence. Elle s'inscrit dans trois mécanismes pénaux : l'amnistie, la grâce et la prescription³⁰³ (voy. *infra*). L'oubli semble y être secondaire, comme s'il s'agissait d'une conséquence de l'octroi d'une mesure de clémence. Ensuite, la réhabilitation et l'effacement aboutissent à consacrer l'oubli en premier lieu, l'idée même de clémence étant indirectement présente. Malgré l'existence de ces diverses figures juridiques, certains auteurs considèrent encore que le droit pénal belge « admet avec une certaine réserve l'oubli de la condamnation passée »³⁰⁴. Ainsi, ce droit « si prompt à prendre en considération

³⁰⁰ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 11.

³⁰¹ J.-S.G. NYPELS, *Lég. crim.*, t° III, p. 394, n° 36, cité in Nov., Droit pénal, t° IV, n° 7426.

³⁰² H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 238.

³⁰³ Selon les auteurs cités ci-avant, « le rattachement de la prescription à cette valeur qu'est la clémence s'impose à l'esprit avec une moins grande évidence que s'agissant de l'amnistie et de la grâce. La prescription répond, en effet à diverses préoccupations. Elle n'en est pas moins traversée par l'idée d'un oubli indulgent » (p. 12).

³⁰⁴ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 189. Voy., à ce titre, C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *op. cit.*, pp. 34 à 39. L'auteure y évoque ce qu'elle appelle les « résistances » à l'oubli, c'est-à-dire des particularités présentes dans la

l'oubli au titre des lois de fond pour en faire un élément constitutif de certaines infractions, ne lui accorde qu'une place modeste, quand il s'agit de ne plus poursuivre, de ne plus exécuter une condamnation, ou d'oublier celle-ci »³⁰⁵. Toujours est-il qu'on peut considérer que le droit à l'oubli trouve ses racines historiques en elles, et que celles-ci lui donnent aujourd'hui une certaine crédibilité. Instaurer un droit à l'oubli n'est par conséquent pas dénué de tout sens.

45. - Le casier judiciaire, la mémoire des condamnations. A côté de ces mécanismes de droit pénal évoquant ou organisant l'oubli, le casier judiciaire s'inscrit dans une logique tout à fait inverse. Instrument fondamental dans le développement des politiques criminelles dans les Etats démocratiques, le casier constitue en réalité la mémoire des condamnations prononcées, et plus largement la mémoire de la justice. Il traduit une réalité temporelle particulière au droit : « [l]a première forme du temps juridique instituant est celle de la mémoire »³⁰⁶. Ainsi, comme l'indique François Ost, la mémoire « rappelle qu'il y a du donné et de l'institué. [...] Instituer le passé, certifier les faits advenus, garantir l'origine des titres, des règles, des personnes et des choses : voilà la plus ancienne et permanente des fonctions du juridique. A défaut de telles fondations pointerait le risque d'anomie, comme si la société bâtissait sur le sable »³⁰⁷. La mémoire est donc fondamentalement nécessaire au droit, à sa création, à son évolution. Mémoire et oubli paraissent à nouveau comme des notions qui, à première lecture, sont contradictoires. Et pourtant, en poursuivant le raisonnement mené par François Ost, on se rend compte qu'elles ne sont pas si opposées qu'elles ne le donnent à penser : « [l]a mémoire englobe effectivement l'oubli dont elle ne saurait totalement se différencier »³⁰⁸. Ainsi, « loin de s'opposer à l'oubli, la mémoire le présuppose. Autrement dit, toute organisation de la mémoire est aussi bien organisation de l'oubli »³⁰⁹.

Ces liens entre mémoire et oubli se traduisent notamment dans les mécanismes juridiques analysés ci-après. Ceux-ci auront parfois pour conséquence des modifications, voire des suppressions, d'informations reprises dans le casier judiciaire. La mémoire est donc

législation relative aux mécanismes pénaux instituant une forme d'oubli, ces particularités témoignent d'une certaine réticence à l'oubli ou, du moins, d'une volonté de retarder l'oubli, de le limiter.

³⁰⁵ H. MATSOPOULOU, « L'oubli en droit pénal », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006, p. 803.

³⁰⁶ V. SERON, « Le casier judiciaire : entre mémoire et oubli », in A. MASSET, P. TRAEST (coord.), *L'exécution des peines. De Straftuitvoering*, coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de Criminologie, n° 13, Bruxelles, La Charte, 2006, p. 107.

³⁰⁷ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999, p. 43.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 45.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 52.

relative, non absolue, et permet à l'oubli de faire son œuvre. On le verra, l'oubli dans sa dimension juridique est lui aussi relatif.

Le casier judiciaire mémorise les traces de nos condamnations. Il n'a toutefois pas vocation à rester figé dans le temps. Le casier « se transforme au rythme du temps qui s'écoule et selon l'évolution du comportement de son titulaire »³¹⁰. Alors qu'il constitue au départ la mémoire des condamnations, le casier judiciaire se perçoit aussi alors comme le « support de leur effacement »³¹¹.

46. - L'oubli, la peine et le temps. La figure de l'oubli s'inscrit enfin dans la relation que la peine entretient avec le temps. Cette dernière est en effet liée à l'écoulement du temps à deux niveaux. Premièrement, de nombreuses sanctions sont exprimées dans une unité temporelle. Tel est par exemple le cas des peines d'emprisonnement ou des peines de travail. Tel est aussi le cas de certaines modalités de l'exécution des peines qui sont octroyées durant une durée déterminée. La seconde dimension s'inscrit plus concrètement dans l'impact qu'une peine peut avoir dans le temps. Pour Vincent Seron, cette dimension est « relative au caractère durable ou non des effets qui découlent d'une intervention judiciaire »³¹². Il y a ainsi le temps "*qui passe*" où coexistent l'oubli imposé (celui de la prescription) et le refus de l'oubli (c'est-à-dire l'imprescriptibilité) et le temps "*qui change*", celui qui possède la vertu de réhabiliter, celui où le temps peut prendre une autre forme, celle du pardon »³¹³. La peine est infligée dans un temps juridique et a ensuite vocation à s'inscrire dans le temps « réel ». Dans cette dernière dimension temporelle, des mécanismes ont été institués en droit pénal afin d'atténuer, voire de faire disparaître, la sanction pénale. Un individu condamné, ayant purgé sa peine, ne doit pas être stigmatisé durant toute sa vie : après le temps de la condamnation doit venir le temps du pardon, de la clémence, et donc de l'oubli³¹⁴.

³¹⁰ S. GRUNVALD, « Casier judiciaire », in G. LOPEZ, S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 121.

³¹¹ V. SERON, « Le casier judiciaire : entre mémoire et oubli », *op. cit.*, p. 112.

³¹² M. VAN DE KERCHOVE, « Accélération de la justice pénale et traitement en 'temps réel' », in F. OST, M. VAN HOECKE (coord.), *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation à durer ? – Time and law. Is the nature of law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 367 à 384.

³¹³ V. SERON, « Le casier judiciaire : entre mémoire et oubli », *op. cit.*, p. 112. L'auteur cite M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986, pp. 83 et 84.

³¹⁴ Dans ce sens, voy. le titre de la contribution d'A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné: après le moment du compte rendu, vient le temps du silence », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Collection générale n° 83, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 737 à 748.

§ 2. L'amnistie

A. Notions générales

47. - Propos introductifs. L'amnistie³¹⁵ est l'« [e]xpression juridique d'une volonté politique, elle présente les caractéristiques d'une mesure à géométrie variable, liée soit à une échéance régulière et fixe, soit à un contexte social, un moment historique, une situation particulière de crise, de tension ou de mutation »³¹⁶. Elle constitue « une mesure collective, qui retire à certains faits pénalement répréhensibles leur caractère intentionnel »³¹⁷. Il s'agit non pas « d'un acte individuel de clémence envers des personnes nommément désignées », mais bien « d'une règle générale qui favorise tous ceux qui ont été frappés par une loi pénale et atteint donc celle-ci dans son principe même »³¹⁸. Dès lors, c'est bien le pouvoir législatif qui adopte cette mesure, visant certaines catégories d'infractions³¹⁹. L'amnistie est « une prérogative intrinsèque au pouvoir législatif » dès lors qu'elle traduit « la volonté du législateur de rebrousser chemin »³²⁰.

48. - Fondements. En Belgique, le fondement de l'amnistie n'est pas à trouver dans la Constitution³²¹. Aucun article n'en fait mention. De même, la loi ne consacre aucune disposition

³¹⁵ Ce terme vient du grec ancien, *amnestia*, composé du préfix *a-* qui signifie privation, et du mot *mnêstis*, qui signifie souvenir. En ce sens, l'amnistie est « une manière de dire “je ne me souviens pas”, et une manière de dire “je ne veux pas” ou “il ne faut pas” me souvenir » (E. MILLARD, « Epurations, amnistie, amnésie. Un bref éclairage sur le droit », *Les Cahiers du MIRHEC*, 1999, p. 4, la pagination étant reprise du document disponible à l'adresse suivante, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00126547/document>).

³¹⁶ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 215.

³¹⁷ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 15 ; M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », in *Liber amicorum Henri-D. Bosly : loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, La Charte, 2009, p. 437. Plus succinctement et sortant du cadre juridique *sensu stricto*, on peut encore définir l'amnistie comme le « pardon, étendu par le gouvernement à un groupe ou une catégorie de personnes » (B. A. GARNER (éd.), *Black's Law Dictionary*, VII edI, West Group St. Paul, Minn., 1999, cité par H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 239. La définition se veut davantage politique, comme une action potentielle d'un gouvernement.

³¹⁸ P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 659, n° 492. L'amnistie porte en effet « non sur des faits isolés, mais [sur] tous les délits d'un genre déterminé, quels qu'en soient les auteurs ; elle est décrétée non pas en faveur des personnes qui en profitent, mais en considération des délits mêmes dont la société a intérêt à effacer le souvenir » (J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t° II, 3^{ème} éd., Gand Swinnen, 1879, p. 247, n° 986).

³¹⁹ C. HENNAU, J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 252.

³²⁰ M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, p. 437.

³²¹ D'autres Etats ont fait choix d'insérer une disposition dans leur Constitution. C'est le cas notamment de la France (article 34, alinéa 1^{er}, 3^{ème} tiret), l'Italie (article 79), les Pays-Bas (article 122, § 2). Voy. d'autres Etats mentionnées par M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et*

générale relative à l'amnistie. En revanche, plusieurs textes semblent reconnaître globalement l'amnistie (ainsi que d'autres mécanismes pénaux induisant l'oubli), mais seulement de manière indirecte, se bornant à indiquer qu'il y a lieu de prendre en compte ses effets.

Certaines de ces lois concernent les reconnaissances, par des Etats membres de l'Union européenne, des mesures pénales adoptées par un autre Etat membre. Ainsi, la loi du 21 mai 2013 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne³²² indique en son article 22, § 1^{er}, que « [l]e ministère public énonce sans délai à l'Etat d'émission par tout moyen laissant une trace écrite : [...] 5° de la décision motivée de ne pas reconnaître un jugement et, le cas échéant, une décision de probation lorsque l'amnistie ou la grâce sont accordées ». Cette disposition s'inscrit dans un chapitre relatif à la « [p]rocédure relative à la reconnaissance d'un jugement et, le cas échéant, d'une décision de probation rendus dans un autre Etat membre de l'Union européenne et à la surveillance de la peine ou de la mesure ». Un tel système d'information est encore organisé par à l'article 26, 5°, de la loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne³²³. Une troisième loi datant du 5 août 2006 et visant la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale³²⁴ consacre indirectement l'amnistie en ses articles 25 et 37. Le premier s'inscrit dans une section relative aux sanctions pécuniaires, le second dans une section relative à la confiscation. Tous deux indiquent que « [l]'amnistie et la grâce peuvent être accordées par la Belgique », poursuivant à nouveau par une obligation d'information à charge de l'Etat d'émission de la mesure.

prescription, *op. cit.*, p. 26, notes (2) et (3) ; M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, p. 439.

³²² Loi du 21 mai 2013 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne, *M.B.*, 13 juin 2013.

³²³ Loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne, *M.B.*, 8 juin 2012.

³²⁴ Loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *M.B.*, 7 septembre 2006. La loi a été modifiée par la loi du 26 novembre 2011 modifiant la loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (II), *M.B.*, 4 avril 2012, p. 21060 ; ainsi que par la loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018, p. 82140.

Toujours dans le cadre du développement d'une politique pénale à l'échelle de l'Union européenne, la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen³²⁵ consacre, en son article 4, 1°, que « [l]'exécution d'un mandat d'arrêt européen est refusée dans les cas suivant : 1° si l'infraction qui est à la base du mandat d'arrêt est couverte par une loi d'amnistie en Belgique, pour autant que les faits aient pu être poursuivis en Belgique en vertu de la loi belge ».

L'amnistie est aussi consacrée incidemment dans certains codes. L'article 13 de la loi contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale précise que « [s]auf en ce qui concerne les crimes et délits commis en temps de guerre, les dispositions précédentes ne seront pas applicables lorsque l'inculpé, jugé en pays étranger du chef de la même infraction aura été acquitté ou lorsqu'après avoir été condamné il aura subi ou prescrit sa peine ou aura été gracié ou amnistié »³²⁶. Le Code d'instruction criminelle y fait référence aux articles 590, 16° et 593 à propos du casier judiciaire central.

Au titre des sources législatives indirectes, citons ensuite les lois coordonnées des 3 août 1919 et 27 mai 1947 assurant aux Belges mobilisés la réintégration dans leurs fonctions et accordant aux invalides de guerre, anciens combattants, membres de la Résistance, prisonniers politiques, veuves et orphelins de guerre, déportés, réfractaires au travail et autres victimes des guerres 1914-1918 et 1940-1945 un droit de priorité pour l'accession aux emplois publics³²⁷. Mettant pleinement en œuvre la philosophie de l'amnistie, l'article 9, alinéa 2 indique que « [n]e peuvent se prévaloir des dispositions de la présente loi, ceux qui ont encouru des condamnations à des peines de prison devant les tribunaux belges, sauf les cas de réhabilitation et d'amnistie ».

La notion d'amnistie, à nouveau sans être consacrée explicitement, fait encore l'objet de quelques précisions dans plusieurs circulaires³²⁸ ainsi que dans une série de conventions

³²⁵ Loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen, *M.B.*, 22 décembre 2003.

³²⁶ Article 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 24 avril 1878. Cette disposition a fait l'objet d'une modification apportée par l'article 2 de la loi du 12 juillet 1984 modifiant les articles 10 et 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 31 août 1984.

³²⁷ Lois coordonnées du 19 juin 1947 des 3 août 1919-27 mai 1947 assurant aux Belges mobilisés la réintégration dans leurs fonctions et accordant aux invalides de guerre, anciens combattants, membres de la Résistance, prisonniers politiques, veuves et orphelins de de guerre, déportés, réfractaires au travail et autres victimes des guerres 1914-1918 et 1940-1945 un droit de priorité pour l'accession aux emplois publics, *M.B.*, 5 juillet 1947.

³²⁸ Circulaire ministérielle du 30 novembre 2016 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux, *M.B.*, 12 décembre 2016, p. 82028 ; circulaire n° 204 du 10 juin 2013 concernant les extraits de casier judiciaire, *M.B.*, 10 juin 2013, p. 36323 ; circulaire n° 95 du 2 février 2007 concernant les extraits de casier judiciaire, *M.B.*, 9 février 2007, p. 6726 ; circulaire du 3 avril 2003 complémentaire à la circulaire du 1er juillet 2002 portant modification et coordination de la circulaire du 6 juin 1962 portant instructions générales

signées par la Belgique³²⁹. Ces conventions ont généralement trait au transfèrement des personnes condamnées ainsi qu'à des processus d'extradition et d'entraide judiciaire.

Enfin, la déontologie des avocats mentionne que l'avocat stagiaire doit, à l'appui de sa demande d'inscription sur la liste des stagiaires, signaler « les poursuites ou les condamnations pénales ou disciplinaires dont il aurait fait l'objet en Belgique ou à l'étranger, même en cas d'amnistie, de réhabilitation ou de suspension du prononcé du jugement »³³⁰.

49. - L'amnistie nécessite un acte législatif aux effets limités dans le temps. Pour qu'il y ait amnistie, il est nécessaire qu'un acte législatif particulier soit adopté par l'autorité fédérale (sous la forme d'une loi bicamérale virtuelle³³¹), par les régions (sous la forme d'un décret ou d'une ordonnance) ou encore par les communautés (sous la forme d'un décret).

Succinctement, on peut souligner que cette norme à valeur législative peut viser soit des infractions déterminées, soit des condamnations déterminées. Viser des infractions peut se justifier « par le fait que l'oubli doit, eu égard à la gravité des faits, s'incliner devant la

relatives aux certificats de bonnes conduite, vie et mœurs, *M.B.*, 15 avril 2003, p. 19019 ; circulaire du 1^{er} juillet 2002 portant modification et coordination de la circulaire du 6 juin 1962 portant instructions générales relatives aux certificats de bonnes conduite, vie et mœurs, *M.B.*, 6 juillet 2002, p. 30493 ; circulaire interministérielle du 10 décembre 1998 sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire, *M.B.*, 29 janvier 1999, p. 2714 ; circulaire ministérielle du 16 juin 1998 relative à l'extradition, *M.B.*, 2 mars 1999, p. 6174 ; circulaire ministérielle du 24 avril 1995 relative à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les états parties à la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990, *M.B.*, 2 juin 1995, p. 15762.

³²⁹ Voy. par exemple : loi du 2 juillet 2015 portant assentiment à la Convention du 18 juin 2010 entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République du Kosovo sur le transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 14 décembre 2012, p. 86376 ; loi du 12 mai 2014 portant assentiment à la Convention du 5 mai 2009 entre le Royaume de Belgique et la République dominicaine portant transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 9 mars 2015, p. 15601 ; loi du 12 février 2009 portant assentiment à l'Accord du 8 novembre 2006 entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine sur le transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 15 avril 2009, p. 30488 ; loi du 24 février 2005 portant assentiment à la Convention du 7 juillet 1997 entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc sur l'extradition, *M.B.*, 29 avril 2005, p. 20316 ; loi du 22 avril 1997 portant assentiment à : a) Convention européenne d'extradition, faite à Paris le 13 décembre 1957 ; b) Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, fait à Strasbourg le 15 octobre 1975 ; c) Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, fait à Strasbourg le 17 mars 1978 ; d) Accord entre les Etats membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, fait à San Sebastian le 26 mai 1989, *M.B.*, 22 novembre 1997, p. 31025).

³³⁰ Code de déontologie des avocats du 15 octobre 2012, Ordre des barreaux francophones et germanophones de Belgique, *M.B.*, 17 janvier 2013.

³³¹ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 28.

mémoire »³³². Le second procédé³³³ semble attirer plus de critiques dès lors que l'amnistie s'applique quelle que soit l'infraction commise.

L'amnistie est ensuite caractérisée par un critère temporel. Le législateur est tenu d'indiquer la période d'application de cet oubli programmé. La mesure ne peut, bien évidemment, valoir que pour des infractions ou condamnations passées. En effet, un tel processus, s'il devait pouvoir s'appliquer pour le futur, viendrait à remettre directement en cause la loi pénale et les incriminations qu'elle détermine. En d'autres termes, une amnistie pour le futur équivaldrait en fait à une abrogation détournée de la loi et de son application.

50. - Quelques exemples de loi d'amnistie en Belgique³³⁴. La législation belge propose plusieurs exemples de loi d'amnistie. Il existe une loi relative à l'amnistie fiscale datant du 18 octobre 1945³³⁵. Le 4 août 1914³³⁶, le législateur belge a adopté une loi d'amnistie aux déserteurs. La loi précise que « [s]eront réintégrés dans les rangs de l'armée et exemptés de toute poursuite du chef de désertion ou de vente d'effets, les militaires qui ont déserté leur drapeau avant le 1er août 1914 et qui à partir du jour de la publication de la présente loi seront rentrés volontairement dans les rangs de l'armée dans les délais ci-après » (article 1^{er}). Nul besoin d'expliquer longuement que cette amnistie est peut-être moins motivée par un désir de clémence et de pardon que par une rapide nécessité de rassembler toutes les forces disponibles pour contrer l'envahisseur allemand en ce début de première guerre mondiale. En matière de désertion toujours, l'amnistie est accordée en 1980 pour « les infractions [...] relatives à la désertion, qui ont été commises avant l'entrée en vigueur de la présente loi et que le conseil de l'objection de conscience ou le conseil d'appel de l'objection de conscience reconnaîtra avoir été commises pour le seul motif que leur auteur avait des objections de conscience contre l'accomplissement du service militaire ou du service militaire arme »³³⁷.

³³² C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *op. cit.*, p. 38.

³³³ Ce second procédé est désigné, au Portugal, « pardon générique » (voy. M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 33).

³³⁴ Pour des exemples à l'étranger, notamment des lois d'amnistie comme outil dans les transitions démocratiques, voy. L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, pp. 215 à 221.

³³⁵ Loi du 18 octobre 1945 relative à l'amnistie fiscale, *M.B.*, 28 octobre 1945.

³³⁶ Loi du 4 août 1914 d'amnistie aux déserteurs, *M.B.*, 5 août 1914.

³³⁷ Lois coordonnées du 20 février 1980 portant le statut des objecteurs de conscience, *M.B.*, 19 mars 1980. Voy. plus précisément l'annexe de ces lois.

D'autres exemples existent encore, notamment en matière fiscale³³⁸. Tel est notamment le cas pour le rapatriement de valeurs mobilières de l'étranger vers la Belgique, ces valeurs n'ayant pas été déclarées à l'administration fiscale belge.

B. Les effets de l'amnistie

51. - Les effets de l'amnistie : sa fonction d'effacement. La première fonction de l'amnistie est de procéder à l'effacement du caractère infractionnel d'un acte, caractère pourtant qualifié de pénalement répréhensible par une disposition légale. Les effets induits par cet effacement sont importants : l'amnistie « abolit, efface, supprime. Jamais les infractions n'ont été commises. Jamais leur auteur n'a été puni. Il n'y a jamais rien eu »³³⁹. Dès lors, « que les personnes concernées aient ou non fait l'objet de poursuites, qu'elles aient ou non été condamnées, que la sanction ait ou non été infligée, les faits sont réputés n'avoir pas été délictueux et la peine n'avoir jamais été exécutée »³⁴⁰.

L'amnistie peut intervenir à divers moments d'une procédure pénale. Ses effets seront en effet différents selon que l'amnistie soit prononcée avant ou après la condamnation³⁴¹. Dans la première hypothèse, l'amnistie agit comme une extinction de l'action publique³⁴². Dans la seconde hypothèse, elle consacre l'anéantissement rétroactif d'une condamnation prononcée. Il ne faut donc pas avoir été condamné pour pouvoir bénéficier de l'amnistie. Le fait que l'amnistie puisse intervenir à ces deux stades empêche de l'assimiler à un régime d'exonération de responsabilité. En effet, un tel régime implique qu'il y ait eu une reconnaissance préalable d'une responsabilité – et donc d'une culpabilité –.

L'amnistie aboutit-elle à créer artificiellement une amnésie ? Des auteurs nuancent. Pour Vincent Seron écrit, « [s]i, suivant l'opinion dominante de la doctrine, l'amnistie constitue

³³⁸ Voy. notamment la loi du 31 décembre 2003 instaurant une déclaration libératoire unique, *M.B.*, 6 janvier 2004. Il semble cependant que la doctrine ne soit pas unanime lorsqu'il est question de qualifier les mesures prises de réelle amnistie pénale. Voy. les développements proposés par M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, pp. 56 à 59.

³³⁹ R. TAHON, « L'amnistie », *Mercuriale* prononcée le 15 septembre 1939 près la Cour d'appel de Liège, *Rev. dr. pén. crim.*, 1940, p. 11.

³⁴⁰ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 214.

³⁴¹ Le fait d'être condamné ne constitue donc aucunement une condition pour bénéficier d'une amnistie. Ceci traduit notamment le caractère général et englobant de la mesure d'amnistie.

³⁴² M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, p. 437.

effectivement un fait justificatif *a posteriori* qui rend licites les agissements visés, d'aucuns jugent toutefois cette analyse peu satisfaisante et préfèrent voir dans l'amnistie une décision du législateur déclarant que le trouble social causé par les faits envisagés a désormais cessé et qu'il convient de ne plus en parler. Cette déclaration, comme c'est le cas dans l'hypothèse de l'état de nécessité, supprime un des éléments constitutifs de l'infraction pénale, à savoir le trouble social, et fait dès lors obstacle à toute qualification pénale »³⁴³. L'amnistie n'est dès lors pas considérée comme un fait justificatif de l'acte incriminé, mais bien comme l'effacement d'un élément fondamental pour que le fait soit qualifié d'infraction pénale. Dans le même état d'esprit, Eric Millard affirme que « l'amnistie comme institution juridique ne fonctionne pas totalement sur une logique de l'effacement. Parce que le droit ne décrit pas ce qui s'est passé, mais prescrit ce qui doit se passer (donc dans l'immédiat et le futur), l'amnistie est une manière de dire : il ne faut pas condamner, ou reprocher des faits ; mais ces faits eux-mêmes ne sont pas niés. En cela, l'amnistie juridique ne participe pas d'une opération de réécriture de l'histoire décrite »³⁴⁴.

Autrement dit, l'amnistie ne consacre pas une forme artificielle d'amnésie. Elle enlève le constat qu'un comportement constitue un trouble sociale. Elle oblige à concevoir, pour le futur, que des agissements ne constituent plus des infractions pénales. La volonté de voir en l'amnistie un effacement tient au fait que, *de facto*, amnistier un comportement à des conséquences rétroactives.

L'amnistie emporte plusieurs conséquences concrètes. Dans le casier judiciaire, une condamnation amnistiée n'est plus indiquée. L'article 593 du Code d'instruction criminelle précise à cet égard qu'un certain nombre de personnes ont accès aux informations contenues dans le casier judiciaire central, à l'exclusion toutefois « des condamnations ayant fait l'objet d'une mesure d'amnistie » (article 593, alinéa 1^{er}, 1^o). En outre, l'amnistie a des implications en matière de récidive : une condamnation amnistiée ne peut pas être prise en compte dans la constatation d'une éventuelle récidive³⁴⁵. Enfin, une condamnation ayant bénéficié d'une mesure d'amnistie ne peut plus être l'objet d'une demande en réhabilitation³⁴⁶.

³⁴³ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 181.

³⁴⁴ E. MILLARD, « Epurations, amnistie, amnésie. Un bref éclairage sur le droit », op. cit., p. 4.

³⁴⁵ F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, 10^{ème} éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2014, p. 528 (« [...] une condamnation tombée dans "l'oubli juridique" (effacement, réhabilitation, amnistie) fait disparaître la récidive »).

³⁴⁶ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 38. Pour la réhabilitation, voy. *infra*.

52. - Les effets de l'amnistie : son incidence pénale. Sans entrer dans les détails, il y a simplement lieu d'indiquer que l'amnistie, lorsqu'elle est prononcée, n'empêche nullement la victime de poursuivre son action civile afin d'obtenir des dédommagements pour les préjudices subis. Par conséquent, les obligations de réparation qui naissent lors de la commission de l'infraction demeurent à charge du bénéficiaire de l'amnistie. En outre, l'amnistie n'a aucune conséquence sur une éventuelle sanction disciplinaire que pourrait prendre une autorité pour les faits commis.

Ses effets sont plus étendus que ceux de la grâce et de la prescription à deux niveaux³⁴⁷. D'abord, l'effacement provoqué par l'amnistie vaut pour les peines mais aussi pour les condamnations, ces-dernières disparaissant *ex tunc*. Ensuite, l'amnistie implique un effacement de mentions dans le casier judiciaire et le bulletin de renseignements³⁴⁸.

C. L'amnistie et l'oubli

53. - L'amnistie, une figure d'oubli, de pardon et de clémence ? Amnistie et oubli présentent sans aucun doute des liens³⁴⁹. La Cour de cassation française a, à ce titre, déjà soutenu que l'amnistie a « pour objet de couvrir du voile de l'oubli et d'effacer le souvenir et l'effet des condamnations ou poursuites »³⁵⁰. L'amnistie permet un oubli quasiment total – mais relatif – dès lors que non seulement la condamnation et la peine sont effacées, mais aussi les faits qui, au départ, ont été pénalement sanctionnés par cette condamnation et cette peine³⁵¹. Comme le soutient François Ost, « on fait comme si le mal n'avait jamais été ; le passé est réécrit et silence est imposé à la mémoire »³⁵². Ces faits au départ répréhensibles deviennent, par l'effet de l'amnistie, licites. Cependant, il y a lieu de nuancer le propos. Sur plan juridique, la fiction est de mise. Sur un plan davantage moral ou éthique, l'amnistie s'explique certes par « un souci politique d'apaisement, mais [elle] justifie nullement l'amendement du condamné

³⁴⁷ M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, p. 437.

³⁴⁸ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, *op. cit.*, p. 181.

³⁴⁹ S. LEFRANC, *Politiques du pardon*, coll. Fondements de la politique, Paris, PUF, 2002, pp. 329 et s.

³⁵⁰ Cass. fr., 19 juillet 1839, cité par C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *op. cit.*, p. 34.

³⁵¹ Sur ces liens entre amnistie, pardon, mémoire et oubli, voy. M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, pp. 440 à 442.

³⁵² F. OST, *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 144.

dont l'éventuelle nocuité reste entière »³⁵³. En ce sens, on soutient les propos de Michel Rocard, celui-ci affirmant que « [l']amnistie n'est pas l'oubli. Elle est un geste de pardon, pour que la vie reprenne et continue, pour que la réconciliation puisse l'emporter sur la violence et l'affrontement, pour que la paix, de nouveau, ait ses chances »³⁵⁴. Marc Verdussen abonde dans un sens identique : les lois d'amnistie « procèdent de l'idée d'un pardon juridique, elles sont pourtant impuissantes à décréter l'oubli »³⁵⁵.

Cette fiction particulière permet aussi à l'amnistie d'induire la clémence et le pardon que la société consent à un individu condamné. Certains auteurs considèrent cependant qu'une même mesure ne peut aboutir à garantir d'une part un oubli, d'autre part, le pardon. Ainsi, en s'appuyant sur les textes de Paul Ricœur, Myriam van der Brempt écrit ceci : dès lors que l'amnistie « requiert l'oubli, [elle] est le contraire du pardon, qui requiert justement la mémoire »³⁵⁶. Ce raisonnement ne peut être suivi. L'oubli n'est pas contraire au pardon. Tout comme le pardon ne requiert pas nécessairement – ou seulement – la mémoire. D'autant qu'à l'heure actuelle, les objectifs initiaux de l'amnistie semblent s'être quelque peu dilués. Aujourd'hui, « plus personne ne semble croire que l'amnistie comme processus politico-judiciaire puisse conduire à métaboliser socialement un traumatisme politique, conduire à mettre à distance rancœurs et rancunes, faire cesser l'empoisonnement du présent par le passé »³⁵⁷. Sans être aussi catégorique que cette approche, il est possible de rejoindre cet auteur en estimant que l'amnistie a en partie perdu cet objectif sociétal. Alors que l'idée de pardon collectif prédominait, peut-être est-ce désormais l'oubli qui constitue une des valeurs prépondérantes, ce pardon s'étant peu à peu effacé.

L'ensemble de ces valeurs intrinsèques à l'amnistie – et *a priori* contradictoires – s'expliquent plus clairement encore lorsqu'on s'attarde sur l'éthymologie du terme

³⁵³ J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, 6^{ème} éd., Liège, 1975, n° 726.

³⁵⁴ M. ROCARD, discours prononcé le 4 novembre 1988 à Lille, « au cours de la campagne pour le référendum de 1988 sur l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie » (L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 214).

³⁵⁵ M. VERDUSSEN, « L'amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », *op. cit.*, p. 437. Voy. les références citées par l'auteur en note 4. L'auteur précise ensuite que « [l']amnistie est un acte de pardon. Mais le pardon qu'elle véhicule est, et n'est que, juridique » (p. 438), et poursuit en développant la distinction entre le pardon juridique et le pardon éthique (pp. 438 et 439). Voy. encore à ce sujet, S. LEFRANC, *Politiques du pardon*, *op. cit.*

³⁵⁶ M. VAN DER BREMPT, « Lecture de "Sanction, réhabilitation, pardon" de P. Ricœur : chronique d'un dialogue manqué », in F.-X. DRUET, E. GANTY (coord.), *Rendre justice au droit. En lisant Le Juste de Paul Ricœur*, Presses universitaires de Namur, 1999, p. 264.

³⁵⁷ S. WAHNICH, « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime. Une approche historique », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, p. 95.

« amnistie ». Ce dernier provient des mots grecs « amnêstia » et « amnêstas », le premier signifiant « pardon », le second « oubli »³⁵⁸. Ainsi, Paul Martens écrit que le droit peut être utilisé comme « le bras séculier d'un oubli que l'on veut imposer ou conjurer. Il s'agit alors d'un phénomène de passage ou de transfert normatif : quand la mémoire s'obstine au souvenir, le droit lui enjoint l'amnésie. Le phénomène le plus typique est celui de l'amnistie »³⁵⁹. Certes, l'amnistie traduit le pardon et l'oubli. Toutefois, l'oubli n'est pas total. L'amnistie ne saurait se concevoir de façon absolutiste. Pour Michel van de Kerchove, « l'amnistie apparaît comme l'instrument de l'oubli par excellence », tout en soulignant « qu'on ne peut cependant pas conclure qu'il constitue la consécration d'un amnésie pure et simple »³⁶⁰. François Ost abonde dans le même sens³⁶¹. Ces constats rejoignent la nuance apportée au processus de « licisation » des faits.

Pourtant, si l'on considère que l'amnistie est une stratégie de l'oubli, cela impliquerait que tout individu – voire toute société – pourrait « oublier sur ordre ». Comme l'indique Nicole Loraux, « en soi, ce simple énoncé a bien peu de sens »³⁶². Effectivement, oublier sur ordre paraît difficilement concevable. Il y a lieu de distinguer l'amnistie selon qu'on prenne en compte ses effets juridiques ou selon qu'on prenne en compte ses effets historiques. Dans la première situation, l'amnistie implique un oubli au regard de la loi. Dans le second sens, l'oubli est alors inconcevable³⁶³.

D. L'amnistie et la presse

54. - L'amnistie et la liberté d'expression. La doctrine et la jurisprudence relatives à l'amnistie ne font quasiment aucune mention des incidences qu'une mesure d'amnistie peut avoir pour la presse, et plus largement pour la liberté d'expression. Marc Verdussen et Elise Degrave soutiennent simplement que « [t]oute loi d'amnistie doit être compatible avec les droits fondamentaux reconnus par la Constitution et notamment avec le principe d'égalité et de non-

³⁵⁸ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998, p. 117.

³⁵⁹ P. MARTENS, « Temps, mémoire, oubli et droit », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCKOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique, L'accélération du temps juridique*, Collection générale n° 83, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 732.

³⁶⁰ M. VAN DE KERCKOVE, *Quand dire, c'est punir – Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2005, p. 277.

³⁶¹ F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 147.

³⁶² N. LORAUX, « De l'amnistie et de son contraire », op. cit., p. 23.

³⁶³ L'on peut y déceler la différence entre l'oubli juridique et la mémoire collective.

discrimination. La compatibilité d'une loi d'amnistie à ce principe suppose un rapport d'adéquation et de proportionnalité entre le champ d'application de cette mesure [...] et l'objectif poursuivi par le législateur. De surcroît, cet objectif doit se concilier avec l'ensemble des règles et principes constitutionnels. [...] Au-delà de la Constitution, toute loi d'amnistie doit être compatible avec les droits fondamentaux reconnus au niveau international. On pense spécialement aux droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme au profit des justiciables, telles les victimes des actes couverts par l'amnistie. Comme l'a souligné la Commission européenne, l'Etat n'est "en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires" qu'à la condition "qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un Etat et l'intérêt des justiciables"³⁶⁴ »³⁶⁵.

Aucune mention n'est faite de la liberté d'expression. La question de savoir si l'amnistie implique un silence pour la presse semble donc rester ouverte. Toutefois, il est possible d'apporter une précision au regard des infractions relatives aux atteintes à l'honneur telles que répertoriées aux articles 443 et suivants du Code pénal. En effet, l'article 443 indique que « [c]elui qui, dans les cas ci-après indiqués, a méchamment imputé à une personne un fait précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne ou à l'exposer au mépris public, et dont la preuve légale n'est pas rapportée, est coupable de calomnie lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, et de diffamation lorsque la loi n'admet pas cette preuve ». Calomnie et diffamation ont pour point commun le fait que la preuve légale du fait imputé n'est pas rapportée, ce qui permet de le considérer comme étant réputé faux³⁶⁶. La distinction entre ces deux infractions s'articule autour de l'admissibilité de l'apport de la preuve. On parle de calomnie lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, mais que celle-ci n'est pas rapportée. Lorsqu'un fait imputé concerne la vie privée, le délit de calomnie est constitué parce qu'il n'existe aucune similitude entre ces faits et un jugement ou tout autre acte authentique. Quant à la diffamation, la loi n'admet simplement pas la preuve : « [i]l en est ainsi lorsque ce fait est un acte de la vie privée qui ne constitue pas une infraction et qui n'est pas susceptible d'être constaté par un jugement ou tout autre acte authentique »³⁶⁷. Autrement dit, au moment de

³⁶⁴ Comm. eur. D.H. (déc.), 2 septembre 1991, *Dujardin c. France*, req. n° 16.734/90.

³⁶⁵ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., pp. 44 et 45.

³⁶⁶ A. LORENT, « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes. Calomnie et diffamation », *Droit pénal et procédure pénale*, Waterloo, Kluwer, Suppl. 10, 1^{er} janvier 2005, p. 30, n° 55.

³⁶⁷ *Ibidem*.

l'imputation de faits, il n'existe aucune preuve légale de ceux-ci, cette preuve légale devant résulter soit d'un jugement soit d'un acte authentique³⁶⁸.

L'amnistie a des conséquences sur l'administration de la preuve. Lorsqu'un fait a été amnistié, compte tenu des effets de l'amnistie, la preuve par jugement n'est plus possible. Toute personne qui diffuserait une information relative à un fait amnistié pourrait être coupable de diffamation, pour autant que les autres conditions de cette infraction soient remplies. Ce raisonnement est confirmé, notamment par Philippe Lambert qui écrit qu'« [e]n ce qui concerne la diffamation, il faut que la preuve du fait soit interdite ou impossible, c'est-à-dire que le fait imputé rentre dans la vie privée et ne soit pas susceptible d'être constaté par un jugement ou par un acte authentique (article 447, alinéa 2, C. pén.) ; il y aura dès lors diffamation lorsqu'on impute méchamment à quelqu'un d'avoir commis un vol qui est prescrit ou amnistié ou qui a été couvert par la réhabilitation »³⁶⁹.

Un autre délit pénal relatif à l'atteinte à l'honneur est inscrit à l'article 449 du Code pénal. La divulgation méchante s'entend comme « le fait de porter à la connaissance d'un large public un fait vrai dans le seul but de nuire à autrui »³⁷⁰. Ce qui permet de distinguer cette infraction de celles inscrites à l'article 443 du même code, c'est la présence, au moment où l'imputation méchante est réalisée, d'une preuve légale, notamment issue d'une décision de justice. Or, tout comme pour la réhabilitation, l'amnistie a pour effet d'effacer une décision de justice, faisant disparaître la preuve légale. Par conséquent, il ne peut y avoir de divulgation méchante : en l'absence de preuve des faits imputés, il est question de calomnie ou de diffamation.

55. - Le conflit entre l'amnistie et la liberté d'expression dans la jurisprudence. La jurisprudence sur la question des incidences de l'amnistie sur la liberté d'expression n'est pas nombreuse. On dénombre quelques décisions en France, ainsi qu'une décision intéressante – ce qui justifie qu'on s'y attarde – rendue par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud.

³⁶⁸ P. LAMBERT, « Diffamation », *Postal Mémoires*, n° 93, décembre 2008, D130/12.

³⁶⁹ *Ibidem*, D130/14 ; C.A. Paris, 15 janvier 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, n° 311, p. 13.

³⁷⁰ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, *op. cit.*, p. 188.

La Cour d'appel de Paris a, en 1965³⁷¹, considéré qu'un historien reprenant une condamnation d'une personne qui avait été mêlée à des faits décrits n'avait pas d'intention de nuire, et par conséquent ne pouvait être condamnée pour calomnie ou diffamation. Or, en l'espèce, la condamnation avait été amnistiée. L'arrêt a néanmoins considéré que « la fiction suivant laquelle les faits ainsi réprimés n'avaient jamais été incriminés, n'avait point pour effet d'effacer matériellement ceux-ci ».

En 2013, un arrêt de la Cour de cassation française énonce que « si la circonstance que les écrits incriminés ont eu pour objet de porter à la connaissance du public les agissements dans leur jeunesse de deux hommes politiques peut justifier, en cas de bonne foi de leur auteur, la diffamation, il ne saurait en être ainsi, sauf à violer les textes précités, lorsqu'elle consiste dans le rappel de condamnations amnistiées, lequel est interdit sous peine de sanction pénale »³⁷². La procédure judiciaire fait suite à la publication sur internet, en 2009, de différents articles constitués d'anciennes coupures de presse datant de 1965. Ces extraits reprennent les « aventures estivales » de deux parisiens ayant commis quelques vols, l'un de ceux-ci étant par la suite devenu homme politique. La Cour de cassation casse un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 11 janvier 2012 qui justifiait la publication de faits amnistiés en accordant le bénéfice de la bonne foi aux auteurs. En effet, pour qu'il y ait diffamation (ou calomnie), il faut la présence d'un élément moral, c'est-à-dire d'une réelle intention de nuire. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, la bonne foi présente dans le chef de l'auteur a pour conséquence d'exclure l'infraction pénale dans son chef. Dans son pourvoi devant la Cour de cassation, le demandeur invoque trois arguments. Le premier s'appuie sur le principe d'interdiction de rappel d'une condamnation amnistiée. La Cour de cassation, n'analysant que ce premier argument dans son arrêt, suit le raisonnement tenu par le demandeur. Ainsi, l'interdiction de rappel, inscrite en France à l'article 133-11 du Code pénal³⁷³, constitue une ingérence à la liberté d'expression, cette atteinte étant conforme aux conditions énumérées par

³⁷¹ C.A. Paris, 3 novembre 1965, *Gaz. Pal.*, 1966, I, p. 220.

³⁷² Cass. fr. (1^{ère} ch., civ.), 16 mai 2013, n° 12-19.783, disponible sur www.legifrance.fr (consulté le 12 janvier 2017). Les textes précités dont il est fait référence aux articles 29 et 32 de la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (*J.O.R.F.*, 30 juillet 1881). Ces deux dispositions concernent la diffamation. Voy. enfin un bref commentaire de cet arrêt : S. LAVRIC, « Presse : la bonne foi limitée par l'interdiction de rappeler des faits amnistiés », www.dalloz-actualite.fr (consulté le 12 janvier 2017).

³⁷³ Selon cette disposition, « [i]l est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

l'article 10, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les deuxième et troisième arguments n'ont pas été évoqués dans l'arrêt de la Cour. Ils sont pourtant intéressants. L'un porte sur la notion d'actualité. Le demandeur souhaite savoir si un simple « buzz » peut être considéré comme un événement susceptible d'être rapporté par la presse « sans vérification propre ». L'autre porte sur la notion de débat d'intérêt général. Peut-on, sur base de ce motif, justifier la mise en cause d'un homme public pour des faits intervenus quarante-cinq ans auparavant, alors que cet homme politique était encore mineur ? Cette question, laissée sans réponse par la Cour, s'inscrit totalement dans l'esprit du droit l'oubli.

En Afrique du Sud, dans le contexte tout à fait particulier de la Commission Vérité et réconciliation, des mesures d'amnistie ont été prises. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a rendu en avril 2011 une décision *The Citizen PTY and Others c. Robert Mc Bride*³⁷⁴ relative aux effets de l'amnistie sur la liberté d'expression. Dans le cadre d'articles diffusés dans la presse écrite, le terme « meurtrier » est utilisé à l'encontre d'une personne ayant bénéficié de l'amnistie octroyée dans le cadre de la Commission Vérité et réconciliation. Cette personne avait préalablement été condamnée pour un attentat meurtrier dans un restaurant et une discothèque. Elle estime que l'utilisation de ce qualificatif constitue une diffamation à son égard. La Cour constitutionnelle s'interroge donc sur l'impact de cette amnistie pour les médias et la liberté d'expression. Dans sa décision, elle considère que « l'octroi d'une amnistie dans le cadre du processus de vérité et de réconciliation ne peut pas déboucher sur une immunité absolue allant jusqu'à effacer l'existence des faits »³⁷⁵. Dès lors, la presse peut parfaitement rappeler des faits connus sans que cela puisse être considéré comme étant diffamatoire. Xavier Philippe indique à propos de cette décision que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud limite « les effets de l'amnistie au seul bénéfice de la restitution du statut pénal et civil antérieur du demandeur »³⁷⁶.

56. - Les conséquences de l'amnistie pour la presse. Les conséquences d'une loi d'amnistie sont donc importantes pour la presse puisqu'elles exposent les journalistes, et plus largement tous les utilisateurs de la liberté d'expression, à une limite. Les potentielles condamnations sur

³⁷⁴ Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, 8 avril 2011, *The Citizen PTY and Others c. Robert Mc Bride*.

³⁷⁵ X. PHILIPPE, « L'amnistie devant le juge constitutionnel », *Constitutions*, 2013, p. 232.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 233. L'auteur ajoute que « [s]i le constituant a voulu cette amnistie, il ne l'a pas voulu à n'importe quel prix mais comme la recherche d'un équilibre entre la volonté de connaissance du passé et les impératifs de la réconciliation. Donner un effet sans limite aux immunités conférées par la reconnaissance de la responsabilité de l'auteur aurait dépassé sa volonté ».

base des fondements législatifs pénaux rappelés ci-avant constituent sans nul doute des ingérences à la liberté d'expression. Il est intéressant de se demander si de telles ingérences passent le triple test de la Cour européenne des droits de l'homme. Se fondant sur l'article 10, § 2 de la Convention, toute ingérence doit être « prévue par la loi », doit poursuivre un « but légitime », et doit enfin « être nécessaire dans une société démocratique ». En ce qui concerne la première condition, la légalité, l'ingérence découlerait en réalité d'une combinaison de deux dispositions légales : d'une part, la loi d'amnistie, celle-ci ayant des conséquences sur ce qui peut être dit et ce qui ne le peut pas, d'autre part, le Code pénal, celui-ci établissant le délit de diffamation, et par conséquent la condamnation pénale. Ensuite, la légitimité constitue la deuxième condition. Celle-ci n'appelle pas de larges développements. L'article 10, § 2 mentionnant limitativement certains objectifs qui viennent légitimer les ingérences, il semble que les ingérences visées puissent viser la « protection de la réputation ou les droits d'autrui ». Enfin, la troisième condition implique la proportionnalité de la mesure. S'appuyant sur les objectifs premiers de l'amnistie tels que rappelés ci-avant, l'on peut considérer qu'elle emporte aussi un oubli applicable à la presse. Il s'agit là, pleinement, d'un cas d'application, certes particulier, du droit à l'oubli.

Concrètement, cette responsabilité pénale est néanmoins ineffective. En effet, lorsque le délit de diffamation est commis par la presse, il y a qualification de délit de presse, ce qui *de facto* implique que le journaliste n'ait rien à craindre. Seule une responsabilité civile pourrait être engagée en démontrant l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité.

§ 3. La grâce

57. - Notions et fondements. La grâce implique une dispense. Une peine ne doit désormais plus être totalement ou partiellement exécutée. La grâce se matérialise de trois façons différentes : il s'agit soit d'une remise pure et simple de la totalité d'une peine prononcée, soit de la réduction de celle-ci (c'est-à-dire d'une remise partielle de la peine), soit encore d'une commutation de la sanction pénale³⁷⁷. Dans cette dernière hypothèse, la peine prononcée par le juge pénal est en réalité remplacée par une autre peine plus favorable, et constitue en cela une forme de dispense.

³⁷⁷ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 61 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 669.

La grâce est une prérogative octroyée traditionnellement au Chef d'un Etat³⁷⁸. En Belgique, ce « pouvoir de grâce »³⁷⁹ est organisé par la Constitution. L'article 110 précise que « [l]e Roi a le droit de remettre ou de réduire les peines prononcées par les juges, sauf ce qui est statué relativement aux ministres et aux membres des Gouvernements de communauté et de région ». Pour ce qui concerne cette exception, l'article 111 ajoute que « [l]e Roi ne peut faire grâce au ministre ou au membre d'un Gouvernement de communauté ou de région condamné par la Cour de cassation, que sur la demande de la Chambre des représentants ou du Parlement concerné ». Ces dispositions constitutionnelles confèrent exclusivement au Roi, c'est-à-dire à l'autorité fédérale, le pouvoir de faire grâce. Cependant, « le jour où des condamnations pénales seront prononcées par des juridictions instituées par les collectivités fédérées, il conviendra de s'interroger sur un éventuel partage du pouvoir de faire grâce »³⁸⁰. En outre, cette compétence dévolue au Roi par le texte constitutionnel n'induit pas, pour la personne du Roi, une compétence exclusive et personnelle. Le monarque peut gracier, cet acte devant obligatoirement s'accompagner d'un contreseing ministériel³⁸¹. En pratique, il s'agit essentiellement du Ministre de la Justice qui propose à la signature royale des dossiers d'amnistie³⁸².

58. - La grâce sous conditions. L'octroi d'une grâce est conditionné au respect d'un certain nombre d'exigence. D'abord, la grâce ne peut être prononcée qu'en faveur d'une condamnation

³⁷⁸ Au départ, la grâce est essentiellement attribuée à des monarques. Aujourd'hui, avec l'évolution de nos démocraties modernes et le remplacement des monarchies par des républiques, la grâce est un pouvoir qui revient aussi bien au monarque qu'au président élu. En France, le Chef de l'Etat dispose de cette prérogative. Sans doute davantage que dans d'autres républiques, cette prérogative est issue en réalité de la tradition monarchique qui a influencé pendant plusieurs siècles les institutions françaises. Enfin, dans certains Etats, la grâce est aussi une prérogative attribuée à l'assemblée, voire à un ministre. A cet effet, voy. H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 245.

³⁷⁹ Voy. X. PRÉTOT, « Le pouvoir de faire grâce », *Rev. dr. publ.*, 1983, p. 1528, cité par M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 61. L'auteur soutient que, vu les mutations que les régimes politiques ont connus, le « droit de grâce » est en réalité devenu aujourd'hui un « pouvoir de faire grâce ».

³⁸⁰ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 69.

³⁸¹ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 674. L'article 106 de la Constitution indique qu'« [a]ucun acte du Roi ne peut avoir d'effet, s'il n'est contresigné par un ministre, qui, par cela seul, s'en rend responsable ». Cette réalité est traduite notamment par la maxime « le Roi règne mais ne gouverne pas » (phrase attribuée à Adolphe Thiers qu'il aurait dite à l'époque de la Restauration, en France).

³⁸² Sur la compatibilité de la grâce avec le principe de séparation des pouvoirs, voy. P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 659, n° 492. L'auteur précise que « [e], fait, la séparation des pouvoirs est respectée. Justice est rendue ; la condamnation a été prononcée ; elle restera inscrite dans le casier judiciaire ; elle continuera à sortir ses effets civils ; notamment les incapacités juridiques attachées à la peine substitueront. Seule celle-ci n'est pas exécutée : l'amende ne sera pas payée, le condamné ne sera pas incarcéré. C'est bien de la compétence de l'Exécutif.

définitive et irrévocable³⁸³. Il est donc inenvisageable que le Roi gracie un individu simplement poursuivi devant la justice pénale. En cela, elle diffère déjà de l'amnistie. En revanche, ces deux institutions se rejoignent sur le fait que toutes deux ne peuvent porter que sur des faits antérieurs. Il n'est pas possible de gracier pour l'avenir. Une troisième précision concerne l'objet de la grâce : l'article 110 de la Constitution recourt au terme « peine », visant par-là les seules sanctions pénales édictées par des normes législatives et prononcées par des juridictions pénales. Les peines disciplinaires, comme pour l'amnistie, ne sont donc pas visées.

La personne condamnée ne bénéficie pas d'un « droit de grâce ». Sa demande doit en effet suivre une procédure particulière qui ne se conclut pas automatiquement de façon positive, même lorsque toutes les conditions d'une grâce sont réunies. A ce titre, il est plus correct d'évoquer un « recours en grâce ». Cette demande est introduite soit par la personne condamnée souhaitant bénéficier de cette mesure, soit par le Ministère public, soit encore par le directeur d'un établissement pénitentiaire³⁸⁴. Outre cette grâce initiée par une requête du condamné, le Roi peut aussi, de sa propre initiative et de façon plus spontanée, gracier certaines personnes, individuellement ou collectivement. A titre d'exemple, cette grâce spontanée a été mise en œuvre pour commuer systématiquement les peines de mort prononcées à l'époque par les juridictions belges en peines privatives de liberté³⁸⁵. D'autres grâces spontanées ont été octroyées par le Roi Baudouin³⁸⁶. Il s'agissait souvent de fêter certains événements par l'adoption d'un arrêté royal de grâce collective. Ce type de grâce, à vocation collective est, semble-t-il tombé en désuétude à la suite du règne du Roi Baudouin. A raison dès lors que les grâces collectives « s'écartent de la vocation originaires du pouvoir de faire grâce, qui revêt avant tout un caractère individuel et concert »³⁸⁷. Quant aux grâces individuelles, les Chefs

³⁸³ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 71.

³⁸⁴ En 2016, on a dénombré 651 requêtes auprès du Roi Philippe. A la fin de l'année 2016, seules trois dossiers ont abouti à une grâce (A. HOVINE, « Des grâces royales au compte-gouttes », www.lalibrebelgique.be, consulté le 10 janvier 2017).

³⁸⁵ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 78. Les auteurs indiquent que cette commutation systématique est initiée par le Reine Louise Marie d'Orléans, épouse du Roi Léopold I^{er}.

³⁸⁶ Tel a été le cas lors du soixantième anniversaire du Roi Baudouin (arrêté royal du 7 septembre 1990 de grâce collective, *M.B.*, 8 septembre 1990), de son quarantième anniversaire d'accession au trône (arrêté royal du 19 juin 1991 de grâce collective, *M.B.*, 16 juillet 1991), ou encore afin de célébrer la présidence belge des Communautés européennes (arrêté royal du 24 juin 1993 de grâce collective, *M.B.*, 30 juin 1993). Sous le règne du Roi Baudouin, d'autres arrêtés royaux de grâce collective ont été adoptés : le 21 novembre 1988 (*M.B.*, 29 novembre 1988) ; le 18 novembre 1985 (*M.B.*, 14 décembre 1985) ; le 15 mai 1985 (*M.B.*, 18 mai 1985) ; le 21 septembre 1984 (*M.B.*, 29 septembre 1984) ; le 27 juin 1980 (*M.B.*, 28 juin 1980).

³⁸⁷ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 79.

d'Etat continuent à en octroyer au compte-goutte³⁸⁸, généralement pour des infractions très légères³⁸⁹.

59. - Effets de la grâce. A la différence de la mesure d'amnistie, la grâce « n'a aucune incidence sur le caractère répréhensible des faits »³⁹⁰. En effet, seule l'exécution de la peine est touchée par la mesure de grâce. Ceci implique que, lorsque la grâce est prononcée, la peine soit encore en cours d'application ou soit du moins encore susceptible d'application. En revanche, la grâce n'a aucune incidence sur la condamnation ainsi que ses effets. La Cour de cassation a, à ce sujet, déjà pu confirmer que la grâce n'emporte aucun effet rétroactif, « sauf disposition légale dérogatoire »³⁹¹.

Dès lors que la grâce ne dispose pas d'effets rétroactifs, les mentions faites des condamnations dans le casier judiciaire d'une personne ne subissent aucune altération. Aucun effacement n'est prévu puisque seule la peine est suspendue, remplacée ou supprimée.

60. - La grâce, une institution obsolète ? Depuis toujours, la grâce est une prérogative du monarque ou chef de l'Etat. A l'heure actuelle, cette institution semble cependant anachronique, perçue comme une réminiscence des anciens régimes en place avant les démocraties modernes, concurrencée notamment par d'autres institutions plus modernes (remise en liberté, bracelet électronique, libération conditionnelle, etc.). Et pourtant, la grâce individuelle semble s'inscrire dans une tendance – pénale – qui prend une place de plus en plus importante dans l'exercice de la justice : l'individualisation de la répression pénale³⁹². Sous cet angle, elle peut alors retrouver une certaine actualité.

³⁸⁸ Le nombre de dossiers introduits en Belgique restent importants : 651 en 2016, 553 en 2015, 837 en 2014, 1107 en 2013.

³⁸⁹ Voy. cependant en France, une grâce octroyée le 28 décembre 2016 par le Président François Hollande à une personne condamnée à dix années de prison pour le meurtre de son mari. Les circonstances étaient cependant particulières puisque le meurtre avait été commis à la suite de brutalités conjugales récurrentes commises par son mari. La personne condamnée était devenue une sorte de symbole des violences conjugales. La grâce a été octroyée à la suite d'un nouveau refus, en appel, d'une demande de liberté conditionnelle.

³⁹⁰ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 61.

³⁹¹ Cass., 27 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 101.

³⁹² M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 90. En ce sens, voy. aussi H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », op. cit., pp. 245 et 246.

Selon Marc Verdussen et Elise Degrave, trois fonctions peuvent encore être assumées par la grâce³⁹³. Premièrement, une fonction correctrice. La grâce doit permettre de réparer des erreurs judiciaires³⁹⁴. Elle peut à ce titre constituer le dernier remède pour toute personne qui se verrait condamner à mauvais escient. Ensuite, la grâce peut servir d'instrument de gestion pénitentiaire et de cohésion. On parle alors d'une fonction davantage instrumentale. Ainsi, la grâce peut permettre de désengorger des prisons surpeuplées, et mettre en œuvre alors un « pardon de délestage »³⁹⁵. Cette fonction moderne de la grâce n'est toutefois plus justifiée par la clémence ou l'oubli : il s'agit essentiellement de faire face à la surpopulation carcérale. Par conséquent, il paraît étrange de pouvoir associer l'idée de « délestage » à celle d'un pardon. Enfin, la grâce conserve une dernière fonction symbolique, fonction que les institutions plus modernes citées ci-avant ne remplissent que difficilement³⁹⁶. Elle se conçoit comme une prérogative détenue par le Roi, celui-ci faisant œuvre de bonté et de générosité lorsqu'il use de son pouvoir. Mais, comme l'indique les auteurs cités ci-avant, l'argumentaire n'est plus ici justifié par des considérations simplement juridiques, mais seulement par des considérations affectives, subjectives et irrationnelles. Il faut ajouter que cette dernière prérogative renoue cependant avec l'obsolescence de la notion de grâce tant elle paraît, dans cette dimension, être l'apanage des monarques d'un temps révolu.

61. - La grâce et l'oubli. Sans nul doute, le concept de « grâce » a fortement évolué à travers la construction des sociétés modernes. Les objectifs d'antan ne sont plus. La grâce est justifiée aujourd'hui par de nouvelles considérations. Cependant, ces anciens objectifs n'ont pas totalement disparu. On les retrouve dans des figures juridiques plus modernes : « certains objectifs assignés à la grâce, en d'autres temps ou sous d'autres horizons, sont désormais atteints par des moyens distincts, telle la liberté provisoire. Ceux-ci s'éloignent de l'idée de clémence : il ne s'agit plus ni de pardonner, ni d'oublier »³⁹⁷. A ce titre, la fonction de gestion pénitentiaire de la grâce, dans sa dimension instrumentale, entre parfaitement dans ce constat : dès lors que la grâce s'apparente à un « pardon de délestage » et qu'elle est accordée avec pour seul objectif de diminuer le nombre de résidants dans les prisons, les autorités doivent plutôt

³⁹³ Les développements qui suivent sont tirés de M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., pp. 90 à 95. Voy. ces pages pour une analyse plus détaillée. Voy. aussi M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., pp. 685 à 688.

³⁹⁴ P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 659, n° 492.

³⁹⁵ S. LEFRANC, *Politiques du pardon*, op. cit., p. 227.

³⁹⁶ H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », op. cit., p. 246.

³⁹⁷ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 90.

que de gracier, recourir à la liberté conditionnelle, ou tout autre procédé particulier d'exécution de la peine.

Il devient difficile d'entrevoir dans les nouvelles valeurs véhiculées par la grâce une dimension d'oubli. Certes, cette figure juridique se matérialise parfois par une remise pure et simple de la peine. Pour autant, la condamnation demeure, et peut à tout moment être rappelée par des tiers. Et lorsque la grâce prend effet par une diminution de la peine ou une commutation de celle-ci, la dimension de l'oubli semble s'éloigner davantage encore.

62. - La grâce et la presse. Les effets de la grâce sont nettement plus limités que ceux de l'amnistie. La grâce n'a d'implication que sur l'exécution de la peine. Par conséquent, une mesure de grâce n'a aucun effet sur la liberté d'expression. Un journaliste peut parfaitement faire état d'une condamnation graciée, sans craindre les couperets des dispositions pénales en matière de diffamation et calomnie. Cependant, pourrait-on considérer que l'absence de mention d'une mesure de grâce dans un article de presse ou une émission télévisée puisse aboutir à une action en responsabilité civile pour atteinte à l'honneur de la personne condamnée ? La réponse doit être négative. La mesure de grâce n'étant pas reprise dans le casier judiciaire, l'information n'est en elle-même pas diffusée. La mesure étant généralement individuelle, elle ne fait pas l'objet d'une publicité particulière. Le droit à l'oubli permet cependant, comme pour toute autre condamnation, de restreindre le rappel d'une décision judiciaire qui aurait été graciée.

§ 4. Un concept français : la grâce amnistiante

63. - Notions et fondements. La grâce amnistiante³⁹⁸ est typiquement française³⁹⁹. Elle fait en réalité écho à une amnistie de portée individuelle. Comme son nom l'indique, elle est une combinaison d'une part des effets de la grâce, d'autre part, de ceux de l'amnistie. Inconnu en droit belge, ce mécanisme implique que, dans la loi d'amnistie, soient indiqués « les faits délictueux auxquels devra s'étendre la mesure d'indulgence » tout en laissant « au chef de l'Etat

³⁹⁸ Pauline Türk parle d'une appellation malencontreuse. P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentielle à l'issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, p. 517.

³⁹⁹ Dès lors qu'il s'agit d'un concept français n'ayant pas d'équivalent direct en droit belge, les développements proposés seront extrêmement succincts. Il est néanmoins intéressant, compte tenu des développements proposés relatifs aux autres formes pénales d'oubli, d'explicitier brièvement ce qu'est la grâce amnistiante.

le soin de déterminer ensuite, par voie de grâces individuelles, quels seront, parmi les auteurs des faits prévus par la loi, les seuls bénéficiaires de l'amnistie »⁴⁰⁰. Le cadre est donc déterminé par le législateur, le pouvoir d'amnistier est ensuite délégué au chef de l'Etat, soit le Président de la République.

Le fondement de ce dispositif figure aux articles 13 et 14 de la loi n° 66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie⁴⁰¹. Repris sous le titre « [a]mnistie par mesure individuelle », les dispositions visées n'évoquent en aucune façon l'amnistie ou la grâce. Pourtant, le processus organisé combine « les avantages de la grâce, qui permet une grande individualisation, mais dont les effets sont limités, avec ceux de l'amnistie qui ne permet guère d'individualisation mais dont les effets sont énergiques »⁴⁰². Sa première apparition daterait de 1879, « dans le cadre de l'amnistie de la Commune »⁴⁰³.

Sans entrer davantage dans les détails de cet outil juridique⁴⁰⁴, précisons qu'il a pour conséquence que le législateur français offre « une marge de manœuvre au pouvoir exécutif dans un domaine qui lui a été réservé par la constitution. Même s'il encadre les modalités de la délégation au pouvoir exécutif, ce dernier dispose d'un instrument d'intrusion d'une part, dans le débat parlementaire qui construit en tant que représentation nationale le socle de la réconciliation de l'apaisement que constitue l'amnistie et d'autre part, dans le travail judiciaire remettant en cause soit les procédures en cours soit les condamnations définitives. Ce sont des immixtions, entorses au principe de séparation des pouvoirs non seulement qui rappellent les

⁴⁰⁰ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, 1975, p. 1060. Voy. aussi M. CONAN, « Amnistie présidentielle et tradition », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2001/9-10, p. 1309 ; J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice », 2006, p. 202 ; S. GACON, « Les amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) », *op. cit.*, p. 275 ; P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentielle à l'issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *op. cit.*, p. 527 ; B. BOULOC, « L'amnistie d'un sportif de haut niveau », *D.*, 2006, p. 1473 ;

⁴⁰¹ Loi n° 66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 23 juin 1966.

⁴⁰² J. PRADEL, *Droit pénal général*, coll. Référence, Paris, Cujas, 2004, n° 358, cité par J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, *op. cit.*, p. 202.

⁴⁰³ S. GACON, « Les amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) », *op. cit.*, pp. 275 et 276. L'auteur indique encore, en note 13, que toutes les lois françaises portant amnistie pour des faits commis en Algérie, comportent des procédures de grâce amnistiante.

⁴⁰⁴ Sur des cas d'application, voy. notamment P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 2006/4, p. 167. Voy. aussi, pour des développements complémentaires, G. JÈZE, « Nature juridique de la grâce, de l'amnistie et de la grâce amnistiante », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, pp. 437 à 448.

prérogatives régaliennes de l'ancien régime mais aussi, sont toujours délicates à légitimer. Elles doivent rester exceptionnelles et rester sous surveillance du parlement »⁴⁰⁵.

Dans ses effets, la grâce amnistiante semble en réalité se matérialiser par une amnistie de portée individuelle.

§ 5. La réhabilitation

64. - Notions et fondements. En droit belge, la réhabilitation est au départ présente dans le Code d'instruction criminelle de 1808, et a ensuite été supprimée par l'adoption du Code pénal du 8 juin 1867, et plus précisément par l'instauration en son sein du droit de grâce⁴⁰⁶. En réalité, le législateur à l'époque a considéré que la consécration de ce droit aboutissait à rendre les dispositions relatives à la réhabilitation redondantes, et donc inutiles⁴⁰⁷. Cependant, la réhabilitation légale est rétablie par une loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation en matière pénale⁴⁰⁸. Afin de distinguer les deux institutions, le législateur décide de confier à la chambre des mises en accusation cette prérogative, faisant de la réhabilitation une procédure dorénavant purement judiciaire. Le recours à cette juridiction s'explique notamment par la garantie du huis clos : « [i]l aurait en effet été inconcevable de statuer sur la réhabilitation en audience publique au moment où l'intéressé souhaitait faire disparaître toute trace de sa condamnation »⁴⁰⁹. Le régime de la réhabilitation a ensuite subi plusieurs modifications législatives⁴¹⁰. A l'heure

⁴⁰⁵ J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, op. cit., p. 202.

⁴⁰⁶ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 138.

⁴⁰⁷ Dans les travaux parlementaires, on peut lire qu'« [i]l est évident que le droit de grâce, qui s'applique à l'interdiction comme à toutes les peines prononcées par les juges, et qui n'admet ni terme, ni condition, rend inutile la réhabilitation établie par le Code d'instruction criminelle. D'ailleurs, cette institution est soumise à des formes trop lentes et trop compliquées pour atteindre son but. A force de restrictions et de solennités, le législateur a ôté toute son efficacité, toute sa vigueur. Aussi la commission a-t-elle été unanime pour la suppression de la réhabilitation légale » (exposé des motifs du nouveau Code pénal, fait par M. Haus, au nom de la Commission du gouvernement, dans le cadre du projet de loi sur la réhabilitation pénale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1894-1895, n° 193).

⁴⁰⁸ Loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 29 avril 1896.

⁴⁰⁹ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 139.

⁴¹⁰ Voy. l'historique repris par V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., pp 143 à 146. Les lois modificatrices sont les suivantes : la loi du 9 janvier 1991 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 5 février 1991, p. 2221 ; la loi du 12 juillet 1984 modifiant l'article 621 du Code d'instruction criminelle et le texte français de l'article 627, *M.B.*, 31 août 1984 ; la loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 1^{er} mai 1964 ; la loi du 8 février 1954 modifiant la loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 18 février 1954 ; l'arrêté-loi du 25 février 1947 modifiant l'article 3 de la loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 3 mars 1947.

actuelle, la réhabilitation est consacrée aux articles 621 et suivants du Code d'instruction criminelle. Le premier article indique que « [t]out condamné à des peines non susceptibles d'être effacées conformément à l'article 619 peut être réhabilité s'il n'a pas bénéficié de la réhabilitation depuis dix ans au moins »⁴¹¹. Les articles 622 et suivants détaillent les conditions ainsi que la procédure devant être respectées afin de pouvoir bénéficier de la réhabilitation.

Outre sa présence dans le Code d'instruction criminelle, la réhabilitation fait aussi l'objet d'une recommandation prise par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1984 sur le casier judiciaire et la réhabilitation des condamnés⁴¹². Le texte évoque notamment l'organisation d'une « réhabilitation automatique après un délai raisonnablement court ». Le système se veut donc automatique : passé un délai, la réhabilitation devient un droit pour la personne condamnée. Il s'agit, en quelque sorte, d'une date de péremption des informations judiciaires. En outre, le texte européen recommande aux Etats membres de « prévoir que la réhabilitation comporte l'interdiction de faire état sans motif impérieux, prévu par le droit national, des condamnations d'une personne réhabilitée ». Sans doute vise-t-on plus précisément la presse ainsi que toute personne usant de sa liberté d'expression.

La question de savoir si la réhabilitation est un droit ou une faveur a fait l'objet de quelques développements dans la doctrine. A l'heure actuelle, on peut considérer qu'il s'agit d'un droit⁴¹³, pour une personne condamnée⁴¹⁴, d'introduire une demande de réhabilitation lorsqu'il répond aux conditions fixées par la loi, et d'exiger que cette demande soit analysée par le pouvoir judiciaire. En revanche, la personne condamnée n'a pas automatiquement le droit d'exiger la réhabilitation⁴¹⁵.

⁴¹¹ L'article 621 a fait l'objet d'un recours, sur question préjudicielle, devant la Cour constitutionnelle (C.c., 8 mars 2012, n° 41/2012, *M.B.*, 11 juillet 2012, p. 38203 ; *N.j.W.*, 2012/265, p. 467, note C. CONINGS, « Herstel in eer en rechten » ; *Rev. dr. pén.*, 2013/4, p. 319. La Cour a soutenu que l'article 621 ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Quant à l'article 619, il organise l'effacement d'une condamnation (voy. *infra*).

⁴¹² Recommandation R(84)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le casier judiciaire et la réhabilitation des condamnés, adoptée le 21 juin 1984.

⁴¹³ En ce sens, voy. Cass. (2^{ème} ch.), 23 avril 1997, *Bull.*, 1999, n° 199 ; *R.W.*, 1997-98, col. 748, note A. VANDENPLAS, « Over het verleden van delinquenten ». Voy. aussi l'exposé des motifs de la loi précitée du 7 avril 1964, *Doc. parl.*, Sénat, n° 38, 5 décembre 1962.

⁴¹⁴ Comme Vincent Seron le souligne, « [l]e droit à demander la réhabilitation est inhérent à la personne du condamné ; il n'est pas transmissible à ses héritiers. La réhabilitation de la mémoire d'un condamné n'est donc pas autorisée par la loi » (V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 140, l'auteur citant G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit criminel belge*, t° II, Paris, A Maresq, 1903, p. 414). Sur la possibilité de revendiquer un droit à l'oubli pour une personne décédée, voy. les brefs développements proposés *infra*.

⁴¹⁵ En ce sens, *ann. parl.*, Sén., sess. ord., 1895-1896, séance du 31 mars 1896.

65. - Les effets de la réhabilitation. Dès l'instauration de la loi de 1896, les effets dévolus à la réhabilitation sont clairs : la condamnation est non seulement anéantie pour l'avenir, mais aussi effacée du casier judiciaire. Ainsi, elle rend « inexistantes *ex nunc*, mais non *ex tunc*, les condamnations qui en font l'objet. Celles-ci ne peuvent donc plus servir à la récidive, ni faire obstacle au bénéfice du sursis »⁴¹⁶. L'absence d'effet rétroactif permet notamment de distinguer la réhabilitation de l'amnistie, dont les effets ont été analysés *supra*.

L'article 634 du Code d'instruction criminelle liste les différents effets de la réhabilitation. Elle « fait cesser, pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation, sans préjudice des droits acquis aux tiers ». Il s'agit notamment⁴¹⁷ de faire « cesser dans la personne du condamné les incapacités qui résultaient de la condamnation », d'empêcher « que cette décision serve de base à la récidive, fasse obstacle à la condamnation conditionnelle ou soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire et du registre matricule militaire ». En revanche, la réhabilitation n'a pas pour conséquence de restituer « au condamné les titres, grades, fonctions, emplois et offices publics dont il a été destitué » ni de le relever de « l'indignité successorale ». Enfin, la mesure « n'empêche ni l'action en divorce ou en séparation de corps, ni l'action en dommages-intérêts fondée sur la décision judiciaire ». Ces effets se traduisent notamment dans le cadre des mentions au casier judiciaire : la réhabilitation implique un effacement des mentions présentes dans ce casier, de même que sur le certificat de bonne vie et mœurs⁴¹⁸. Enfin, comme le précise le dernier alinéa de l'article 634, la réhabilitation ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits que des tiers auraient acquis. C'est dans cette optique que l'obligation de réparation – sur le plan civil – à charge de la personne condamnée n'est pas effacée de sorte que la victime peut toujours faire valoir une action en réparation de son préjudice⁴¹⁹.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 avril 1997⁴²⁰, a proposé un excellent résumé des effets de la réhabilitation. L'arrêt concerne une personne condamnée par le Tribunal correctionnel de Tournai en 1986, et ensuite réhabilitée par un arrêt de la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Mons en 1992. La Cour de cassation rappelle d'abord que la

⁴¹⁶ J. ECKOUT, « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », *J.T.*, 1964, p. 723.

⁴¹⁷ L'insertion du terme « notamment » à l'article 634 implique que les effets listés sont simplement exemplatifs.

⁴¹⁸ J. ECKOUT, « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », *op. cit.*, p. 723.

⁴¹⁹ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, *op. cit.*, p. 142.

⁴²⁰ Cass. (2^{ème} ch.), 23 avril 1997, *Bull.*, 1999, n° 199 ; R.W., 1997-98, col. 748, note A. VANDENPLAS, « Over het verleden van delinquenten ».

réhabilitation inscrite à l'article 634 du Code d'instruction criminelle empêche tout juge de prendre en compte la condamnation ayant bénéficié de la réhabilitation pour fixer une peine ou pour retenir la récidive⁴²¹. Elle poursuit en évoquant la philosophie de la réhabilitation entendue comme « une projection d'un "voile de l'oubli" » et comme une institution organisée dans l'intérêt tant du condamné que de la société, celle-ci [étant] intéressée à voir celui-ci motivé à ne pas récidiver ». En outre, elle confirme que le terme « notamment », tel qu'il figure dans la disposition précitée, implique une absence d'exhaustivité dans l'énumération des effets. Par conséquent, il y a lieu de tenir compte de la finalité de la réhabilitation pour déterminer ses effets. S'appuyant sur les travaux parlementaires, la Cour de cassation soutient qu'il s'agit en réalité d'une « réparation morale accordée par les pouvoirs publics au condamné qui s'est montré digne par une conduite irréprochable »⁴²², et que tout en consacrant « au profit du condamné un droit naturel au pardon social », la réhabilitation « est avant tout instaurée dans un intérêt général »⁴²³. Ainsi, « lorsque le condamné a réparé sa faute par l'expiation et le repentir, la réhabilitation proclame sa régénération et fait, dans la mesure du possible, l'oubli sur la condamnation »⁴²⁴. Pour la Cour⁴²⁵, « après la réhabilitation, l'intérêt général commande que l'oubli soit fait dans la mesure du possible sur la condamnation ; que le caractère général de la réhabilitation pénale découle de son caractère individuel et personnel ; la personne qui a bénéficié de la réhabilitation n'est plus "un condamné" ; [...] ; que le condamné réhabilité se trouve pénalement dans la situation de celui qui n'a jamais été condamné, sauf que la réhabilitation ne porte pas préjudice aux droits des tiers (droit privé), n'a d'effet que pour l'avenir [...] ». Elle ajoute encore que « la décision de réhabilitation "fait cesser les effets" de la condamnation, celle-ci subsiste comme acte judiciaire ; que cette opinion est en harmonie avec le principe que c'est le délinquant et non la condamnation que vise la réhabilitation ».

L'arrêt de la Cour de cassation est encore intéressant en ce qu'il invoque le droit à l'oubli, soulignant qu'il aurait pu être assuré par une mesure de révision, définie comme « une procédure tendant à l'anéantissement rétroactif d'une condamnation », sa portée étant par

⁴²¹ Voy. pour la fixation de la peine, Cass., 17 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 733, et pour la récidive, Cass., 22 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 505.

⁴²² Exposé des motifs de la loi du 25 avril 1896, *Pas.*, 1896, p. 111.

⁴²³ Exposé des motifs de la loi précitée du 7 avril 1964, *Doc. parl.*, Sén., n° 38, 5 décembre 1962.

⁴²⁴ Exposé des motifs de la loi du 25 avril 1896, *Pas.*, 1896, p. 111.

⁴²⁵ La Cour fonde son raisonnement sur une intervention du rapporteur Claeys Bouuaert, intervenant dans une discussion au Sénat le 31 mars 1893. Celui-ci indique ceci : « [d]ans ma pensée, la réhabilitation [...] restituerait au condamné son état intact, en faisant disparaître dans la mesure du possible, le souvenir de la condamnation [...] ; Il est juste [...] que la condamnation antérieure ne continue pas à peser sur le condamné et que celui-ci devienne un homme nouveau ».

conséquent « plus étendue que celle de la réhabilitation ». La personne condamnée avait en effet évoqué son droit à l'oubli, rattachant celui-ci à son droit au procès équitable tel que consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon elle, la condamnation réhabilitée ne pouvait être jointe au dossier pénal d'une nouvelle poursuite engagée à son encontre. La Cour rejette cet argument. L'article 634 n'a pas « pour effet d'occulter, comme s'ils n'avaient jamais existé, les faits qui, constatés judiciairement, ont fondé la condamnation de la personne réhabilitée ». Il s'ensuit « qu'aucun obstacle n'existe à ce que le dossier qui les constate soit joint au dossier d'une poursuite ultérieure en vue d'éclairer la juridiction saisie sur la personnalité de la personne mise en cause ».

66. - La réhabilitation, l'oubli et la presse. Les effets de la réhabilitation sont, en grande partie, identique à ceux de l'amnistie. La presse doit par conséquent tenir compte de cette mesure, lorsqu'elle la connaît. Ainsi, rappeler des faits pour lesquels le condamné a bénéficié d'une réhabilitation constitue une infraction pénale. A ce titre, il faut apporter la même nuance qu'en matière d'amnistie. On ne peut parler de divulgation méchante, celle-ci impliquant l'existence « au moment du délit [d']une preuve légale des faits imputés » (article 449 du Code pénal). Or, l'effacement *ex nunc* des condamnations fait disparaître cette preuve – qui pouvait initialement être apportée par la décision de justice. Tout individu divulguant, avec intention de nuire, des informations relatives à une condamnation qui a fait l'objet d'une réhabilitation se rend alors coupable de calomnie ou de diffamation⁴²⁶, dès lors que la preuve légale ne peut être rapportée.

La Cour d'appel de Gand, le 29 janvier 1958, a considéré que les tiers doivent tenir compte de la réhabilitation⁴²⁷. Ainsi, « [s]i le condamné ne peut, par sa réhabilitation, préjudicier aux tiers, ceux-ci doivent en revanche respecter la situation nouvelle créée par la réhabilitation et ne peuvent en conséquence faire état des condamnations devenues inexistantes ou des faits qui y ont donné lieu, sans commettre le délit de calomnie ou de diffamation »⁴²⁸.

⁴²⁶ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, *op. cit.*, p. 188.

⁴²⁷ Gand, 29 janvier 1958, *J.T.*, 1962, p. 332. Dans un sens identique, voy. civ. Bruxelles, 7 octobre 2002, *A&M*, 2003/1, p. 80.

⁴²⁸ J. EECKOUT, « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », *op. cit.*, p. 724.

En Belgique, l'affaire ayant abouti à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 2016⁴²⁹ concerne un médecin condamné pour avoir causé un accident mortel de la circulation, celui-ci ayant ensuite bénéficié d'une décision de réhabilitation. Dans la décision qui fait l'objet du pourvoi en cassation, la Cour d'appel de Liège, le 25 septembre 2014⁴³⁰, considère que la demande d'anonymisation d'archives en ligne faite par ce médecin constitue un bon équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée de la personne condamnée et réhabilitée, celle-ci revendiquant plus spécifiquement son droit à l'oubli par les médias. La Cour d'appel refuse de faire droit à la proposition de l'éditeur de presse de publier un texte bref, lié électroniquement à l'article litigieux archivés, afin de faire mention de la décision de réhabilitation. Elle juge qu'« [u]n tel équilibre ne serait pas atteint par la mise en place d'un droit de rectification ou de communication numériques proposés par l'appelant, de tels procédés n'étant pas adéquats, s'agissant de la problématique d'un article relatant une information devenue préjudiciable par l'écoulement du temps. Les procédés proposés par l'appelant laisseraient en effet perdurer indéfiniment l'effet stigmatisant des infractions graves commises par l'intimé et de la condamnation déjà purgée et rendraient vaine la décision de réhabilitation dont il a bénéficié ». Devant la Cour de cassation, l'éditeur de presse soutient que « [l]a réhabilitation dont a bénéficié un condamné ne l'autorise pas à exiger l'anonymisation, dans les archives numériques d'un quotidien, du ou des articles légalement publiés dans le passé, qui mentionnaient son nom et son prénom en relation avec les faits qui ont ultérieurement entraîné sa condamnation pénale ». La Cour de cassation a considéré que le moyen manquait en fait.

§ 6. La prescription en droit pénal

67. - Notions et fondements. La prescription est un mécanisme présent en droit public et en droit privé. En droit public, il s'inscrit essentiellement dans le droit pénal, à travers la prescription de l'action publique et la prescription de la peine. En droit civil, l'on parle de prescription acquisitive et de prescription extinctive. Les développements qui suivent

⁴²⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, *J.T.*, 2016/6662, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation », *N.j.W.*, 2016, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar ».

⁴³⁰ Liège (civ., 20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, L. LE BOUDEEC, « Recht of vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

n'évoquent que le volet pénal de cette figure juridique, la prescription de droit civil étant analysée *infra*⁴³¹.

La prescription s'entend comme « le moyen de se libérer des conséquences pénales d'une infraction par l'effet du temps fixé sous les conditions déterminées par la loi »⁴³². Ce mécanisme s'inscrit au cœur de la relation entre le droit et le temps. Il s'explique notamment par l'idée qu'« après un temps variable, en fonction de la gravité des faits, le trouble social causé par l'infraction est apaisé et qu'il serait dès lors inopportun de la raviver »⁴³³. Autrement dit, « l'opinion publique ne réclame plus de satisfaction, l'oubli est fait »⁴³⁴. On reconnaît traditionnellement que la prescription se fonde sur la « grande loi de l'oubli », afin notamment de garantir la « tranquillité sociale »⁴³⁵. L'un des motifs permettant de justifier ce principe réside dans la disparition, par l'effet du temps, des preuves. C'est dès lors en vue d'assurer la sécurité juridique et d'éviter d'éventuelles erreurs judiciaires que l'on a accordé à l'écoulement du temps des effets de droit. La prescription peut aussi « être perçue comme un instrument de politique criminelle, permettant notamment de pallier l'engorgement des tribunaux et de contrôler le flux d'affaire ou encore de dépénaliser par inertie certaines infractions »⁴³⁶.

La prescription se distingue de l'amnistie : la première « inscrite dans la durée, est régie par des normes permanentes, de portée générale et homogène (elles figurent dans les codes pénaux et s'appliquent à la totalité des infractions même les plus graves, sauf aux crimes contre l'humanité). Immédiate et ponctuelle, l'amnistie, elle, est en outre d'une grande diversité du point de vue de ses objectifs, de son champ et de ses modalités d'application »⁴³⁷. En outre, l'amnistie s'apparente au départ davantage du pardon alors que la prescription relève de l'oubli. Malgré ces différences, amnistie et prescription sont liées par un objectif convergent : la contribution à la régulation sociale. Plus globalement, « [l]a prescription jouit souvent d'un

⁴³¹ Voy. *infra*. Les prescriptions acquisitives et extinctives s'inscrivent moins dans l'idée d'un oubli que celle des effets juridiques attachés à l'écoulement d'un certain laps de temps. Ceci explique pourquoi elles ne sont pas analysées dans ce point, mais bien dans les développements relatifs au critère du laps de temps dans l'étude du droit à l'oubli d'information journalistique.

⁴³² J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, t° II, Gand, Swinnen, p. 268.

⁴³³ P.-L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, Faculté de droit, d'économie, et de sciences sociales de Liège, 1986, p. 531.

⁴³⁴ P. BOUZAT, G. RINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, p. 624, § 1110.

⁴³⁵ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, pp. 214 et 215. L'auteur renvoie à G. STEFANI, G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, p. 107.

⁴³⁶ H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 250.

⁴³⁷ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 215.

large crédit, parce que, contrairement à l'amnistie et à la grâce, elle n'est pas un acte direct de volonté du politique. Elle a un caractère général, abstrait et automatique »⁴³⁸.

Il existe deux types de prescription en droit pénal. La première concerne l'action publique, la seconde concerne la peine. La prescription de l'action publique implique que l'écoulement d'un certain laps de temps rende les poursuites interdites. L'effet est par conséquent identique à celui d'une amnistie précédant une condamnation, dès lors que l'action publique est définitivement éteinte⁴³⁹. Cette première forme de prescription traduit, selon Paul Ricoeur, « le refus, après un laps d'années défini arbitrairement, de reparcourir le temps en arrière jusqu'à l'acte et ses traces illégales ou irrégulières »⁴⁴⁰. La prescription de la peine se traduit par la non-exécution de la sanction pénale dès lors qu'elle n'a pas été exécutée endéans un certain délai. En l'espèce, l'existence de la peine n'est pas touchée par la prescription, ni même la condamnation, seule son exécution est mise à mal.

La prescription en matière pénale n'est pas établie par la Constitution belge⁴⁴¹. Le mécanisme est pourtant ancien puisqu'il trouve sa source dans une institution de droit romain⁴⁴². Aujourd'hui, elle est réglementée d'une part, par les articles 21 à 29 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale pour ce qui concerne la prescription de l'action publique, d'autre part, par les articles 91 à 99 du Code pénal pour la prescription de la peine.

L'article 21 organise des délais de prescription de l'action publique. Ceux-ci sont déterminés en fonction de la gravité de l'infraction commise. Pour un crime punissable de la réclusion à perpétuité, le délai de prescription est de vingt ans, et ramené à quinze ans dans certaines circonstances (article 21, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o). Lorsqu'il s'agit d'un crime, l'action publique est prescrite après dix ans (article 21, alinéa 1^{er}, 3^o). En cas de délit ou de crime correctionnalisé, ce délai est ramené à cinq années (article 21, alinéa 1^{er}, 4^o). Il est d'un an pour

⁴³⁸ H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 250.

⁴³⁹ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁴⁰ P. RICŒUR, *La Mémoire, l'histoire et l'oubli*, *op. cit.*, p. 610.

⁴⁴¹ Cependant, « [m]ême si la prescription paraît échapper au droit constitutionnel, elle se retrouve néanmoins dans certains principes de droit pénal ayant une valeur constitutionnelle. C'est notamment le cas du principe de la nécessité des peines ou de proportionnalité, ou encore, du principe de légalité » (H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 250).

⁴⁴² Voy. à H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Tome VII*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1957, pp. 1021 à 1024, n° 1131.

un délit contraventionnalisé (article 21, alinéa 1^{er}, 5°), et enfin de six mois pour une simple contravention (article 21, alinéa 1^{er}, 6°). Ces délais peuvent être suspendus ou interrompus.

Les délais de prescription de la peine sont repris aux articles 91 et suivants. Les peines criminelles se prescrivent par vingt ans (article 91). Pour les peines correctionnelles, l'article 92 évoque un délai de cinq ans. Toutefois, lorsque la peine prononcée dépasse trois ans, le délai est alors de dix ans. Dans la même logique, si la peine prononcée dépasse vingt années, le délai de prescription de la peine est de vingt ans. Quant aux peines de police, le délai n'est que d'une année (article 93). A nouveau, ces délais peuvent faire l'objet de mesures de suspension ou d'interruption.

68. - Des cas d'imprescriptibilité. L'une des raisons qui fait que la prescription jouit d'un certain crédit, c'est qu'elle constitue la règle, l'imprescriptibilité étant l'exception⁴⁴³. En effet, certains crimes ne jouissent pas des effets de l'écoulement du temps. L'imprescriptibilité a vocation « à reculer à l'infini les limites de l'oubli (prescription) comme, implicitement, du pardon (amnistie) »⁴⁴⁴. Trois objectifs expliquent les raisons pour lesquelles des crimes doivent être considérés comme imprescriptibles : il y a lieu de « satisfaire une exigence fondamentale » de justice ; il est nécessaire de « s'inscrire dans un processus quasi culturel » dès lors que le processus de justice appartient à l'histoire d'un peuple, voire même à sa culture ; enfin, il est nécessaire de reconnaître le « rôle pédagogique » de l'imprescriptibilité, ces crimes s'inscrivant comme un épisode historique devant être appris par les générations futures⁴⁴⁵.

Les conséquences de cette imprescriptibilité dépendent du type de prescription. En ce qui concerne la prescription de l'action publique, l'imprescriptibilité crée une impossibilité de voir l'action publique éteinte. L'article 21 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale indique en effet que la prescription de l'action publique ne s'applique pas pour certaines infractions définies dans plusieurs articles du Code pénal et dans des lois. Ainsi, sont touchées par l'imprescriptibilité, les infractions visées aux articles 136*bis*, 136*ter* et 136*quater*⁴⁴⁶, c'est-

⁴⁴³ Sur la mise en œuvre de cette imprescriptibilité, voy. H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *op. cit.*, p. 250. Les auteurs soulignent que « l'émergence de l'imprescriptibilité n'a pas été aisée », et en expliquent les raisons (pp. 250 et 251).

⁴⁴⁴ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *op. cit.*, p. 221.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ L'article 21 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ainsi que les articles 136*bis*, *ter*, et *quater* ont été modifiés ou insérés par une loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire,

à-dire une série de comportement traduisant des violations graves du droit international humanitaire (le crime de génocide, le crime contre l'humanité ainsi que les crimes de guerre). Outre ces dispositions, mentionnons la loi du 27 février 2003 portant assentiment à la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre⁴⁴⁷.

Les mêmes articles du Code pénal sont visés aux articles 91 et suivants du Code pénal pour établir une imprescriptibilité de la peine.

69. - La prescription, l'imprescriptibilité et l'oubli. Selon Didier Truchet, la prescription en droit pénal constitue « l'un des instruments principaux de mise en œuvre du droit à l'oubli »⁴⁴⁸. François Ost semble abonder dans un sens identique lorsqu'il précise que la prescription part de l'idée que « le droit prend acte de l'écoulement du temps et de l'usure de la mémoire, tant celle des témoins que celle de l'indignation publique : au-delà d'un certain délai, la personne visée pourra invoquer à son profit le droit à l'oubli »⁴⁴⁹. Pour Marc Verdussen et Elise Degrave, la prescription « repose implicitement sur l'idée que la stabilité de la vie en communauté se nourrit de l'oubli de certains méfaits »⁴⁵⁰.

A ce titre, la prescription s'inscrit dans l'idée d'un oubli « programmé », « annoncé », voire « imposé » par une disposition législative. En revanche, pour établir une comparaison, les figures de l'amnistie ou de la grâce se revendiquent davantage d'un oubli « accordé », en fonction notamment d'un contexte, de circonstances ou de conditions particulières⁴⁵¹. Cet oubli programmé subit quelques exceptions, celles-ci se matérialisant dans l'imprescriptibilité. Cette dernière implique que certains faits, considérés comme étant d'une gravité extrême, ne peuvent pas être purement et simplement oubliés. Cette interdiction de l'oubli s'érige alors « en impératif éthique »⁴⁵² et se justifie « par les besoins des victimes, d'une part, de connaître la

M.B., 7 août 2003. Cette loi a en outre abrogée – et donc remplacée – la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, M.B., 5 août 1993.

⁴⁴⁷ Loi du 27 février 2003 portant assentiment à la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, faite à Strasbourg le 25 janvier 1974, M.B., 30 juillet 2003.

⁴⁴⁸ D. TRUCHET, « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1599.

⁴⁴⁹ F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 140.

⁴⁵⁰ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 130.

⁴⁵¹ C. COQUIN, « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », op. cit., p. 34.

⁴⁵² R. RÉMOND, *Quand l'Etat se mêle de l'histoire*, Paris, Stock, 2006, p. 78, cité par M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 130.

vérité des faits et, d'autre part, de perpétuer la mémoire collective en luttant contre l'oubli du crime »⁴⁵³. L'imprescriptibilité assure alors la création d'une mémoire commune à tous et consacre un « devoir de mémoire ».

L'imprescriptibilité s'oppose directement à l'oubli. Ils ne sont pour autant pas totalement contradictoires, la première n'empêchant pas toujours le second. En se référant aux justifications proposées *supra* de l'imprescriptibilité, il y a lieu de nuancer les propos. Il est nécessaire en effet de rappeler qu'il existe plusieurs vérités, la vérité judiciaire n'étant pas toujours la vérité historique. Si l'imprescriptibilité empêche l'oubli de la vérité judiciaire, elle n'empêche pas toujours l'oubli – même partiel – de la vérité historique. Et vice versa : la vérité historique peut être parfaitement admise et ne pas sombrer dans l'oubli, la vérité judiciaire pourrait ne jamais être révélée, et par conséquent sombrer dans les abîmes du passé judiciaire. Ainsi, « [l]es faits auront beau être établis historiquement, il n'en découlera pas nécessairement un jugement décidant de la culpabilité du prévenu. La raison est que le procès pénal comporte des règles spécifiques qui peuvent faire obstacle à une décision du culpabilité qui pouvait *a priori* sembler évidente [...]. Ces règles strictes, rigoureusement appliquées, peuvent provoquer une insatisfaction, voire un sentiment d'injustice, face à cette incohérence entre ce qui s'est historiquement produit et ce qui est juridiquement décidé. C'est là toute la difficulté que suscite l'imprescriptibilité en mêlant la justice à l'histoire »⁴⁵⁴. Marc Verdussen et Elise Degrave poursuivent leur raisonnement en se demandant si l'imprescriptibilité est un outil au service de la lutte contre l'oubli. A cette question, leur réponse est la suivante : « [à] nouveau, il faut distinguer le jugement sur la culpabilité et la volonté de faire reconnaître que certains faits se sont produits, qui doivent demeurer gravés dans la mémoire collective. Comme le souligne Danièle Lochak, “d'un côté, il s'agit de lutter contre l'impunité ; de l'autre, il s'agit de lutter contre l'oubli ou contre sa forme extrême et dévoyée : le négationnisme”⁴⁵⁵. L'inoubliable n'est pas synonyme d'imprescriptible. Pourtant on assiste aujourd'hui à une confusion de ces deux termes. L'audience pénale est perçue comme le lieu de la mémoire. L'imprescriptibilité est, aux yeux de certains, la seule expression publique de l'inoubliable. Ici encore, la confusion des temps se fait menaçante. En jugeant un crime des années après qu'il ait été commis, on en perd

⁴⁵³ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 134.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. 134 et 135.

⁴⁵⁵ D. LOCHAK, « La prescription : table ronde du vendredi 22 janvier 1999 », *Droits*, 2000, n° 31, p. 60.

sa singularité. La mémoire s'emparant de l'événement, elle le transforme et, même, le simplifie »⁴⁵⁶.

Dans des écrits remettant en cause la prescription⁴⁵⁷, plusieurs arguments sont évoqués pour contrer les éléments qui, traditionnellement, justifient ce mécanisme. Ainsi, dans certains cas, « les preuves apparaissent avec le temps, la justice a besoin de temps, les victimes ont besoin de recul pour oser et porter plainte et le temps ne suffit pas à apporter l'oubli »⁴⁵⁸. Il apparaît donc que l'écoulement du temps n'implique pas d'office l'oubli. De sorte que se pose la question d'envisager d'autres aménagements « entre "l'oubli imposé" par la prescription et "le refus de l'oubli" contenu dans l'imprescriptibilité »⁴⁵⁹.

70. - Prescription pénale et droit à l'oubli. Il existe clairement des liens entre la figure juridique de la prescription et le droit à l'oubli⁴⁶⁰. L'analyse de leur *ratio legis* respective permet de mettre en exergue un objectif identique. La prescription implique l'idée selon laquelle « juger un individu pour des crimes accomplis cinquante ans plus tôt, c'est postuler que cet individu est resté identique à lui-même, donc refuser le passage du temps »⁴⁶¹. La prescription prend en compte le temps pour considérer qu'il est désormais trop tard pour juger une personne. Comme pour la prescription, le droit à l'oubli postule qu'un individu n'est pas resté identique à lui-même, qu'ayant purgé sa peine, l'homme a changé. Le droit à l'oubli prend lui en compte le temps pour considérer qu'il est désormais trop tard pour rejuger hors de prétoire une personne. Certes, il n'est pas question d'un jugement spécifique mais simplement d'un rappel d'une condamnation passée. Cependant, la finalité de ces deux figures juridiques est analogue.

⁴⁵⁶ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 135.

⁴⁵⁷ Voy. notamment H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », op. cit., pp. 251 et 252.

⁴⁵⁸ H. RUIZ FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », op. cit., p. 252.

⁴⁵⁹ *Ibidem* ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, op. cit., pp. 83 à 86.

⁴⁶⁰ Voy. notamment le rapport fait à la Chambre des représentants au nom de la commission dans le cadre de l'adoption de la loi du 30 mars 1891 apportant des modifications à la loi du 17 avril 1878 concernant la prescription de l'action civile (*M.B.*, 3 avril 1891), qui précise que la prescription trentenaire permet d'« autoriser devant les tribunaux civils la constatation de faits que la volonté formelle du législateur criminel a couverts du voile de l'oubli » (*Pasin.*, 1891, p.176).

⁴⁶¹ T. TODOROV, *Mémoire du mal. Tentative du bien – Enquête sur le siècle*, Paris, Robert Laffont, 2000, p. 229, cité par M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 98.

En ce qui concerne les effets de la prescription, il est difficile de considérer que ceux-ci sont applicables à la presse. La prescription est avant tout une règle de procédure. En effet, les dispositions impliquent soit une impossibilité de poursuivre, soit la non-exécution d'une peine. Ainsi, lorsque la prescription porte sur l'action publique, il n'y a non seulement pas de procédure judiciaire aboutie, mais pas non plus de procès ni même de condamnation. La presse doit alors appliquer les règles classiques en matière de présomption d'innocence telle que consacrée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin, la Cour constitutionnelle a rendu plusieurs arrêts intéressants en matière de prescription dans lesquels la dimension d'oubli est prise en compte. Ces arrêts portent généralement sur des questions préjudicielles relatives à « la différence de traitement des victimes selon que la faute génératrice d'un dommage constitue ou non une infraction »⁴⁶². Dans son analyse, la Cour souligne qu'« une personne ayant subi un dommage résultant d'une faute est sensiblement plus défavorable lorsque cette faute constitue une infraction que lorsqu'elle n'en constitue pas une. Il en résulte, spécialement dans le cas où le dommage ne se fait ressentir que tardivement [...], une grave limitation des droits de la victime, hors proportion avec les intérêts que le législateur de 1878 et celui de 1961 entendaient protéger par cette disposition, à savoir le droit de l'auteur avdes faits à l'oubli [...], assurer la sécurité juridique [...] et éviter que la paix publique restaurée dans l'intervalle soit à nouveau perturbée »⁴⁶³. Relativement à la même problématique, quelques arrêts de la Cour constitutionnelle formulent différemment la même idée : « [l]a législateur a pu considérer [...] que lorsqu'une action publique est introduite devant une juridiction de jugement, une des justifications classiques de l'institution de la prescription disparaît, à savoir que l'écoulement du temps sans s'ouvrir un procès entraîne progressivement l'oubli qui atténue le trouble social causé par une infraction »⁴⁶⁴. Enfin, d'autres arrêts encore évoquent directement le droit à l'oubli⁴⁶⁵. Ils indiquent qu'« [i]l ressort des travaux préparatoires [...] que le législateur a estimé que, en matière pénale, l'auteur d'une infraction ne devait plus être poursuivi après l'écoulement de

⁴⁶² Voy. C.c., 30 juin 1999, n° 81/99, § B.4.2. ; C.c., 14 octobre 1997, n° 61/97, § B.2. ; C.c., 12 juillet 1996, n° 51/96, § B.2. ; C.c., 21 mars 1995, n° 25/95, § B.1.

⁴⁶³ C.c., 30 juin 1999, n° 81/99, § B.4.2. ; C.c., 14 octobre 1997, n° 61/97, § B.5.3. ; C.c., 12 juillet 1996, n° 51/96, § B.5.3. ; C.c., 21 mars 1995, n° 25/95, § B.4.3. La loi de 1878 est celle du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 25 avril 1878, p. 1265. Celle de 1961 est la loi du 30 mai 1961 modifiant la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale et complétant l'article 32 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances, *M.B.*, 10 juin 1961, p. 4864.

⁴⁶⁴ C.c., 19 janvier 2000, n° 7/2000, § B.9. ; C.c., 15 juillet 1999, n° 91/99, § B.10.

⁴⁶⁵ Précisons cependant que, pour les arrêts précédemment référencés, l'un des mot-clés proposés par la Cour est « droit à l'oubli ».

délais qui varient avec la gravité de l'infraction, afin de lui garantir le droit à l'oubli [...], s'assurer la sécurité juridique et d'éviter que la paix publique restaurée dans l'intervalle soit à nouveau perturbée »⁴⁶⁶.

§ 7. L'effacement des condamnations

71. - Notions et fondements. L'article 619, alinéa 1^{er} du Code d'instruction criminelle indique que « [l]es condamnations à des peines de police sont effacées après un délai de trois ans à compter de la décision judiciaire définitive qui les prononce. L'effacement n'empêche toutefois pas le recouvrement de l'amende prononcée par cette décision judiciaire définitive »⁴⁶⁷.

L'effacement est intégré au Code d'instruction criminelle par la loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement et à la réhabilitation en matière pénale⁴⁶⁸. Au départ, le délai pour obtenir l'effacement est de cinq années. En 1991, ce délai entre le prononcé de la décision judiciaire définitive et l'effacement automatique est réduit⁴⁶⁹. La disposition du Code subit ses dernières modifications suite à l'adoption de la loi sur le casier judiciaire de 1997⁴⁷⁰.

Deux éléments permettent de justifier pourquoi, dans les années soixante, le législateur belge a, à l'image de ce que le législateur français avait fait bien avant lui⁴⁷¹, introduit l'effacement automatique et gratuit de certaines condamnations pénales. D'une part, le constat d'une « impossibilité de traiter de manière individualisante l'intégralité des condamnations pénales prononcées. D'autre part, la gratuité peut s'interpréter par des fondements

⁴⁶⁶ C.c., 19 novembre 2015, n° 165/2015, § B.6.1. ; C.c., 17 septembre 2015, n° 112/2015, § B.7.1. ; C.c., 11 juin 2015, n° 83/2015, § A.11.1. ; C.c., 7 décembre 1999, n° 129/99, § B.5.

⁴⁶⁷ Voy. le second alinéa de l'article 619 qui excepte de cet effacement certaines condamnations comportant une déchéance ou une interdiction ayant des effets qui dépassent une durée de trois années.

⁴⁶⁸ Loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 1^{er} mai 1964.

⁴⁶⁹ Loi du 9 janvier 1991 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 5 février 1991, p. 2221. Voy. aussi une proposition non aboutie de modification de la réglementation en matière d'effacement et de réhabilitation : la proposition de loi du 23 février 1983 étendant le champ d'application de la loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1982-1983, n° 434/1.

⁴⁷⁰ Loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central, *M.B.*, 24 août 2001.

⁴⁷¹ Voy. la loi française du 5 août 1899 sur le casier judiciaire et la réhabilitation de droit, *J.O.R.F.*, 7 août 1899, p. 5331 ; ainsi que Ordonnance française n°45-1791 du 13 août 1945 concernant le casier judiciaire et la réhabilitation, *J.O.R.F.*, 14 août 1945, p. 5026.

essentiellement utilitaires. Dans cette seconde optique, il s'agit de ne pas empêcher une insertion en vue »⁴⁷².

L'effacement se produit sans aucune intervention de la personne condamnée. Il a lieu automatiquement dès que le délai légal est dépassé. Ainsi, il se distingue de la prescription qui est une exception qu'un individu doit invoquer pour pouvoir en bénéficier. De même, l'effacement diffère de la réhabilitation, laquelle implique une procédure particulière et des conditions à remplir. La confusion possible avec ces autres figures a notamment été évoquées dans les travaux parlementaires, les élus s'interrogeant sur une correcte dénomination. Selon ces documents parlementaires, l'effacement est « une mesure automatique et aveugle. C'est la raison pour laquelle il n'était pas possible de parler de "réhabilitation", et qu'on a choisi, pour désigner la nouvelle mesure, le terme "effacement" des peines »⁴⁷³. Cette automaticité permet alors de considérer le mécanisme comme une prescription des condamnations à des peines de police⁴⁷⁴. La comparaison entre l'effacement et la réhabilitation met en lumière d'autres différences. L'effacement ne requiert pas que le condamné ait effectivement « subi les peines privatives de liberté et acquitté les peines pécuniaires » (article 622 C.i.c.) ni même qu'il soit libéré des frais des restitutions, des dommages-intérêts et des frais auxquels il a été condamné » (article 623 C.i.c.)⁴⁷⁵. Dit autrement, « les condamnations visées par le champ de l'effacement disparaissent isolément et successivement du casier judiciaire, au fur et à mesure que pour chacune d'elles s'est écoulé le délai requis, et ce même si celui qui les a encourues est, au cours de ce délai, de nouveau condamné à une ou plusieurs peines criminelles, correctionnelles ou de police »⁴⁷⁶.

72. - Les effets de l'effacement. L'article 620 du Code d'instruction criminelle indique que « [l]'effacement des condamnations produits les effets de la réhabilitation ». Ces effets ont été sommairement étudiés *supra*. Globalement, on peut soutenir que l'effacement, tout comme la

⁴⁷² V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 159.

⁴⁷³ Rapport du 2 avril 1963 fait par M. van de Kerkhove, au nom de la commission de la Justice.

⁴⁷⁴ J. EECKHOUT, « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », op. cit., p. 721 ; R. VOUIN, « La réhabilitation », *Rev. dr. pén.*, 1953-1954, p. 708 ; V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 161.

⁴⁷⁵ Cette différence s'explique sans doute par un objectif d'efficacité et de facilité : « [c]omment exiger en effet des fonctionnaires chargés de réaliser quotidiennement d'innombrables effacements qu'ils s'enquière au préalable – et combien souvent en vain – du règlement d'amendes, de frais ou d'indemnités, généralement peu élevés d'ailleurs ! » (J. EECKHOUT, « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », op. cit., p. 721).

⁴⁷⁶ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 160.

réhabilitation, sont « deux moyens par lesquels on cherche à réaliser l'oubli du passé judiciaire d'un condamné »⁴⁷⁷.

Plus particulièrement, la Cour de cassation a eu diverses occasions pour tirer plusieurs enseignements relatifs à l'effacement. Ainsi, elle a pu considérer que, lorsque des condamnations qui auraient dû être effacées apparaissent dans un dossier, les juridictions ne peuvent pas prendre en compte ces condamnations dans leur raisonnement visant à fixer la peine et l'application des règles en matière de récidive⁴⁷⁸. Toute condamnation antérieure et effacée en vertu de l'article 619 du Code d'instruction criminelle doit obligatoirement être mise sur le côté, et ne peut en aucun cas influencer le juge, sous peine de contrevenir aux droits de la défense consacrés à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon l'interprétation de Frédéric Close, la Cour de cassation, dans son arrêt du 23 avril 1997⁴⁷⁹, décide que « pas plus que la réhabilitation, l'effacement n'a pour effet d'occulter, comme s'ils n'avaient jamais existé, les faits qui, constatés judiciairement, ont fondé la condamnation effacée, de sorte qu'il n'existe, selon elle, aucun obstacle à ce que le dossier répressif, qui constate judiciairement ces faits, soit joint au dossier d'une poursuite ultérieure en vue d'éclairer la juridiction saisie sur la personnalité mise en cause »⁴⁸⁰.

73. - L'effacement, la non-mention et l'accès restreint. La loi du 8 août 1997 sur le Casier judiciaire central a pour objectif de prendre en compte certains écueils laissés par la précédente loi relative à l'effacement et elle a ainsi remplacé, dans certaines circonstances, l'effacement par d'autres mécanismes. Un système de non-mention est développé à l'article 595 du Code d'instruction criminelle. Dans le même ordre d'idée, l'article 594 restreint l'accès à certaines informations pour les administrations publiques.

⁴⁷⁷ Voy., dans le cadre du projet de loi relatif à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, le rapport du 27 février 1964 fait au nom de la Commission de la Justice par M. Terwagne, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1963-1964, n° 576/4, 13 p.

⁴⁷⁸ Cass. (2^{ème} ch.), 4 avril 2000, *Bull.*, 2000/3, p. 689 ; Cass. (2^{ème} ch.), 23 juin 1999, *Bull.*, 1999, p. 971 ; Cass. (2^{ème}), 22 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 996 ; Cass. (2^{ème} ch.), 28 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 772 ; *Dr. circ.*, 1995, p. 46 ; Cass. (2^{ème} ch.), 17 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1265 ; Cass. (2^{ème} ch.), 31 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 697 ; Cass. (2^{ème} ch.), 13 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 199 ; *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 663 ; *Dr. circ.*, 1992, p. 155.

Voy. cependant, une particularité en matière de roulage : Cass. (2^{ème} ch.), 20 novembre 2001, *Pas.*, 2001/11, p. 1900 ; Cass. (2^{ème} ch.), 19 novembre 1996, *Bull.*, 1996, p. 1135 ; *J.T.*, 1997, p. 482.

⁴⁷⁹ Cass. (2^{ème} ch.), 23 avril 1997, *Bull.*, 1999, n° 199 ; *R.W.*, 1997-98, col. 748, note A. VANDENPLAS, « Over het verleden van delinquenten ».

⁴⁸⁰ F. CLOSE, « De la peine et des incertitudes du pourvoi en cassation », in M. BORN, F. KÉFER, A. LEMAÎTRE (coord.), *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 225 et 226.

L'article 595, alinéa 2 établit un système de non-mention applicable aux particuliers. Il précise que « [l]es condamnations à des peines d'emprisonnement de six mois au plus, les condamnations par simple déclaration de culpabilité et les condamnations à des peines d'amende ne dépassant pas 1 500 euros et à des peines d'amende infligées en vertu des lois coordonnées par l'arrêté royal du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière quel que soit leur montant, ne sont plus mentionnées dans cet extrait [du casier judiciaire] après un délai de trois ans à compter de la date de la décision judiciaire définitive qui les prononce, sauf si elles prévoient, dans le jugement, une déchéance ou une interdiction dont les effets dépassent une durée de trois ans ».

En ce qui concerne les administrations publiques, plusieurs garde-fous sont institués par l'article 594 afin de limiter l'accès et de garantir, indirectement, la confidentialité de ces informations. Premièrement, les administrations publiques ne peuvent accéder aux informations contenues dans le Casier judiciaire central qu'après en avoir obtenu l'autorisation par le Roi, par le biais d'un arrêté délibéré en Conseil des ministres et après avis de la Commission de protection de la vie privée⁴⁸¹. En outre, cet accès se heurte à un principe de finalité qui doit être déterminée par, ou en vertu, de la loi. L'article 594 liste encore une série d'exceptions à ce principe d'accès. On y retrouve notamment « les arrêts de réhabilitation et les condamnations visées par cette réhabilitation » (article 594, alinéa 1^{er}, 2°). Enfin, l'alinéa 2 interdit l'accès « aux condamnations à des peines d'emprisonnement de six mois au plus, aux condamnations par simple déclaration de culpabilité, à des peines d'amende ne dépassant pas 1 500 euros et à des peines d'amende infligées en vertu des lois coordonnées par l'arrêté royal du 16 mars 1968 relatives à la police de la circulation routière quel que soit leur montant, après un délai de trois ans à compter de la date de la décision judiciaire définitive qui les prononce, sauf si ces condamnations comportent des déchéances ou des interdictions dont les effets dépassent une durée de trois ans, prononcées dans le jugement ou dont la connaissance leur est indispensable pour l'application d'une disposition légale ou réglementaire ».

⁴⁸¹ La Commission de protection de la vie privée a, depuis le 25 mai 2018 et la mise en application du règlement européen général sur la protection des données à caractère personnel, cédé sa place à l'Autorité de protection des données. Voy. la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, ayant été modifiée par la loi du 4 mars 2018 modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 17 avril 2018.

74. - De l'effacement en France, deux techniques particulières. La France connaît, elle-aussi, des régimes d'effacement. Sans entrer dans les détails, il est possible de citer deux mécanismes, dont le premier a été une source d'inspiration pour le législateur belge.

Premièrement, la réhabilitation légale – ou de plein droit – est consacrée à l'article 133-13 du Code pénal français pour ce qui concerne les personnes physiques, et à l'article 133-14 du même code pour les personnes morales. Cette réhabilitation est soumise au respect de conditions reprises dans la disposition. Si l'on compare la réhabilitation légale française et la réhabilitation belge, plusieurs différences peuvent être mises en lumière⁴⁸². La France prévoit d'abord une condition d'absence de toute nouvelle condamnation pendant le délai fixé, ce qui n'est pas le cas en Belgique. En France, il n'y a donc pas d'effacement automatique si la personne a subi une nouvelle condamnation. Ensuite, alors que le régime belge prévoit un unique délai, la France propose plusieurs délais en fonction de la nature de la peine infligée et de sa durée, ainsi qu'en fonction du nombre de condamnations que le condamné a subies. Enfin, le champ d'application de la réhabilitation légale est plus vaste que celui de l'effacement. La France ne limite pas cet effacement aux seules peines de police.

L'autre figure française, absente du système juridique belge, est la règle dite des « quarante ans » inscrite à l'article 769, alinéa 3 du Code de procédure pénale français. Celui-ci précise que « [s]ont retirées du casier judiciaire les fiches relatives à des condamnations effacées par une amnistie ou réformées en conformité d'une décision de rectification du casier judiciaire. Il en est de même, sauf en ce qui concerne les condamnations prononcées pour des faits imprescriptibles ou par une juridiction étrangère, des fiches relatives à des condamnations prononcées depuis plus de quarante ans et qui n'ont pas été suivies d'une nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle ». Pour Vincent Seron, « [i]l s'agit d'une technique d'oubli quasi entièrement gratuite puisqu'aucune condition, excepté l'absence d'une nouvelle condamnation pour crime ou délit, n'est fixée. Comme le relève Martine Herzog-Evans, “compte tenu du délai particulièrement long pour son bénéfice, l'utilitarisme de la gratuité de cette institution tient avant tout au fonctionnement même du casier judiciaire national, qui ne peut conserver *ad vitam aeternam* la totalité des condamnations prononcées sur le territoire

⁴⁸² V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 177. Précisons qu'en Belgique, un avant-projet de loi relatif à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale a été élaboré en vue de faire évoluer le système belge vers le système français (Question n° 11349, *Compte rendu analytique*, Ch. repr., Commission de la Justice, sess. ord., 2005-2006, n° COM 954, 9 mai 2006). Cet avant-projet n'a toutefois jamais été concrétisé.

national. Il ne s'agit donc ni de favoriser l'insertion sociale future, ni de récompenser une réinsertion sociale acquise⁴⁸³ »⁴⁸⁴.

75. - L'effacement et l'oubli. L'effacement est assimilable à une disparition automatisée d'informations. En ce sens, cette technique gratuite induit un oubli qualifié d'utilitaire, et semble avoir pris le pas sur les mécanismes induisant un pardon mérité⁴⁸⁵. Produisant les mêmes effets que la réhabilitation, le même raisonnement relatif à l'oubli peut être repris.

Section 2. L'oubli en droit administratif

76. - Oubli et droit administratif. Lorsqu'il est question d'oubli et de droit administratif, les figures juridiques propres à cette branche du droit apparaissent moins clairement qu'en droit pénal. Pourtant, deux éléments semblent pouvoir être abordés dans le cadre de cette recherche doctorale. Premièrement, la question de l'oubli peut intervenir dans le cadre de la diffusion des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat (§ 1^{er}). L'oubli peut ensuite s'inscrire dans le cadre du droit disciplinaire, au regard notamment des sanctions disciplinaires (§ 2). Enfin, l'oubli peut se matérialiser dans le cadre de l'effet rétroactif des arrêts du Conseil d'Etat et dans celui du retrait d'un acte (§ 3). Il y a encore lieu d'avoir en tête l'existence d'un droit d'accès aux documents administratif, celui-ci étant constitutionnellement reconnu. Il ne s'agit ici pas d'oubli à proprement parler puisque la réglementation organise la diffusion d'informations administratives. Il est toutefois intéressant d'analyser dans quelle mesure cet accès est établi et s'il n'existe pas des exceptions ou des garanties aboutissant à créer une forme d'oubli. Une telle étude sera cependant proposée *infra*, dans le cadre de l'analyse d'un droit d'accès aux données (voy. *infra*, n° 668. - et s.).

§ 1^{er}. La publication des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat

⁴⁸³ J. DANET, S. GRUNWALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, op. cit., p. 335.

⁴⁸⁴ V. SERON, *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, op. cit., p. 178.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 159.

77. - Introduction. Tout comme pour d'autres branches du droit, les arrêts et ordonnances du Conseil d'Etat font l'objet d'une publication. Découlant de l'article 149 de la Constitution, ce dispositif relatif à la diffusion de ces décisions fait l'objet d'une analyse globale ci-après⁴⁸⁶.

78. - Le fondement législatif. Il importe toutefois d'apporter quelques éléments propres à la publication des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat. Ces dernières sont rendues dans le cadre de la procédure de cassation administrative. Leur diffusion, ainsi que celle des arrêts traditionnels du Conseil d'Etat, rendus par la Section du contentieux administratif, est inscrite à l'article 28 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁴⁸⁷. Cette disposition indique, en son alinéa 3, que « [l]es arrêts et les ordonnances visées à l'article 20, § 3 du Conseil d'Etat sont accessibles au public »⁴⁸⁸. Cette accessibilité permet à tout un chacun de se rendre au greffe et d'obtenir, sur simple demande, un arrêt rendu au contentieux de l'annulation⁴⁸⁹ ou une ordonnance motivant la non-admission d'un recours en cassation administrative. Outre cette accessibilité matérielle, le Conseil d'Etat propose une accessibilité virtuelle par le biais de la diffusion des arrêts sur son site internet (www.raadvst-consetat.be)⁴⁹⁰. Plus généralement, l'alinéa 4 de l'article 28 ajoute que « [l]e Conseil d'Etat en assure la publication dans les cas, les formes et les conditions déterminés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ». Cet arrêté royal a été adopté le 7 juillet 1997 et porte spécifiquement sur la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission⁴⁹¹.

L'article 1^{er} de l'arrêté se limite à répéter cette obligation de publication des décisions la Haute juridiction administrative. Il précise que « [l]e Conseil d'Etat assure, sur un réseau d'informations accessibles au public, la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission qu'il rend, à l'exclusion des arrêts prononcés en exécution des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ». Une telle diffusion

⁴⁸⁶ Voy. dès lors, *infra*.

⁴⁸⁷ Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, *M.B.*, 21 mars 1973.

⁴⁸⁸ L'article 20, § 3, est relatif aux ordonnances portant sur l'admissibilité des recours en cassation « formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité » (article 14, § 2, auquel l'article 20 fait référence).

⁴⁸⁹ D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT, L. VANSNICK, *Droit administratif*, t° III, *Le contrôle de l'administration*, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 286, n° 590.

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ Arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat, *M.B.*, 8 août 1997. Cet arrêté royal a été modifié notamment par l'arrêté royal du 24 mai 2011 modifiant l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat, *M.B.*, 15 juin 2011.

implique notamment la mention « des noms, domicile ou siège des parties, de leur domicile élu et, le cas échéant, des nom et qualité de la personne qui les représente »⁴⁹². L'article 2 est plus intéressant dans la perspective d'une application de l'oubli en droit administratif. Son alinéa 1^{er} énonce que « [l]ors de la publication de l'ordonnance de non-admission ou de l'arrêt, l'identité des personnes physiques peut être omise à la demande expresse d'une personne physique qui est partie dans un litige pendant devant le Conseil d'Etat. Cette demande peut être introduite dans la requête ou, le cas échéant, jusqu'à la clôture des débats »⁴⁹³. Quant à son alinéa 2, il oblige le dispositif de la décision à faire « état expressément de cette dépersonnalisation. Cette dernière s'applique à toute forme de publication de l'ordonnance de non-admission ou de l'arrêt à l'initiative du Conseil d'Etat ou de tout autre tiers habilité ou désigné par le Conseil d'Etat pour procéder à la publication prévue à l'article 1^{er} ». Autrement dit, la presse ne serait pas tenue de respecter cette dépersonnalisation.

Le système mis en place par l'arrêté royal est donc celui de la publication intégrale à moins d'un *opt out*, c'est-à-dire à moins de la levée d'une option par la personne visée par la décision administrative. L'activation de cette option semble correspondre, notamment, à l'exercice d'une forme de droit à l'oubli, dès lors qu'elle permet en effet la diffusion d'un arrêt ou d'une ordonnance du Conseil d'Etat anonymement. Concrètement, dans le cas d'espèce, c'est donc sous la forme d'un droit à requérir l'anonymisation, ou la dépersonnalisation, que l'on retrouve l'oubli. La dépersonnalisation requise s'entend au sens large : cela concerne l'identité, les éventuels lieux ou dates de naissance, bref tout élément susceptible d'identifier une personne physique⁴⁹⁴. Il s'agit *in fine* de supprimer toutes les données à caractère personnel présentes dans la décision de justice⁴⁹⁵. La Commission de la protection de la vie privée – devenue l'Autorité de protection des données⁴⁹⁶ – considère que la procédure mise en place dans l'arrêté royal ne constitue pas la bonne option. En effet, ladite Commission précise que « [l]e respect du principe de proportionnalité ne requiert en général aucune mention de données

⁴⁹² D. RENDERS, T. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT, L. VANSNICK, *Droit administratif*, t° III, *op. cit.*, p. 287, n° 591.

⁴⁹³ Dans le Rapport au Roi attaché à l'arrêté royal du 7 juillet 1997, il est indiqué que cette demande expresse de dépersonnalisation est aussi d'application pour les arrêts prononcés antérieurement à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal (voy. notamment l'article 7 de l'arrêté royal qui expose le régime transitoire pour la période entre le 1^{er} janvier 1992 et la date d'entrée en vigueur de l'arrêté).

⁴⁹⁴ Cette remarque relative à une compréhension large de la « dépersonnalisation » est faite dans l'avis de la section de Législation du Conseil d'Etat, rendu préalablement à l'adoption de l'arrêté royal du 7 juillet 1997, la précision ayant en outre été confirmée dans le Rapport au Roi de ce même l'arrêté royal.

⁴⁹⁵ Sur la définition d'une donnée à caractère personnel, voy. *infra*.

⁴⁹⁶ Voy. la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, p. 989.

à caractère personnel, sauf “opt-in” éventuel, donc consentement de la personne concernée »⁴⁹⁷. Autrement dit, elle préconise d’aller plus loin et de renverser le principe actuellement établi par l’arrêté royal en recommandant une diffusion des décisions disciplinaires – mais aussi judiciaires – en systématisant le recours aux initiales ou à des pseudonymes⁴⁹⁸. L’anonymisation ou la pseudonymisation doivent prévaloir, la diffusion d’informations à caractère personnel devenant l’exception.

L’article 5 de l’arrêté royal présente, lui-aussi, un intérêt. Il dispose que « [d]ans des circonstances exceptionnelles, une personne physique qui était partie dans un litige pendant devant le Conseil d’Etat peut, en se fondant sur des éléments dont elle n’avait pas connaissance avant l’introduction de la requête ou, le cas échéant, avant la clôture des débats, demander que désormais, l’identité d’une personne physique qu’elle désigne ne soit plus mentionnée dans la publication des ordonnances de non-admission et des arrêts sous forme numérique ». Cet article se distingue à plusieurs égards du contenu de l’article 2. Premièrement, la disposition permet à une personne physique, partie à un litige, de requérir la suppression de toute référence à l’identité d’une tierce personne. Cependant, le champ d’application de l’article 5 est plus restrictif dès lors qu’il ne concerne que la publication numérique de la décision du Conseil d’Etat⁴⁹⁹. Il faut cependant nuancer ce caractère restrictif : la diffusion numérique est celle qui présente le plus d’impact et donc de danger pour la protection de la vie privée. La restriction du champ de cette anonymisation ne semble donc pas problématique⁵⁰⁰. En outre, la demande doit faire l’objet d’une motivation et être adressée par lettre recommandée au premier président du Conseil d’Etat (article 5, alinéa 3). Condition supplémentaire, cette requête doit encore être justifiée par des circonstances exceptionnelles et doit s’appuyer sur des éléments qui n’étaient pas portés à la connaissance de la personne physique, auteure de la demande, « avant l’introduction de la requête ou, le cas échéant, avant la clôture des débats ».

⁴⁹⁷ Commission de la protection de la vie privée, recommandation n° 03/2012 du 8 février 2012 relative aux banques de données de jugement et/ou d’arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement (CO-AR-2011-003), disponible sur le site www.privacycommission.be, § 24.

⁴⁹⁸ La Commission de protection de la vie privée « estime qu’au vu de la finalité “contrôler et informer”, le choix posé dans l’arrêté royal du 7 juillet 1997, à savoir de publier également les données à caractère personnel – à moins d’un “opt-out” – est disproportionné » (§ 24).

⁴⁹⁹ Voy. le commentaire des articles de l’arrêté royal, figurant dans le Rapport au Roi : lors de l’analyse de l’article 2, il est fait mention d’une dépersonnalisation s’appliquant « à toute forme de publication ».

⁵⁰⁰ Voy. ci-après que lorsque l’anonymisation d’un article est requise, celle-ci ne l’est que dans la version numérique d’un article, et non dans la version papier (voy. *infra*). La logique est donc la même que celle figurant à l’article 5 de l’arrêté royal du 7 juillet 1997.

Enfin l'article 5, alinéa 2 ajoute qu'« [u]ne personne physique qui n'était pas partie à l'instance mais a un intérêt à l'omission de l'identité lors de la publication peut également introduire une telle demande pour autant que cet intérêt soit établi ». Les conditions semblent ici différentes. La tierce personne doit démontrer un intérêt à l'omission de l'identité. L'article ne précise pas pour quelle forme de publication la suppression est d'application. Cependant, tout laisse à croire que le champ d'application visé est identique à celui de l'article 5, alinéa 1^{er}, soit la publication numérique.

Plus encore que l'article 2, l'article 5 participe au droit à l'oubli. Il permet en effet, après l'écoulement d'un certain laps de temps, de dépersonnaliser des décisions d'ores et déjà publiées. Il s'agit donc d'une modification tardive, justifiée par une demande expresse et motivée, analysée par le premier président du Conseil d'Etat, d'un arrêt ou d'une ordonnance. Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 24 mai 2011 modifiant celui du 7 juillet 1997 est à ce propos extrêmement clair lorsqu'il évoque l'article 5 : cette disposition « permet une meilleure mise en œuvre de la notion dynamique du “droit à l'oubli”, notion qui, avec le temps, gagne en importance par rapport au principe fondamental de la publicité de la jurisprudence ». Les conditions devant être mises en œuvre peuvent en outre être rapprochées des conditions de mise en œuvre du droit à l'oubli, impliquant un examen de critères particuliers devant être mis en balance. L'on retrouve finalement une telle mise en balance dans l'appréciation que le premier président du Conseil d'Etat semble devoir faire face à une telle requête.

§ 2. Le droit disciplinaire de la fonction publique

A. Définition

79. - Introduction. On entend par droit disciplinaire « un ensemble de règles, de normes de conduite permettant d'assurer le bon fonctionnement d'une profession, d'un groupe déterminé en la protégeant des abus internes »⁵⁰¹. Il s'agit de sanctionner un comportement professionnel

⁵⁰¹ S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions en matière disciplinaire – La confirmation du droit à l'oubli », in V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 359 ; S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions disciplinaires au regard des attentes liées à la transparence », *Dr. pén. entr.*, 2010/2, p. 95. Voy. aussi I. OPDEBEEK, A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 1 à 4, n° 1 à 8 ; J. DU JARDIN, « Principes généraux », *Le droit disciplinaire des ordres professionnels*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 11.

non adéquat. Ainsi, comme l'indique le Conseil d'Etat, « il suffit, pour que des faits soient qualifiés de disciplinairement répréhensibles, qu'ils constituent des manquements aux devoirs de la fonction ou des atteintes à l'honneur ou à la dignité de celle-ci »⁵⁰². Ce droit ne s'intègre ni dans le droit civil ni dans le droit pénal⁵⁰³ ; il constitue un droit *sui generis*⁵⁰⁴. Sur plusieurs points, il se distingue même nettement de ces branches du droit⁵⁰⁵.

Les personnes susceptibles d'être soumises à ce droit disciplinaire appartiennent à ce que l'on appelle la fonction publique. Cette dernière « est constituée de l'ensemble des personnes qui accomplissent des tâches de service public en étant soumises à un statut, qui se définit quant à lui comme l'ensemble des règles élaborées unilatéralement par l'autorité administrative et qui s'appliquent indistinctement à tous les agents qui y sont soumis »⁵⁰⁶.

⁵⁰² C.E., 11 janvier 2012, *Province de Liège c. Communauté française*, n° 217.152.

⁵⁰³ Voy. à cet égard C.c., 7 décembre 1999, n° 129/99. L'arrêt indique qu'« [i]l existe une différence fondée sur un critère objectif entre la situation des personnes qui font l'objet de poursuites pénales et de celles qui font l'objet d'une procédure disciplinaire. L'action publique a pour but de faire réprimer des atteintes à l'ordre public et est exercée dans l'intérêt de la société dans son ensemble; elle est de la compétence des juridictions pénales ; elle ne peut porter que sur des faits que la loi qualifie d'infractions et elle donne lieu, en cas de condamnation, aux peines prévues par la loi ou en vertu de celle-ci. L'action disciplinaire a pour objet de rechercher si le titulaire d'une fonction publique ou d'une profession a enfreint les règles de déontologie ou de discipline ou a porté atteinte à l'honneur ou à la dignité de sa fonction ou de sa profession; elle s'exerce dans l'intérêt d'une profession ou d'un service public; elle concerne des manquements qui ne font pas nécessairement l'objet d'une définition précise; elle peut donner lieu à des sanctions touchant l'intéressé dans l'exercice de sa fonction ou de sa profession et qui sont prononcées par un organe propre à chaque profession concernée, par une autorité administrative ou par une juridiction » (B.4).

⁵⁰⁴ S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions disciplinaires au regard des attentes liées à la transparence », *op. cit.*, p. 95.

⁵⁰⁵ A la différence du droit pénal ou du droit civil, l'objectif de ce corpus de normes ne réside pas dans une volonté, pour une éventuelle victime ou pour la société, d'obtenir une réparation d'un quelconque préjudice. En outre, le droit disciplinaire se départit de l'idée selon laquelle une sanction n'est applicable que lorsque le comportement a fait l'objet d'une description dans un texte, à l'instar des infractions pénales (F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 159, n° 290). A ce titre, il est permis de le rapprocher davantage du droit civil de la responsabilité extracontractuelle, et plus précisément de la figure du *bonus pater familias* pris en compte dans l'analyse d'un comportement fautif. Autre différence notable avec le droit pénal, nul besoin, pour sanctionner disciplinairement quelqu'un, de démontrer l'existence d'un préjudice. Enfin, la procédure disciplinaire a vocation à demeurer confidentielle, c'est-à-dire « qu'elle a vocation à ne pas être diffusée vers le monde extérieur ce qui lui vaut par ailleurs d'essuyer fréquemment le reproche, souvent justifié, d'être corporatiste et de manquer de transparence » (S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions disciplinaires au regard des attentes liées à la transparence », *op. cit.*, p. 95). La procédure pénale, bien qu'inscrite dans le principe du secret (secret de l'information et secret de l'instruction, semble davantage transparente, notamment parce qu'elle n'a pas vocation à rester secrète.

⁵⁰⁶ F. GOSSELIN, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 37, n° 57. L'auteur indique cependant que cette définition vise l'approche dite organique de la fonction publique. Dans une approche fonctionnelle, « la fonction publique recouvre l'ensemble des tâches de service public accomplies par toutes les personnes qui participent à l'activité de la puissance publique ». Dès lors que le droit disciplinaire ne touche en principe que les individus sous statut, il y a lieu de se limiter à la première approche, certes, plus restreinte. Notons cependant que certains pouvoirs publics élargissent l'application du régime disciplinaire aux agents contractuels par le biais d'une clause contractuelle ou d'un règlement du travail (*Ibidem*, p. 160, n° 292).

B. Le régime des sanctions disciplinaires : aperçu

80. - Le régime des sanctions disciplinaires à l'égard des fonctionnaires fédéraux⁵⁰⁷ : quelques traces d'oubli partiel. Sans entrer dans de larges considérations, à l'heure actuelle, cinq sanctions disciplinaires peuvent être prononcées, à la suite de procédures particulières, à l'encontre d'un fonctionnaire fédéral⁵⁰⁸ : le rappel à l'ordre, la retenue de traitement, le déplacement disciplinaire, la démission d'office, et la révocation.

Une phase de la procédure disciplinaire nous ramène inévitablement à une dimension d'oubli. Lorsqu'une peine disciplinaire sanctionne un comportement d'un agent public, celle-ci peut ensuite faire l'objet d'un effacement ou d'une radiation⁵⁰⁹, les deux termes semblant renvoyer à la même réalité⁵¹⁰. L'article 80, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat indique que l'effacement a d'office lieu après neuf mois pour le rappel à l'ordre, douze mois pour la retenue de traitement et dix-huit mois pour le déplacement disciplinaire⁵¹¹. L'écoulement d'une certaine période de temps induit, par conséquent, l'effacement automatique des peines. Dans le régime de l'autorité fédérale, cependant, la révocation et la démission d'office ne jouissent pas de cet oubli automatique⁵¹².

La radiation implique-t-elle un oubli total ? Cela ne semble pas être totalement le cas. En effet, la radiation n'a pas d'effets pour le passé. La sanction disciplinaire a bien été adoptée à l'encontre d'un agent, ce dernier ayant dû la supporter⁵¹³. En revanche, la radiation a des effets

⁵⁰⁷ Sur les régimes applicables aux fonctionnaires autres que fédéraux, voy., W. APPELS, *Procedures evaluatie en tucht*, Malines, Wolters Kluwer, 2015 ; B. LOMBAERT, V. RIGODANZO, *Le régime disciplinaire des agents communaux et des CPAS*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Wolters Kluwer, 2013 ; A. BERTOUILLE, F. KOEKELBERG, *Le régime disciplinaire du personnel communal, du personnel des C.P.A.S. et des membres services de la police locale*, Heule, UGA, 2002. Sur le droit disciplinaire applicable à d'autres professions, voy. G.-A. DAL (dir.), *Actualités du droit disciplinaire*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016 ; P. CORVILAIN (coord.), *Le droit disciplinaire des ordres juridiques*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2004. Les autres régimes ne sont pas abordés compte tenu de leur nombre et de leur diversité.

⁵⁰⁸ Article 77 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, *M.B.*, 8 octobre 1937. La disposition a été modifiée par l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 3 août 2016 portant modification de diverses dispositions en matière disciplinaire relatives aux agents de l'Etat, *M.B.*, 24 août 2016. Préalablement à cette modification, l'arrêté royal proposait un panel de neuf sanctions : le blâme, la suspension disciplinaire, la régression barémique et la rétrogradation ont été supprimés.

⁵⁰⁹ Voy., en France, un système identique décrit par C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *op. cit.*, p. 1168.

⁵¹⁰ I. OPDEBEEK, A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, *op. cit.*, p. 525, n° 995.

⁵¹¹ Pour les points de départ de ces délais, voy. l'article 80, § 2, al. 2 et 3 de l'arrêté royal précité du 2 octobre 1937.

⁵¹² Article 80, § 1^{er}, al. 1^{er} de l'arrêté royal précité du 2 octobre 1937.

⁵¹³ I. OPDEBEEK, A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentucht*, *op. cit.*, p. 525, n° 995, et pp. 526 à 527, n° 998.

pour le futur : sans supprimer l'existence d'une peine disciplinaire, elle permet simplement à cette sanction de ne plus être prise en compte dans le futur, notamment dans le cadre d'un processus de nomination et de promotion ou lors d'une évaluation d'un agent⁵¹⁴.

En ce qui concerne la prise en compte d'une peine radiée dans la détermination d'une nouvelle sanction disciplinaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat semble abonder dans le même sens : « il ne peut plus en être tenu compte, notamment pour l'appréciation des titres à la promotion de l'agent, lors de son évaluation ou d'une nouvelle procédure disciplinaire »⁵¹⁵. Néanmoins, la haute juridiction administrative tempère aussitôt en ajoutant que « la radiation n'empêche pas l'autorité de tenir compte, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, de la circonstance que l'agent poursuivi a déjà commis des faits répréhensibles semblables dans le passé et qu'il y aurait récidive dans son chef, sans pour autant avoir égard au taux de la sanction qui avait été prononcée à l'époque et qui a été radiée entre-temps ». Ce tempérament est critiquable dès lors qu'il aboutit des effets différenciés de la radiation. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 26 avril 2005, distingue une sanction radiée d'une sanction non encore radiée⁵¹⁶. Alors que la première peut être évoquée lors de l'audition d'un fonctionnaire « de manière à replacer le contexte dans lequel la [nouvelle] sanction administrative est envisagée », tout en n'étant pas citée dans la motivation de cette nouvelle sanction, la seconde « qui, bien qu'elle concerne des faits différents de ceux pour lesquels le requérant est actuellement sanctionné, peut être également mentionnée pour souligner l'attitude du requérant et justifier la gravité de la sanction ». Enfin, dans une décision du 7 juillet 2008, le Conseil d'Etat indique que « s'il est vrai que la radiation d'une sanction n'empêche pa[s] l'autorité disciplinaire de prendre en compte les faits sanctionnés afin d'apprécier le taux de la peine dans le cadre d'une nouvelle procédure disciplinaire, il ne peut être question de se référer en tant que tel à une sanction disciplinaire radiée »⁵¹⁷.

En résumé, le Conseil d'Etat admet qu'une autorité administrative puisse intégrer l'existence d'une sanction disciplinaire radiée comme un élément aggravant dans l'analyse d'un nouveau comportement disciplinairement fautif, c'est-à-dire dans l'appréciation de la lourdeur

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 528 et 529, n° 1000 et 1001.

⁵¹⁵ C.E., 6 avril 2017, *Knockaert c. commune de Watermael-Boitsfort*, n° 237.908 ; C.E., 30 septembre 2016, *Blairon c. ville de Mons*, n° 236.594 ; C.E., 24 septembre 2015, *Delcoigne c. société régionale du Port de Bruxelles*, n° 232.323 ; C.E., 21 novembre 2008, *Ebroin c. s.a. de droit public La Poste*, n° 188.126 ; C.E., 26 avril 2005, *Van Merris c. commune d'Uccle*, n° 143.683.

⁵¹⁶ C.E., 26 avril 2005, *Van Merris c. commune d'Uccle*, n° 143.683.

⁵¹⁷ C.E., 7 juillet 2008, *Thiry c. Zone de Police de Seraing-Neupré*, n° 185.198.

et de l'ampleur de la nouvelle sanction disciplinaire⁵¹⁸. Ce raisonnement s'applique lorsqu'il y a récidive dans le comportement de l'agent, mais aussi lorsque les faits pour lesquels il risque une nouvelle sanction n'ont aucun lien avec les précédents.

81. - L'annulation d'une sanction disciplinaire par le Conseil d'Etat : l'oubli total.

Lorsqu'à la suite d'un recours en annulation devant la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, une décision disciplinaire – en ce compris celle ayant été radiée – fait l'objet d'une annulation, elle jouit d'un oubli total dès lors que son annulation vaut *erga omnes* et que cette disparition est consolidée par un effet rétroactif. Ces effets se déduisent des conséquences juridiques d'un arrêt d'annulation rendu par la juridiction administrative⁵¹⁹. La décision étant censée n'avoir jamais existé, une telle sanction annulée ne peut dès lors être prise en compte par l'autorité administrative lors d'une nouvelle procédure disciplinaire à l'encontre de l'agent⁵²⁰. Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs confirmé dans un arrêt du 2 juillet 1997. Est disproportionné le fait de fixer une peine disciplinaire en prenant en compte une ancienne sanction disciplinaire annulée, celle-ci ayant abouti à une appréciation plus rigoureuse de la situation du fonctionnaire⁵²¹.

C. La transparence dans le droit disciplinaire

82. - Le principe : la confidentialité. Comme cela a été souligné, la procédure administrative est caractérisée par sa confidentialité. Selon plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁵²², « la discrétion quant à l'examen, à l'instruction et au jugement des causes disciplinaires »⁵²³ est un principe général du droit, établissant ce qu'on appelle « le pacte de confidentialité ».

Cette confidentialité est-elle cependant compatible avec les exigences de transparence de plus en plus souvent revendiquées ? Dans la plupart des secteurs d'activités, nombreux sont

⁵¹⁸ En France, le raisonnement semble être identique (C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *op. cit.*, p. 1168).

⁵¹⁹ Sur cette question, voy. L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 143 à 288, n° 187 à 437.

⁵²⁰ Voy. les divers exemples jurisprudentiels repris par L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, pp. 147 à 149, n° 193 à 194, et pp. 228 à 237, n° 318 à 332.

⁵²¹ C.E., 2 juillet 1997, *Heye c. Agence régionale pour la propreté Bruxelles-Propreté*, n° 67.285.

⁵²² Cass., 20 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, n° 45 ; Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1193 ; Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 973 ; Cass., 26 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 242 ; Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 83.

⁵²³ A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005/6201, p. 733, n° 48.

ceux qui plaident pour davantage de publicité des procédures administratives et des sanctions disciplinaires. Stéphane Folie indique à cet égard que « certains estiment qu'il doit être permis et possible pour chacun de prendre connaissance de toute décision judiciaire ou disciplinaire, en ce compris l'identité des parties impliquées »⁵²⁴. Et de poursuivre en élargissant le débat dans le domaine de la presse : « [l]a liberté de la presse n'impose-t-elle pas de permettre effectivement aux journalistes d'assister aux audiences ? Le droit à l'exercice d'une activité économique peut-il être restreint en empêchant une entreprise de collecter des données issues de procédures judiciaires ou disciplinaires en vue de les mettre à disposition du public gratuitement ou moyennant paiement ? »⁵²⁵. La question a reçu une réponse de la Cour de justice de l'Union européenne, dans la désormais célèbre affaire *Google Spain*⁵²⁶. Toutefois, ceci doit être examiné avec nuances⁵²⁷.

Cette revendication aboutit cependant à poser des problématiques nouvelles, notamment au regard de la protection du droit à la vie privée et de la possibilité de revendiquer l'oubli de la procédure. L'accroissement de la transparence pourrait donc avoir des effets pervers dont il faut tenir compte. Ce n'est pas tant la publicité des débats qui pose problème que la publicité des décisions. En effet, la publicité des débats en matière disciplinaire semble avoir été reconnue. Cependant, ce droit d'assister aux audiences disciplinaires est une avancée dont l'impact reste limité pour les tiers dès lors que ceux-ci n'ont aucune information pratique sur ces audiences qui se tiennent généralement hors des palais de justice⁵²⁸.

83. - La transparence des sanctions disciplinaires. En matière de transparence des sanctions disciplinaires, il est intéressant de se pencher sur un recours introduit devant la Cour

⁵²⁴ S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions en matière disciplinaire [...] », *op. cit.*, p. 360.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ Voy. *infra* ; C.J.U.E. (Gr. ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, A&M*, 2014/5, p. 398, note J. AUSLOOS, B. VAN ALSENOY, « Bescherming van natuurlijke personen in verband met verwerking van persoonsgegevens » ; *Computerr.*, 2014, p. 226, note P. VAN EECKE, A. CORNETTE, « De verantwoordelijkheid van zoekmachines bij de publicatie van persoonsgegevens op websites : Het Google Spain SL arrest » ; *Juristenkrant*, 2014/290, p. 2 (reflet) ; *J.D.E.*, 2014, p. 271 ; *J.T.*, 2014, p. 451, note E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche: droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" » ; *J.L.M.B.*, 2014, note A. CASSART, J. HENROTTE, « Arrêt Google Spain: la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli » ; *R.E.D.C.*, 2014, p. 53 ; *R.W.*, 2014-15, p. 997 ; *S.E.W.*, 2014, p. 344 (reflet) ; *R.D.C.*, 2014, p. 724. Voy. encore les commentaires suivants, S. ALLEN, « Remembering and Forgetting – Protecting Privacy Rights in the Digital Age », *European Data Protection Law Review*, 2015/3, pp. 164 à 177 ; H. KRANENBORG, « Google and the Right to Be Forgotten », *European Data Protection Law Review*, 2015/1, pp. 70 à 79.

⁵²⁷ Voy. *infra*.

⁵²⁸ S. FOLIE, « La publication et la communication des décisions en matière disciplinaire [...] », *op. cit.*, p. 362.

constitutionnelle⁵²⁹ demandant la suspension et l'annulation d'une disposition du décret flamand du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé⁵³⁰. Le recours porte sur l'article 40, § 6, alinéa 2, qui précise que « [l]es suspensions disciplinaires des sportifs majeurs sont publiées pour la durée de la suspension sur le site web que le Gouvernement crée à cet effet et par les canaux de communication officiels créés par les fédérations sportives. Cette publication contient les nom, prénom et date de naissance du sportif, le début et la fin de la période de suspension et la discipline sportive qui a donné lieu à l'infraction ». Le requérant est un cycliste qui, parce que suspendu par la Ligue vélocipédique belge, a vu son identité diffusée sur internet. Il estime que ce procédé de publication est contraire au droit à la protection de la vie privée, consacré aux articles 22 de la Constitution, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 17 du Pacte international des droits civils et politiques.

La Cour constitutionnelle recadre le recours en soulignant que l'exposé des moyens invoqués ne porte en réalité que sur la publication sur un site web créé spécialement à cet effet par le Gouvernement flamand⁵³¹. Ce recadrage est malheureux tant il aurait été intéressant de connaître le point de vue de la Cour sur l'ensemble des moyens de diffusion proposé.

La Cour, tout en reconnaissant que la publication de données personnelles, soumises à la législation fédérale en la matière⁵³², constitue bien une ingérence au droit à la vie privée et,

⁵²⁹ L'arrêt de suspension est le suivant : C.c., 20 octobre 2004, n° 162/2004, *M.B.*, 25 octobre 2004 (3^{ème} éd.), p. 73442 ; *J.T.*, 2005, p. 98, note ; *N.j.W.*, 2005/97, p. 88, note E. BREMS, *erratum N.j.W.*, 2005/98, p. 144 ; l'arrêt d'annulation est le suivant : C.c., 19 janvier 2005, n° 16/2005, *A.P.M.*, 2005/2, p. 28 (sommaire) ; *M.B.*, 31 janvier 2005 (1^{ère} éd.), p. 2758 ; *Computerr.*, 2005/3, p. 136, note J. DUMORTIER, « Bekendmaking van disciplinaire schorsingen van sportbeoefenaars op een door de Vlaamse Regering gepubliceerde website » ; *N.j.W.*, 2005/98, p. 127, note E. BREMS ; *R.D.T.I.*, 2005/22, p. 129, note R. MARCHETTI, « L'arrêt du 19 janvier 2005 de la Cour d'arbitrage : une application du principe de proportionnalité dans le cadre de la législation sur la protection de la vie privée » ; *R.W.*, 2005-06, p. 418 ; *T.B.P.*, 2006/2, p. 115.

⁵³⁰ Décret flamand du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, *M.B.*, 11 juin 1991. Le décret a fait l'objet de modifications, notamment par le décret du 19 mars 2004 modifiant le décret du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, *M.B.*, 10 mai 2004. Ce dernier décret a modifié l'article 40 du décret initial. C'est précisément cette disposition qui fait l'objet du recours introduit devant la Cour constitutionnelle.

⁵³¹ Le premier moyen porte sur la violation du droit au respect de la vie privée. Le second est relatif à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour n'a cependant pas analysé ce second moyen dès lors qu'elle a considéré que le premier était suffisant pour fonder le recours.

⁵³² Il s'agit de 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, p. 5801. Cette loi a, depuis, été abrogée par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

qu'en ce sens, cette ingérence doit être légitime et proportionnelle⁵³³. Les juges constitutionnels belges poursuivent leur raisonnement en affirmant qu'« [u]ne forme restreinte de publication électronique pour les besoins des fonctionnaires chargés de la surveillance et des responsables des associations sportives peut être jugée nécessaire pour assurer le respect effectif des sanctions imposées aux sportifs et sert un but légitime. La diffusion de données personnelles, prévue par le décret, sur un site web non sécurisé et, partant, accessible à chacun va cependant au-delà de ce que cet objectif requiert. Une telle publication n'a pas seulement pour effet que chacun peut prendre connaissance de ces données, même si cela n'est d'aucune utilité, mais elle permet également que les données publiées soient utilisées à d'autres fins et soient traitées plus avant, ce qui a pour conséquence qu'elles peuvent encore être diffusées après l'expiration des sanctions et la disparition de la publication dudit site web » (B.6.1.). Selon Romain Marchetti, la Cour avance en réalité deux arguments pour accueillir le recours : « [d]'une part, elle a estimé que le but poursuivi par le législateur décretaal aurait pu être accompli de manière moins dommageable pour les intéressés puisqu'une publication électronique restreinte aurait suffi pour atteindre le même objectif légitime tout en étant plus respectueuse du droit au respect de la vie privée. D'autre part, elle a considéré que les effets de la mesure, à savoir publier les sanctions disciplinaires sur un site web non sécurisé, sont disproportionnés au regard du but poursuivi »⁵³⁴. Ces deux éléments paraissent être tout à fait liés : le fait que le but aurait pu être atteint par d'autres mesures moins attentatoires permet concrètement de démontrer le caractère disproportionné de la norme.

Que conclut la Cour ? Une lecture entre les lignes de ces arrêts nous permet de soutenir qu'une telle publication aurait pu être validée par la Cour, pour autant que les deux dangers relevés dans sa motivation soient levés. Premièrement, le passage par un site sécurisé. La Cour pointe concrètement le fait que le site internet soit accessible à tous, sans enregistrement préalable, gratuitement, et sans devoir justifier l'accès aux données qui y seraient reprises⁵³⁵. Le second danger pointé par la Cour concerne la dispersion des données à caractère personnel. Diffusées sur internet, elles peuvent en effet être reprises par d'autres internautes, dupliquées

⁵³³ La Cour reprend ici le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle sous-entend cependant que l'ingérence est bien prévue par la loi, dès lors que la diffusion d'informations personnelles trouve sa source dans le décret flamand contesté.

⁵³⁴ R. MARCHETTI, « L'arrêt du 19 janvier 2005 de la Cour d'arbitrage : une application du principe de proportionnalité dans le cadre de la législation sur la protection de la vie privée », *R.D.T.I.*, 2005/22, pp. 135 et 136.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 144. L'auteur précise que « la Cour affirme qu'une publication électronique restreinte, et donc sécurisée, c'est-à-dire accessible seulement aux personnes intéressées, aurait permis d'atteindre le même but légitime tout en étant plus respectueuse du droit au respect de la vie privée ».

sur d'autres sites internet, pour aboutir, *in fine*, à une perte de leur contrôle. En soulignant que l'une des conséquences réside dans le fait que ces informations litigieuses puissent « être diffusées après l'expiration des sanctions et la disparition de la publication dudit site web », la Cour pose indirectement la question évoquée dans la présente thèse, celle du droit à l'oubli⁵³⁶. Le raisonnement de la Cour constitutionnelle rappelle que la transparence ne peut être appliquée à n'importe quel prix.

§ 3. L'effet rétroactif des arrêts du Conseil d'Etat et le retrait d'un acte

84. - Les conséquences d'un arrêt d'annulation. Sans entrer dans de larges considérations, il importe d'indiquer que la présence d'une certaine forme d'oubli dans les effets d'un arrêt d'annulation rendu par la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. De telles décisions ont un effet rétroactif, faisant disparaître l'acte attaqué devant la juridiction administrative. Cette annulation implique que l'« acte n'est censé n'avoir jamais été accompli », cet anéantissement prenant cours « à compter de la date à laquelle l'acte attaqué a été initialement adopté »⁵³⁷. La portée de cette annulation n'est pourtant pas inscrite dans les textes législatifs. En effet, les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁵³⁸ sont muettes à ce sujet, *a contrario* de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle qui, elle, indique clairement la portée de ses propres arrêts d'annulation⁵³⁹. Luc Donnay et Paul Lewalle écrivent à ce sujet que « [s]ur le plan des principes, nul ne met en cause la portée rétroactive d'un tel arrêt ; elle semble consubstantielle à l'annulation dans la plupart des pays qui connaissent ce type de contentieux »⁵⁴⁰. Un tel effet rétroactif découlerait de l'idée même d'une *annulation*⁵⁴¹,

⁵³⁶ Pour une analyse de ces droits, voy. *infra*.

⁵³⁷ L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 143, n° 187.

⁵³⁸ Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, M.B., 21 mars 1973.

⁵³⁹ Voy. *infra*.

⁵⁴⁰ L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 143, n° 187. Les auteurs renvoient à B. TAMBERLIN, « Rapport général présenté à l'occasion du X^e congrès de l'association internationale des hautes juridictions administratives », in *Le contrôle des décisions administratives par les cours et tribunaux administratifs*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 69.

⁵⁴¹ En ce sens, voy. notamment C.E., 10 janvier 1984, n° 23.870, *Van Bever*. Le point 2.3.1. de cet arrêt dispose que « [l]e terme "annulation" fait office de mot de code par lequel le juge d'annulation met en œuvre en rapport avec la décision "annulée" et à l'égard de tous les justiciables, un schéma comportemental préétabli qui, de toute évidence, ne vaut que pour l'avenir et qui prescrit qu'après "l'annulation", ces justiciables devront dorénavant agir en principe, dans le commerce juridique, comme si cette décision annulée avait été entièrement, et par conséquent, rétroactivement, mise à néant en tant qu'acte juridique – pas en tant que fait évidemment – et doit pour ce motif être réputée avoir entièrement disparu de l'ordre juridique ».

opposant ce terme à celui de l'*abrogation*⁵⁴² d'un acte qui ne présente des effets que pour le futur. Patrick Goffaux définit d'ailleurs l'annulation comme l'« opération consistant à mettre à néant avec effet rétroactif (*ex tunc*) un acte administratif. L'annulation peut intervenir à l'initiative d'une autorité administrative supérieure (hiérarchique ou de tutelle) ou d'un juge. Dans le premier cas, elle peut, sauf prévision contraire du législateur, intervenir pour des motifs d'opportunité ou de légalité, et, dans le second cas, seulement pour des motifs de légalité »⁵⁴³.

Cette maxime que l'on retrouve dans de nombreux arrêts du Conseil d'Etat – « l'acte annulé n'est censé n'avoir jamais été accompli » – relève, selon Lucien François, d'un « artifice de langage », en ce que « [n]ous n'agissons pas autrement lorsque, pour effacer fictivement un discours qui a déplu, nous déclarons n'avoir "rien dit". Qui utilise un tel procédé ne réussit pas tout à fait à créer l'illusion que ce qui a été dit ou fait ne l'a pas été ; la réalité reste présente à la mémoire de l'interlocuteur ; si l'on fait ainsi dans les mots violence à cette réalité, c'est peut-être simplement afin d'exprimer par une hyperbole manifeste combien on est soucieux de conjurer un effet non désiré du discours que l'on a tenu »⁵⁴⁴. Cet extrait peut être lu parallèlement à l'oubli d'information qui implique, lui-aussi, une sorte de fiction dès lors que, bien souvent, l'information demeure disponible malgré son oubli.

Cette rétroactivité peut cependant être tempérée⁵⁴⁵, l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat⁵⁴⁶ permettant que certains effets soient maintenus.

⁵⁴² L'abrogation se définit comme étant « la suppression, par une nouvelle disposition, d'une règle qui cesse d'être applicable pour l'avenir » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, v° *Abrogation*), ou encore comme l'« [o]pération consistant pour une autorité administrative à mettre à néant, sans effet rétroactif (*ex nunc*), un acte, réglementaire ou individuel, qu'elle a précédemment pris » (P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2016, p. 21, v° *Abrogation*). Voy., parmi d'autres, D. RENDERS, B. GORS, « Considérations sur l'abrogation de l'acte administratif réglementaire », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 510 à 520.

⁵⁴³ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 61, v° *Annulation*.

⁵⁴⁴ L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2001, pp. 174 et 175.

⁵⁴⁵ Voy., parmi d'autres, L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 157 à 188, n° 207 à 249.

⁵⁴⁶ La disposition a été insérée par l'article 3 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, *M.B.*, 3 février 2014.

Plus globalement, cet effet rétroactif implique, *de facto*, une forme d'oubli. Il y a lieu d'oublier l'acte administratif litigieux et d'oublier les éventuels effets qu'il aurait pu produire⁵⁴⁷.

85. - Le retrait d'acte. La non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux est un principe clé mais non absolu⁵⁴⁸. En effet, il existe des exceptions à ce principe, parmi lesquelles le retrait d'acte administratif, considéré comme « un pouvoir exorbitant »⁵⁴⁹ accordé à l'administration publique⁵⁵⁰. Retirer un acte administratif consiste, pour une autorité administrative, à ôter « de l'ordonnancement juridique, avec effet rétroactif, un acte administratif unilatéral, de portée réglementaire ou individuelle, qu'elle avait antérieurement posé »⁵⁵¹. Sans entrer dans les détails d'une matière complexe et nuancée⁵⁵², soulignons simplement que, lorsque le retrait d'acte est admis, il présente, à l'instar de l'annulation⁵⁵³, une rétroactivité, impliquant la même fiction que celle effectuée à la suite d'un arrêt d'annulation rendu par la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Section 3. L'oubli en droit constitutionnel

⁵⁴⁷ Cette fiction de l'oubli peut, cependant, être interprétée de deux façons et aboutir à d'importantes conséquences. Voy. les propos de L. DONNAY, P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 144 à 156, n° 188 à 206.

⁵⁴⁸ C. CAMBIER, D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », in D. DÉOM, P. NIHOUL, D. RENDERS, H. SIMONART, M. VERDUSSEN (dir.), *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 111, n° 3. Sur la reconnaissance de cette non-rétroactivité, voy., en page 110, les notes 4 et 5. Voy. aussi P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 422, v° *Non-rétroactivité des actes administratifs (Principe de -)*. Le principe y est défini comme un « [p]rincipe général de droit, à valeur législative et d'ordre public, qui interdit à un acte administratif, individuel ou réglementaire, de sortir ses effets à une date antérieure à sa divulgation (publication, affichage, notification, proclamation) ».

⁵⁴⁹ J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 795, n° 374.

⁵⁵⁰ Le fondement de ce retrait se déduit des articles 14, 19 et 30 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. En ce sens, voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, op. cit., p. 795, n° 374.

⁵⁵¹ C. CAMBIER, D. RENDERS, « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », op. cit., p. 111, n° 4. Voy. aussi la définition donnée par P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, op. cit., p. 580, v° *Retrait*.

⁵⁵² Voy. les contributions de messieurs Cambier et Renders (*ibidem*, pp. 109 à 125, n° 1 à 20) ; Salmon, Jaumotte et Thibaut (op. cit., pp. 797 à 808, n° 374 à 374.2.12) ; ainsi qu'à D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^{ème} éd., coll. Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 378 à 386, n° 695 à 712 ; M. NIHOUL, « A propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., 19 mai 2009, n° 193.418, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 281 à 290 ; J.-R. DELATTE, « Le retrait des actes administratifs individuels », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1995, pp. 93 à 116 ; M. VAN DAMME, F. DE KEGEL, *Intrekking van de asministratieve rechtshandeling*, Bruges, die Keure, 1994, 134 pp.

⁵⁵³ D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 386, n° 714.

86. - Introduction. Le droit constitutionnel comprend quelques principes juridiques qui emportent, peu ou prou, l'idée d'un oubli. Essentiellement, deux peuvent être cités. A l'instar du droit administratif, les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle ont des effets particuliers qui, dans certaines circonstances, impliquent l'oubli d'une disposition législative, d'un effet, d'un ou plusieurs termes de cet acte, etc. (§ 1^{er}). La seconde trace se trouve elle dans la diffusion des décisions de la Cour et les éventuelles restrictions qui pourraient y être attachées (§ 2).

§ 1^{er}. Les effets des recours en annulation devant la Cour constitutionnelle

87. - Erga omnes et rétroactif. Un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle qui conclut à l'annulation d'une norme à valeur législative a « autorité absolue de la chose jugée à partir de [sa] publication au *Moniteur belge* » (article 9, § 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle)⁵⁵⁴. Marc Verdussen indique que « [n]on seulement, les arrêts d'annulation valent *erga omnes*, mais l'anéantissement de la norme législative qu'ils emportent opère *ex tunc* ou, pour le dire autrement, *ab initio*. En clair, la disparition de la norme vaut à l'égard de tous et remonte au jour de son adoption »⁵⁵⁵. L'effet rétroactif se justifie dès lors que la norme annulée en raison de son inconstitutionnalité présente ce « vice congénital »⁵⁵⁶ depuis son adoption. François Tulkens évoque une « perturbation de la temporalité juridique »⁵⁵⁷ lorsqu'il souligne que l'annulation vaut tant pour le futur que pour le passé. Cette rétroactivité doit cependant être considérée comme une fiction en ce que, « jusqu'à son annulation [...], la norme a bel et bien existé. Elle a offert une base juridique à des actes administratifs et des décisions juridictionnelles, qui, nous le verrons, sont frappés de mutabilité »⁵⁵⁸.

L'annulation d'une norme par la Cour constitutionnelle impose par conséquent son oubli. Un oubli qui aboutit cependant, dans certaines circonstances à créer une insécurité juridique. L'oubli de la norme est une chose, l'oubli des effets qu'elle aurait déjà pu produire

⁵⁵⁴ Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989.

⁵⁵⁵ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 269.

⁵⁵⁶ M.-F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée. Observations sur les principes de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1986, p. 589.

⁵⁵⁷ F. TULKENS, « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 471.

⁵⁵⁸ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 269.

en est une autre. De sorte que, pour limiter l'instabilité créée par l'annulation, la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle permet, en son article 8, alinéa 3, de tempérer l'effet rétroactif : si la Cour « l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ». Les détails de ce mécanisme ne seront pas analysés⁵⁵⁹. L'on peut simplement souligner que, à l'instar de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle peut décider de déroger à cet oubli du passé, partiellement ou totalement, lorsque des raisons le justifient. Cette caractéristique, démontre, s'il le fallait, le fait que l'oubli dont il est question n'est, en réalité, qu'une fiction.

88. - Quand l'oubli fait tache d'huile : le principe de mutabilité. Lorsque la Cour constitutionnelle prononce l'annulation d'une norme à valeur législative, d'autres conséquences que la disparition de ladite norme doivent être évoquées, puisqu'elles impliquent à leur tour une forme d'oubli. On l'a dit, la norme annulée peut avoir été le fondement législatif d'actes administratifs ainsi que de décisions judiciaires. La logique veut donc que ces actes et décisions puissent être, si pas annulés d'office, au moins remis en cause par le biais de l'introduction d'un recours dès lors que leur fondement juridique a disparu⁵⁶⁰. Une telle logique doit prévaloir, même lorsque le délai initial permettant de contrôler la validité de ces actes ou décisions est dépassé. C'est donc un principe de mutabilité⁵⁶¹ des actes administratifs et des décisions de justice qui est consacré dans la loi spéciale.

A l'encontre des actes administratifs, l'article 18 ouvre un nouveau délai de six mois à compter de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au *Moniteur belge* pour

⁵⁵⁹ Voy., à ce sujet, M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 270 à 279, ainsi que les nombreuses références citées par l'auteur.

⁵⁶⁰ En ce sens, *ibidem*, pp. 358 et 359. L'auteur évoque trois options possibles : l'annulation d'office, l'immuabilité des actes et décisions, ou leur mutabilité.

⁵⁶¹ Voy. à ce propos les travaux parlementaires relatifs au projet de loi du 26 octobre 1983 relatif aux effets d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage sur les décisions judiciaires rendues en matière pénale, et notamment, le projet de loi relatif aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage sur les décisions judiciaires rendues en matière pénale, rapport complémentaire du 13 février 1985 fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Lallemand, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1983-1984, n° 579/3, p. 8. Voy. aussi B. GORS, « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public*, t° 2, *Les 'lois' du service public*, coll. Bibliothèque de droit administratif, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 105 à 175.

introduire un recours en annulation contre l'acte administratif qui aurait été adopté sur base de la norme annulée ou d'une de ses dispositions⁵⁶².

A l'encontre des décisions de justice, la loi spéciale organise une voie de recours particulière que l'on nomme la rétractation⁵⁶³. Il s'agit d'une « [v]oie de recours extraordinaire » qui « permet la mise à néant, par le juge qui l'a prononcée, d'une décision contentieuse en matière pénale, civiles ou encore administrative dans la mesure où ce jugement est fondé sur une loi, un décret ou encore une ordonnance annulée par la Cour constitutionnelle »⁵⁶⁴. Devant être introduite dans les six mois de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge* sous peine de déchéance⁵⁶⁵, la rétractation consiste concrètement à retourner devant la juridiction initialement saisie pour lui demander de statuer à nouveau sur l'affaire, tenant compte du fait que la norme sur laquelle elle s'était basée pour solutionner le litige a été supprimée de l'ordonnancement juridique.

89. - Les effets de la mutabilité. Quant aux effets, il y a lieu de distinguer les décisions répressives, civiles et celles de la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat.

Pour les premières, la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle offre de larges précisions. La rétractation « rend non avenues les condamnations pénales fondées sur une loi, un décret ou une [ordonnance] annulés ainsi que les décisions de suspension du prononcé des condamnations » (article 13, § 1^{er})⁵⁶⁶. L'objectif est par conséquent un effacement total de la condamnation avec, pour conséquence que « les inscriptions au casier judiciaire devront être

⁵⁶² Marie-Françoise Rigaux souligne que cette hypothèse n'implique pas la création d'un nouveau recours contre l'acte administratif, mais « se limite à rouvrir les délais de recours » (M.-F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée [...] », *op. cit.*, p. 592).

⁵⁶³ Marc Verdussen estime que cette procédure de rétractation est en réalité composée de trois types de recours : la rétractation des décisions issues des juridictions répressives (articles 10 à 14), civiles (article 16) ainsi que de la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat (article 17); le nouveau pourvoi en cassation (article 15) ; et enfin d'autres recours concernant essentiellement les « juridictions administratives autres que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat » (article 18). Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 360 à 368.

⁵⁶⁴ F.-X. BARCENA, « La rétractation : voie de recours extraordinaire et exceptionnelle ? », *CDPK*, 2012, p. 174, n° 1. Voy., dans un sens identique, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 551 (la rétractation se définit comme un recours tendant « à obtenir, de l'auteur même de la décision attaquée, l'annulation totale ou partielle de celle-ci lorsque ses bases juridiques ont été censurées par une juridiction suprême après qu'elle ait acquis un caractère irrévocable »).

⁵⁶⁵ Article 860, alinéa 2 du Code judiciaire.

⁵⁶⁶ Ceci implique que « [l']article 28 de la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante, est applicable au condamné qui a été détenu indûment en exécution du jugement rétracté » (article 13, § 4, alinéa 2 ; voy. la loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante, *M.B.*, 14 août 1990, p. 15779). En outre, voy. aussi l'article 14 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle pour ce qui concerne les décisions d'internement.

rayées »⁵⁶⁷. Notons encore qu'en vertu de l'article 12, § 6, de la loi spéciale, le juge peut, à la demande d'une des parties, « ordonner que sa décision de rétractation soit publiée par extrait dans un quotidien qu'il désigne ».

En ce qui concerne les matières civiles, la loi spéciale est totalement muette. Il semble cependant clair, et cela découle du principe même de la rétractation, que cette dernière « entraîne l'annulation *ex tunc* de la décision originaire »⁵⁶⁸, ce qui implique « que la partie condamnée soit remise dans la situation qui était la sienne avant la décision rétractée »⁵⁶⁹.

En ce qui concerne enfin les décisions du Conseil d'Etat, la loi à nouveau ne dit mot. François-Xavier Barcena souligne « qu'en pratique, la rétractation d'un arrêt du Conseil d'Etat risque de provoquer des difficultés insurmontables. Ainsi, dans l'hypothèse de la rétractation d'un arrêt d'annulation, cela signifie qu'aucun des moyens originaux n'étant fondé, le recours doit être rejeté. A l'inverse, la rétractation d'un arrêt de rejet suppose qu'un des moyens originaux devienne fondé, ce qui, en conséquence, entraîne l'annulation de la décision attaquée lors du premier recours »⁵⁷⁰. Enfin, les décisions des autorités administratives autres que la Section du contentieux administratif, la question du retrait d'actes administratifs adoptés sur le fondement d'une disposition annulée se pose. Le retrait d'un acte par l'autorité administrative est en règle possible aussi longtemps que l'acte est attaquant devant le Conseil d'Etat. Or, l'annulation d'une norme par la Cour constitutionnelle implique que des actes administratifs peuvent à nouveau, par l'ouverture d'un nouveau délai, faire l'objet d'un recours devant la haute juridiction administrative. Ces actes pourraient-ils alors faire, à nouveau, l'objet d'un retrait par l'autorité administrative ? Pour Manfred Beckers, « on ne peut apercevoir à première vue, aucun motif pour refuser à l'administration un tel pouvoir »⁵⁷¹.

§ 2. La publication des arrêts de la Cour constitutionnelle

⁵⁶⁷ F.-X. BARCENA, « La rétractation : voie de recours extraordinaire et exceptionnelle ? », *op. cit.*, p. 184, n° 28.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 188, n° 39.

⁵⁶⁹ E. KRINGS, « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1985, p. 585.

⁵⁷⁰ F.-X. BARCENA, « La rétractation : voie de recours extraordinaire et exceptionnelle ? », *op. cit.*, p. 191, n° 50. L'auteur préconise d'ailleurs une intervention législative afin d'apporter « un minimum de sécurité juridique » (p. 192, n° 53). Cependant, les cas de rétractation d'un arrêt de la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat sont peu nombreux. L'auteur n'en dénombre qu'un unique (pp. 192 et 193, n° 54).

⁵⁷¹ M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 142, cité par F.-X. BARCENA, « La rétractation : voie de recours extraordinaire et exceptionnelle ? », *op. cit.*, p. 195, n° 60.

90. - La publicité des arrêts de la Cour constitutionnelle... La Cour constitutionnelle, tout comme l'a fait le Conseil d'Etat, a développé des règles particulières relatives à la diffusion et la publication de ses arrêts.

Deux articles de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle évoquent principalement⁵⁷² l'obligation de publication des arrêts. L'article 65, d'abord, concerne davantage la langue de diffusion : il rend obligatoire la publication des arrêts au *Moniteur belge*, « de la manière déterminée à l'article 114 » de la loi spéciale. Cette disposition précise que « [l]es arrêts sont publiés par les soins du greffier sur le site web de la Cour ainsi que, dans leur intégralité ou par extraits, dans le *Moniteur belge*. L'extrait comporte les motifs et le dispositif ». Il ne fait donc aucun doute, la Cour a l'obligation de diffuser sa propre jurisprudence tant sur internet que dans une version papier.

L'article 114, dans une version antérieure⁵⁷³, était rédigé différemment. Non seulement, il évoquait une diffusion des extraits comportant « les considérants et le dispositif », mais en outre, deux alinéas complémentaires ajoutaient deux obligations : d'une part, la Cour devait assurer « la publication dans un recueil officiel », d'autre part, elle devait « communiquer une copie aux juridictions qui lui en [faisaient] la demande ». Le ravalement subi en 2014 par l'article 114 de la loi spéciale va clairement dans le sens d'une certaine modernité en supprimant la publication dans le *Recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle* pour favoriser la diffusion

⁵⁷² D'autres dispositions évoquent cette publication des arrêts au *Moniteur belge*, permettant indirectement de comprendre qu'une telle diffusion est nécessaire. L'on peut penser notamment à l'ensemble des délais (articles 3 et 4 de la loi spéciale du 6 janvier 1989) qui prennent pour point de départ la publication au *Moniteur belge*, aux effets des arrêts d'annulation qui existent à partir de cette même publication (sur cette question particulière, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 268 et 269), etc.

⁵⁷³ Avant sa modification par l'article 34 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 15 avril 2014.

par internet⁵⁷⁴. Soulignons que la diffusion sur ce nouveau support a fait l'objet d'une initiative de la part de la Cour, avant même qu'elle soit formalisée dans la loi spéciale⁵⁷⁵.

91. - ... et la nécessité de protéger la vie privée. La diffusion en ligne pose cependant des questions relatives à la protection de la vie privée. Cette problématique a fait l'objet de l'article 30^{quater} inséré, lui aussi en 2014⁵⁷⁶. Cette unique disposition du Chapitre V de la loi spéciale intitulé « De la protection de la vie privée », précise que « [l]e président peut décider, à tout stade de la procédure et même après le prononcé de l'arrêt, d'office ou sur simple demande d'une partie ou d'un tiers intéressé, que les mentions permettant de les identifier directement soient supprimées, dès le moment le plus opportun, dans toute publication à laquelle la Cour procéderait ou aurait procédé en vertu de la présente loi spéciale ou de sa propre initiative ». Le processus est finalement assez identique à celui applicable pour les décisions de la Section du contentieux administratif du Conseil d'Etat⁵⁷⁷.

L'ajout de l'article 30^{quater} répond en réalité à une recommandation de la Commission de la protection de la vie privée de 2012 concernant les banques de données de jugements et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement⁵⁷⁸. Ce texte évoque spécifiquement la problématique de la publication intégrale, en ce compris les noms des parties

⁵⁷⁴ Des craintes sont cependant émises par la parlementaire Christiane Vienne. Elle précise que « [l]e prononcé en séance publique a une valeur symbolique importante pour l'ensemble de la société. Une seule publication sur le site Internet de la Cour constitutionnelle n'est pas nécessairement compatible avec l'accès universel à la justice. Même si ceux qui sont intéressés par l'arrêt disposent souvent d'un accès à l'Internet, un problème de principe se pose ici (projet de loi spéciale portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en vue de garantir une présence équilibrée des deux sexes parmi les membres de cette Cour, rapport du 27 février 2014 fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Van Grootenbrulle et Mme Van Vaerenbergh, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2013-2014, n° 3346/003, p. 8). Le secrétaire d'Etat répond à ce sujet que « la suppression de l'obligation de prononcer l'arrêt en audience publique ne saurait poser de difficulté. En réalité, nul n'assiste jamais aux prononcés des arrêts, notamment parce que ceux-ci sont publiés sur le site Internet de la Cour. Il y a plus de logique à lire à tête reposée un arrêt, souvent complexe, qu'à en écouter la lecture. Cependant, le secrétaire d'Etat tient au principe de publicité de la justice, qui est une garantie fondamentale visant à éviter qu'elle ne soit rendue de manière secrète. L'efficacité ne saurait s'opérer au préjudice d'une bonne administration de la justice » (projet de loi spéciale portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en vue de garantir une présence équilibrée des deux sexes parmi les membres de cette Cour, rapport du 27 février 2014 fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Van Grootenbrulle et Mme Van Vaerenbergh, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2013-2014, n° 3346/003p. 9).

⁵⁷⁵ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 355.

⁵⁷⁶ Voy. les articles 10 et 11 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 15 avril 2014.

⁵⁷⁷ Voy. *supra*.

⁵⁷⁸ Recommandation n° 03/2012 du 8 février 2012 relative aux banques de données de jugements et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement (CO-AR-2011-003).

ainsi que leur adresse complète, ce qui « n’apporte aucune plus-value sur le plan pratique ou juridique » (§ 18). Elle souligne à propos de l’article 114, dans son ancienne version, que « [c]ette disposition date de l’époque où le *Moniteur belge* était uniquement mis à la disposition en version papier pour les personnes qui y étaient abonnées. Dans un tel contexte, les risques pour la vie privée étaient limités. Depuis lors, le contexte a changé, non seulement sur le plan factuel mais aussi sur le plan juridique » (§ 19). La Commission de la protection de la vie privée propose alors deux recommandations alternatives : « soit l’adaptation de l’article 114 : préciser que la publication intégrale ne s’étend pas aux données à caractère personnel contenues dans la décision », « soit l’application de la notion couverte par l’expression “dans leur intégralité” en tenant compte du changement de contexte factuel et juridique et par conséquent, en vue de la publication, la suppression de toute les données à caractère personnel (adresse, etc.) contenues dans la décision (éventuellement, pour la lisibilité, en remplaçant les nom et les prénoms par des pseudonymes ou des initiales ».

L’insertion, en 2014, de l’article 30^{quater} répond pour partie à ces recommandations. En effet, il n’impose pas *de jure* l’anonymisation des décisions rendues par la Cour constitutionnelle, assurant une parfaite protection de la vie privée. Sans doute le législateur spécial a-t-il trouvé cette mesure trop radicale et a préféré une anonymisation sur demande ou à l’initiative du président. A défaut d’une systématisation, l’article permet la suppression des données personnelles « même après le prononcé ». Bien que l’on conçoive cette possibilité comme une réponse à l’absence de systématisme, la solution d’une suppression *a posteriori* paraît toutefois complexe dans sa mise en œuvre pratique. Le texte de la recommandation va dans le sens d’une suppression automatique lorsque la diffusion se fait sur le internet : « [l]a Commission recommande toutefois que la Cour constitutionnelle efface toutes les données à caractère personnel (adresse, etc.) de la décision (éventuellement, pour la lisibilité, en remplaçant les noms et prénoms par des pseudonymes ou des initiales) qu’elle publie sur son site Internet » (§ 20).

Chapitre 3. L’oubli en droit privé

92. - Pas ou peu d’oubli en droit civil. Contrairement au droit public qui prévoit plusieurs mécanismes juridiques impliquant l’oubli, le droit civil semble moins clairement prendre en

compte la dimension d'oubli. Pourtant, plusieurs instruments propres au droit privé ont pour effet d'aboutir à une forme d'oubli.

Section 1^{ère}. L'oubli en droit judiciaire

93. - Introduction. Afin d'introduire ce point relatif à l'oubli et au droit judiciaire, et essentiellement la problématique de la diffusion des décisions de justice et du respect du droit à la vie privée, il semble intéressant de reprendre une citation de Jean-Paul Jean, président de chambre à la Cour de cassation française, émise lors d'un colloque ayant pour thématique « [l]a jurisprudence dans le mouvement de l'open data ». Il souligne que « [l]e fait qu'une décision judiciaire soit rendue en audience publique est une chose, qu'elle soit remise aux parties en est une autre, qu'elle soit diffusée publiquement et notamment sur internet, en est une troisième ; qu'elle soit retraitée avec des millions d'autres via les algorithmes des moteurs de recherche nous fait entrer dans une nouvelle dimension dont nous ne pouvons pas mesurer aujourd'hui l'ampleur des conséquences »⁵⁷⁹.

Il importe de consacrer de larges développements à la question de la diffusion des décisions de justice ainsi que des modalités afférentes à cette publicité dès lors que l'oubli, on le verra⁵⁸⁰, a été à de nombreuses reprises invoqué par rapport à des données relatives à des informations judiciaires, de sorte que certains auteurs consacrent un droit particulier relatif à l'oubli judiciaire⁵⁸¹. Il y a lieu de confesser le fait d'avoir fait partie, un moment, de ce groupe d'auteurs, en consacrant, sans doute de façon trop simpliste, ces différentes facettes de l'oubli⁵⁸². De nombreuses réflexions nous permettent, nous l'exposerons ci-après⁵⁸³, de revenir

⁵⁷⁹ J.-P. JEAN, « Propos introductifs », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation*, 14 février 2016, 27 février 2017, p.10.

⁵⁸⁰ Voy. *infra*.

⁵⁸¹ Voy., entre autres, S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, coll. Création Information Communication *pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 11 à 59.

⁵⁸² Voy. E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli », note sous civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014 et Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1972. La notion de « droit à l'oubli judiciaire » est en réalité intégrée dans une appellation plus large de « droit à être oublié ». L'expression « droit à être oublié » est en outre reprise notamment par O. BOUTLÉROFF, *Le droit à être oublié ou le droit à être informé. L'équilibre entre la protection des données personnelles et [la] liberté de l'information*, mémoire rendu dans le cadre du master spécialisé Informatique et Libertés, 2014-2015.

⁵⁸³ Voy. *infra*.

sur cette dénomination et cette consécration particulière du droit à l'oubli du passé judiciaire. Sans le nier, il doit être intégré dans un droit à l'oubli plus large, davantage transversal.

§ 1^{er}. La publicité des décisions de justice : un revers pour l'oubli

94. - Introduction. La publicité des décisions de justice constitue une garantie fondamentale dans le fonctionnement d'une société démocratique. Elle évite en effet que la justice soit opaque et inaccessible, elle permet un contrôle par les citoyens des organes juridictionnels qui ont pour mission de les juger. Ainsi, « [l]es jugements et arrêts des cours et tribunaux [...] ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens »⁵⁸⁴.

A. La publicité des décisions de justice dans les textes internationaux.

95. - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise, en son article 14, § 1^{er}, que « tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants ». Comme l'indique l'arrêt précité *Pretto et autres c. Italie*, le texte de la Convention européenne semble plus strict que celui du Pacte, le jugement devant être rendu publiquement⁵⁸⁵.

96. - La déclaration universelle des droits de l'homme. L'exigence de publicité est encore consacrée à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948.

B. La publicité des décisions de justice dans les textes du Conseil de l'Europe

⁵⁸⁴ A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1839, cité par la L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », rapport remis à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, novembre 2017, disponible à l'adresse suivante, <http://justice.gouv.fr>, p. 16.

⁵⁸⁵ Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. 7784/77, §§ 25 et 26. Voy. aussi Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. 8273/78, § 30.

97. - L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce, parmi les garanties relatives au procès équitable, que « [t]out jugement est rendu publiquement [...] », poursuivant ensuite avec le principe de la publicité de l'audience. A la différence du prescrit constitutionnel belge⁵⁸⁶, le texte européen n'évoque par la tenue d'une audience publique ce qui, inévitablement, offre une certaine souplesse quant au procédé à utiliser pour assurer cette publicité. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs confirmé cette interprétation souple et dynamique. Comme le souligne Jean-François van Drooghenbroeck, Sophie Jacmain et Stan Brijs, la Cour « se contente heureusement de modalités expédientes, parfois très éloignées de la chronophage et stérile lecture de la décision *in extenso* »⁵⁸⁷. Une telle approche est en outre confirmée par l'article 44, § 3, de la Convention qui ajoute, pour les arrêts rendus par la Cour européenne, que les arrêts définitifs sont publiés. En 2002, une résolution est adoptée par le Conseil de l'Europe afin d'inviter la Cour à rendre disponible ses décisions et ses arrêts « dans une base de données électronique sur l'Internet » ainsi que sur support papier⁵⁸⁸. La même année, une recommandation (2002)13 sur la diffusion de la jurisprudence de la Cour dans les Etats membres⁵⁸⁹ invite ces derniers à s'assurer que « les arrêts et décisions qui constituent des développements pertinents de la jurisprudence [...] soient rapidement et largement publiés, dans leur intégralité ou à tout le moins sous forme de résumés ou d'extraits substantiels [...], en particulier dans le journal officiel, le bulletin d'information du ministère compétent, des revues juridiques ou dans d'autres médias couramment utilisés par la communauté juridique, y compris, le cas échéant, les sites Internet ».

⁵⁸⁶ Voy. *infra*.

⁵⁸⁷ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. JACMAIN, S. BRIJS, « Un peu de droit judiciaire... », in A. ZENNER, M. DAL (dir.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 209

⁵⁸⁸ Résolution Res(2002)58 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la publication et la diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, adoptée le 18 décembre 2002. Les auteurs du texte ont cependant à l'esprit « la diversité des traditions et des pratiques existant dans les Etats membres en matière de publication et de diffusion des décisions judiciaires ».

⁵⁸⁹ Recommandation R(2002)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la publication et la diffusion dans les Etats membres du texte de la Convention européenne des Droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, adoptée le 18 décembre 2002. Voy. aussi la recommandation R(83)3 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des utilisateurs des services d'informatique juridique, adoptée le 22 février 1983. Ce texte considère « que, pour assurer le respect de la prééminence du droit, il y a lieu de développer au maximum tous les moyens de dissémination de l'information juridique », c'est-à-dire tant la législation, la doctrine que la jurisprudence. La recommandation vise donc à assurer la publicité des différentes sources du droit, notamment par le biais de services d'informatique juridique. Voy. enfin la recommandation Rec(2001)3 du Comité des ministres aux Etats membres sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies, adoptée le 28 février 2001.

98. - L'apport jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans de nombreuses affaires⁵⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle l'objectif premier de cette exigence de publicité : elle « protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de cette disposition : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention »⁵⁹¹. Autrement dit, le public doit être en mesure de « prendre connaissance des motifs de fond » sur lesquels un tribunal base son jugement⁵⁹². Un autre objectif, qui découle du premier, est celui de permettre, par la diffusion de la jurisprudence, une « compréhension réelle du droit »⁵⁹³. En effet, l'intérêt d'un jugement est de renseigner les théoriciens et praticiens du droit « sur la solution judiciaire apportée à une situation donnée »⁵⁹⁴, au-delà de toute temporalité précise⁵⁹⁵. En cela, la publicité des décisions de justice renforce l'adage « nul n'est censé ignorer la loi »⁵⁹⁶. La publicité des jugements doit donc permettre aux tiers d'obtenir des copies des décisions

⁵⁹⁰ Seules quelques affaires sont analysées dans le cadre de ces recherches, l'objectif n'étant pas de prétendre à l'exhaustivité, mais bien de présenter un aperçu général des tendances jurisprudentielles européennes. Pour une analyse plus poussée, voy. notamment M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet : Development of a Legal Framework in Europe », *Journal of Law, Information and Science*, 2016/24, pp. 27 à 31.

⁵⁹¹ Voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H., 24 octobre 2017, *Eker c. Turquie*, req. 24016/05, § 23 ; Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, req. 33400/96, § 65 ; Cour eur. D.H., 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. 8209/78, § 26 ; Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. 7784/77, § 21 ; Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. 8273/78, § 25.

⁵⁹² Cour eur. D.H., 17 janvier 2008, *Ryakib Biryukov c. Russie*, req. 14810/02, § 43. La Cour indique encore que « faute pour le public d'avoir pu connaître les motifs qui lui auraient permis de comprendre les raisons du rejet des prétentions du requérant, le but poursuivi dans ce domaine par l'article 6 § 1 – à savoir assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public afin de sauvegarder le droit à un procès équitable – n'a pas été satisfait » (§ 44).

⁵⁹³ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 709. Dans le même sens, voy. M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet : Development of a Legal Framework in Europe », *op. cit.*, p. 34 ; S. VAN RAEPENBUSCH, « Vers une anonymisation des décisions de justice ? L'exemple du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, 2015/1, le texte étant disponible à l'adresse suivante, www.ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/146 (consulté le 12 janvier 2018), p. 1 ; S. TURGIS, « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *A.J.D.A.*, 2015/3, p. 145.

⁵⁹⁴ A. PERDRIAU, « "L'anonymisation" des jugements civils », *Le Semaine Juridique*, 15 septembre 1999, doctr. 163, n° 4, disponible sur le site www.lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018) ; B. LOUVEL, « Ouverture », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation*, 14 février 2016, 27 février 2017, p. 6.

⁵⁹⁵ Cet objectif n'implique pas la diffusion systématique de toutes les décisions. Seules celles présentant un intérêt pour le développement du droit peuvent être diffusées. A ce propos, voy. la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe R(95)11 du 11 septembre 1995 relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisés.

⁵⁹⁶ S. TURGIS, « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *op. cit.*, p. 145. Voy. aussi B. LOUVEL, « Ouverture », *op. cit.*, p. 6. Ce-dernier auteur écrit que « [l]a jurisprudence répondra dès lors pleinement à cette autre définition qu'on lui applique à savoir : "la tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans un tel sens" » (pour cette définition, l'auteur renvoie au *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant).

prononcées publiquement, les banques de données devant aussi être considérées comme des tiers⁵⁹⁷.

La disposition conventionnelle ne souffre d'aucune exception mentionnée dans le texte. Pourtant, la Cour a déjà eu l'occasion d'assouplir la rigidité apparente de la Convention⁵⁹⁸. Ainsi, quant aux formalités, la Cour est extrêmement claire quand elle souligne que « [s]i les États membres du Conseil de l'Europe reconnaissent tous le principe de cette publicité, leurs systèmes législatifs et leurs pratiques judiciaires présentent une certaine diversité quant à son étendue et à ses conditions de mise en œuvre, qu'il s'agisse de la tenue de débats ou du "prononcé" des jugements et arrêts. L'aspect formel de la question revêt cependant une importance secondaire en regard des fins de la publicité voulue par l'article 6 par. 1 (article 6-1). La place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique conduit la Cour, dans l'exercice du contrôle qui lui incombe en la matière, à examiner les réalités de la procédure en jeu »⁵⁹⁹.

Dans le cadre de l'affaire *Pretto et autres c. Italie*, la Cour apporte de précieuses informations complémentaires. Elle reconnaît que l'article 6, § 1^{er} qui porte que « "le jugement sera rendu publiquement" [...] donnerait à penser qu'il prescrit la lecture du jugement à haute voix. Sans doute le texte français emploie-t-il le participe "rendu" (given) là où la version anglaise se sert du mot "pronounced" (prononcé), mais ce léger écart ne suffit pas à dissiper l'impression qui se dégage du libellé de la disposition en cause : "rendu publiquement" - et non "rendu public" - peut très bien passer pour l'équivalent de "prononcé publiquement" [...] De nombreux États membres du Conseil de l'Europe connaissent pourtant de longue date, à côté de la lecture à haute voix, d'autres moyens de rendre publiques les décisions de leurs juridictions ou de certaines d'entre elles, spécialement leurs cours de cassation, par exemple un dépôt à un greffe accessible au public [...]. La Cour ne croit donc pas devoir opter pour une interprétation littérale. Elle estime qu'il échet, dans chaque cas, d'apprécier à la lumière des particularités de la procédure dont il s'agit, et en fonction du but et de l'objet de l'article 6 § 1

⁵⁹⁷ C. BOURGEOS, « Réflexions à propos de l'anonymisation des décisions de justice publiées sur support numérique », *Communication Commerce électronique*, 2004/6, étude 16, disponible sur le site www.Lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018).

⁵⁹⁸ X. VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, coll. Systèmes pratique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, p. 158, n° 284.

⁵⁹⁹ Voy., entre autres, Cour eur. D.H., 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. 8209/78, § 27 ; Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. 7784/77, § 22 ; Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. 8273/78, § 26.

(article 6-1), la forme de publicité du "jugement" prévue par le droit interne de l'État en cause » (§§ 25 et 26).

Outre l'arrêt *Moser c. Autriche*⁶⁰⁰ qui admet plus clairement encore une certaine flexibilité dans l'application de l'obligation de publicité de la décision (§ 101), il est encore intéressant de pointer l'arrêt *Ramsahai c. Pays-Bas*⁶⁰¹, dans lequel la grande chambre de la Cour écrit étonnement ceci : « [l]es requérants ont pu avoir accès à l'intégralité du dossier d'enquête, ils ont pu participer de manière effective à l'audience devant la cour d'appel et ils se sont vu notifier une décision motivée. Il y avait donc très peu de chances qu'une quelconque autorité ayant eu à intervenir dans la cause pût avoir dissimulé des informations pertinentes à la cour d'appel ou aux requérants. De surcroît, dès lors que rien n'empêchait ceux-ci de rendre la décision publique eux-mêmes, la grande chambre estime que l'exigence de publicité a été satisfaite dans une mesure suffisante pour obvier au danger d'un éventuel étouffement de l'affaire par les autorités néerlandaises » (§ 354). Un auteur, à propos de cet extrait, indique qu'« [i]f applied to art 6 as well, this decision would contradict all previous jurisprudence. It would mean that as long as a party to a case has acquired a full copy of the judgement, the judge would be dismissed from his obligation of public pronouncement, since in these modern times (nearly) anybody has the opportunity to make a judgement 'public' »⁶⁰². Plus généralement, l'on peut dire que le recours à une diffusion sur internet ne ressort pas clairement – encore – des décisions de la Cour relatives à l'article 6. Sans s'être jamais prononcée une telle diffusion de la jurisprudence dans le cadre de requête formulée sur le fondement de l'article 6, la Cour a déjà eu l'occasion de relever, dans plusieurs affaires, que des décisions de justice étaient accessibles – parfois seulement – par internet⁶⁰³. A l'heure actuelle, il semble cependant clair que l'on ne peut voir dans l'article 6 de la Convention une obligation de diffuser toutes les décisions judiciaires sur internet⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Moser c. Autriche*, req. 12643/02.

⁶⁰¹ Cour eur. D.H. (Gde ch.), 15 mai 2007, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, req. 52391/99. Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 novembre 2005, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, req. 52391/99.

⁶⁰² M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet: Development of a Legal Framework in Europe », *op. cit.*, p. 31.

⁶⁰³ Voy., par exemple, Cour eur. D.H., 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. 25961/07, § 28 ; Cour eur. D.H., 26 juillet 2002, *Meftah c. France*, req. 32911/96, § 26. Ces deux exemples sont cités par S. TURGIS, « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *op. cit.*, p. 145.

⁶⁰⁴ M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet: Development of a Legal Framework in Europe », *op. cit.*, p. 30.

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne laisse cependant en suspens la question de savoir si la décision rendue publique par le biais d'un registre doit rester accessible sur internet. Autrement dit, la Cour ne semble pas prendre en compte les temporalités différentes qui peuvent s'attacher à la publicité des décisions. Comme l'écrit Marc van Opijnen, « the Court does not make an explicit distinction between the judgment in the act of pronouncement (establishing a valid judicial decision) and the judgment as a document that can be consulted after it has been pronounced »⁶⁰⁵.

99. - La publicité des décisions de justice dans un instrument de *soft law*. L'on doit encore indiquer, à l'échelle européenne, la recommandation du Comité des ministres concernant la simplification de la procédure pénale⁶⁰⁶ qui propose un assouplissement des « règles relatives à la lecture intégrale des jugements en audience publique, lorsqu'elles existent ». Il y a lieu, par exemple, de permettre « à la juridiction de jugement [...] de se limiter à la lecture de la décision sur la culpabilité, la peine et le dédommagement des victimes ».

C. La publicité des décisions de justice en Belgique

1. Le fondement constitutionnel, avant sa modification intervenue en 2019

100. - L'article 149 de la Constitution. La plupart des Constitutions européennes proposent une disposition allant dans le même sens que le prescrit conventionnel européen. En Belgique, l'article 149 de la Constitution indiquait, jusqu'à sa modification intervenue en avril 2019, que tout jugement est « prononcé en audience publique »⁶⁰⁷. Cette disposition constitutionnelle, qui n'est assortie – actuellement⁶⁰⁸ – d'aucune exception⁶⁰⁹, a fait l'objet de plusieurs interrogations quant à son interprétation. En 1957, Louis Van Bunnem soutient que le principe de la publicité

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁰⁶ Recommandation R(87)18 du Comité des ministres aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, adoptée le 17 décembre 1987, point III, c), 5.

⁶⁰⁷ De telle façon, « [l]es juges seront plus circonspects dans leurs décisions, si elles sont exposées à la censure du public » (J. RAIKEM, « Rapport de la section centrale sur le chapitre III du titre III, intitulé du pouvoir judiciaire », in A. NEUT (dir.), *La Constitution belge expliquée*, Gand, 1842, p. 284, cité dans Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, 30 juin 2014, p. 6).

⁶⁰⁸ Voy. *infra*, les déclarations de révision constitutionnelle qui évoque l'ajout d'un alinéa prévoyant des dérogations à cette obligation.

⁶⁰⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. JACMAIN, S. BRIJS, « Un peu de droit judiciaire... », *op. cit.*, p. 209 ; M. LEROY, « Tout jugement est motivé et rendu publiquement », *R.B.D.C.*, 1999/1, p. 77.

des décisions de justice implique que celles-ci soient « prononcées à haute voix à une audience à laquelle toute personne peut assister, que la presse est toujours autorisée à les reproduire, et que chacun peut se faire délivrer une copie d'un jugement, même ne le concernant pas »⁶¹⁰. Depuis, la disposition a davantage fait l'objet d'une interprétation évolutive que littérale. A ce propos, et avant de développer l'objet de cette interprétation, il est intéressant de mettre en lumière le fait qu'en ce qui concerne les dispositions relatives à la presse, l'interprétation qui retient actuellement les faveurs des cours suprêmes belges est totalement littérale. L'article 25 de la Constitution se limite à la seule presse écrite, excluant l'audiovisuel⁶¹¹. Marie-Françoise Rigaux pose à ce propos la question de la cohérence et y répond ensuite : « [d]eux poids, deux mesures ? Certainement d'un point de vue théorique, et peut-être aussi du point de vue de la sécurité juridique »⁶¹². Elle salue cependant ensuite la posture adoptée dans le cadre de l'analyse de l'article 149 de la Constitution.

101. - L'interprétation dynamique de l'article 149. La première trace de cette interprétation dynamique est liée à l'analyse de la portée réelle de l'obligation qui découle de l'article 149. A la question de savoir si une décision doit être intégralement prononcée en audience publique – ceci impliquant une lecture de tout le jugement –, la réponse est négative. François Jongen et Alain Strowel soutiennent que « [l]'exigence de publicité est respectée dès l'instant où toute personne justifiant d'un intérêt a la possibilité de consulter le texte intégral de la décision »⁶¹³. L'on retrouve la même philosophie dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 29 novembre 2011⁶¹⁴, celui-ci ayant confirmé cette interprétation souple. Le point est secondaire dans l'arrêt de la Cour de cassation mais l'éclaircissement apporté est néanmoins capital. Elle rappelle que l'obligation contenue dans la disposition constitutionnelle « tend à permettre au public à avoir accès aux décisions judiciaires » (§ 112). Tout en reconnaissant que « [c]et objectif requiert, en principe, la lecture à l'audience publique tant des motifs que du dispositif de la décision

⁶¹⁰ L. VAN BUNNEN, « La publication des jugements et des arrêts », *J.T.*, 1957, p. 581, n° 1.

⁶¹¹ Voy. *supra*.

⁶¹² M.-F. RIGAUX, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* », note sous Cass. (2^{ème} ch.), 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 466, n° 13.

⁶¹³ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 505, n° 720. Voy. aussi les décisions citées par ces auteurs relatives au principe de la publicité et son impact pour les journalistes.

⁶¹⁴ Cass. (2^{ème} ch.), 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; *J.T.*, 2012, p. 463, note M.-F. RIGAUX, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* » ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 191, note M. CALUWAERTS, « Responsabilité pénale du commissaire dans l'affaire Lernhout & Hauspie » ; *T. Straf.*, 2012/6, p. 447, note D. LIBOTTE, « Nogmaals over de verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwasmisdrijf » ; *T. Straf.*, 2013/3, p. 176, note E. BAEYENS, « De duur van het beraad in hoger beroep en de redelijke termijn: het Hof van Cassatie houdt een (feitelijk) oogje in het zeil ».

judiciaire », la Cour de cassation souligne que ce dessein « peut toutefois aussi être atteint par une lecture partielle de la décision judiciaire comprenant en tout cas le dispositif, simultanément à ou suivi immédiatement par la publication de la décision judiciaire par la diffusion au moyen d'autres formes de publication tel que l'internet » (§ 113). Et de conclure que « [l]e moyen, qui se fonde sur l'hypothèse que l'obligation de publicité prévue à l'article 149 de la Constitution n'est remplie que si la décision judiciaire a été intégralement lue à l'audience publique, manque, dans cette mesure, en droit » (§ 113). La Cour conforte ce que les conseillers d'appel ont avancé dans l'arrêt attaqué⁶¹⁵. Il faut dire qu'est invoqué devant la Cour de cassation le fait que les 2100 pages (!) n'avaient pas été intégralement lue. La Cour de cassation rejoint donc la position plus souple partagée depuis plusieurs années par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'arrêt de 2011 permet de confirmer que « la publicité orale des jugements, fussent-ils lus en entier, est, en soi, inappropriée. Elle ne permet pas d'apprécier pleinement leur portée, leur cohérence et leurs nuances. D'autres procédés sont préférables. L'affichage des jugements ou leur dépôt dans un greffe accessible au public sont fréquemment utilisés. Il convient, désormais, d'y ajouter la diffusion des jugements grâce à Internet et aux moteurs de recherche. Toutefois, pour efficace qu'elle soit, cette dernière forme de publicité ne concerne qu'un nombre limité de décisions rendues chaque année par l'ensemble des juridictions »⁶¹⁶. La publicité est certes assurée, mais ne l'est-elle pas trop largement ? Il faut en effet souligner les risques potentiels face à une diffusion sur internet non encadrée en vue d'une protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Autrement dit encore, se pose clairement la question du droit à l'oubli d'informations judiciaires.

Cette interprétation évolutive n'est pas seulement issue de la jurisprudence. En effet, plusieurs déclarations de révision de la Constitution abondent dans le même sens. Celles-ci n'ont cependant jamais été suivies d'effet, ceci expliquant peut-être le raisonnement tenu par la

⁶¹⁵ Gand, 20 septembre 2010, *N.C.*, 2013/6, p. 453, note J. VENDEUREN, « Hof van beroep Gent verduidelijkt criteria ter beoordeling van laattijdige inverdenkingstelling »; *R.D.C.*, 2011/1, p. 85. Marie-Françoise Rigaux résume, sur la question de la publicité du jugement, le raisonnement des conseillers de la Cour d'appel de Gand: « [n]on seulement, avaient relevé les magistrats gantois, l'arrêt, vu sa longueur, serait rendu plus intelligible s'il était lu plutôt qu'entendu, mais ils avaient encore précisé que le prévenu recevrait copie de l'arrêt immédiatement après son prononcé et que le texte complet de l'arrêt serait diffusé sur internet (les juges d'appel ont été jusqu'à mentionner le site et décrire les étapes "techniques" pour y accéder). La Cour d'appel avait considéré en effet que "la publication immédiate sur internet du texte intégral constitue une garantie de la publicité du jugement" et décidé que "le procédé exposé en l'espèce permet un contrôle public de la décision prononcée, comme visée par l'article 149 de la Constitution [...] » (M.-F. RIGAUX, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* », *op. cit.*, p. 2012, n° 4).

⁶¹⁶ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 705.

Cour de cassation en 2011 favorisant désormais une interprétation téléologique. Plusieurs déclarations proposent d'ajouter un alinéa à la disposition constitutionnelle afin de « prévoir des dérogations à la lecture intégrale obligatoire des jugements, par le juge, en audience publique »⁶¹⁷. La déclaration de 1999 propose elle la réécriture suivante de l'article 149 : « [t]out jugement est motivé. Il est rendu publiquement »⁶¹⁸. L'objectif est ici simplement de modifier la forme de l'obligation contenue dans le texte constitutionnel, sans qu'il soit toutefois déjà tenu compte d'une diffusion par internet. Michel Leroy écrit à ce propos qu'« [i]l faut permettre à la loi d'instaurer des modes de publicité moins accaparants, et plus efficaces : notification aux parties (ce qui se fait déjà), dépôt au greffe de la juridiction à la libre consultation de tout un chacun avec possibilité de prendre copie à un prix modique, affichage, ... »⁶¹⁹. La formule plus lacunaire permet sans doute une efficacité plus importante en n'exigeant pas la tenue d'une audience publique. Notons que ce libellé est celui qui figure dans un projet initial de Constitution présenté le 25 novembre 1830. Son article 73 précise que « [t]out jugement est prononcé publiquement »⁶²⁰. Le projet de constitution de la commission instaurée à cet égard mentionne lui, en son article 107, que « [t]out jugement est prononcé en audience publique »⁶²¹. Le rapport faisant suite à ce projet évoque à propos de cette disposition que « lors même que les audiences ne sont pas publiques, le jugement n'en doit pas moins être prononcé publiquement »⁶²².

⁶¹⁷ Déclaration de révision de la Constitution du 25 avril 2014, *M.B.*, 28 avril 2014 (2^{ème} éd.). Les travaux préparatoires soulignent que, bien que le principe doive être maintenu, il serait envisageable de limiter la lecture en audience publique au seul dispositif (Projet de déclaration de révision de la Constitution du 22 avril 2014, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2013-2014, n° 3567/001, p. 4) ; Déclaration de révision de la Constitution du 7 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010, 2^{ème} éd., p. 25762 ; Déclaration de révision de la Constitution du 1^{er} mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007, 2^{ème} éd., p. 23269 ; Déclaration de révision de la Constitution du 9 avril 2003, *M.B.*, 10 avril 2003, 2^{ème} éd., p. 18319.

⁶¹⁸ Déclaration de révision de la Constitution du 4 mai 1999, *M.B.*, 5 mai 1999, p. 15368. Voy. le très bref commentaire de M. LEROY, « Tout jugement est motivé et rendu publiquement », *op. cit.*, p. 77.

⁶¹⁹ *Ibidem*. L'auteur ajoute que « [l]e prononcé en audience publique ne devrait être maintenu dans sa forme actuelle que dans les cas où sa solennité contribue à l'efficacité attendue du jugement, soit principalement en matière répressive, où un délinquant, surtout un délinquant primaire, peut être impressionné de manière salutaire par un juge qui lui lit son jugement en le regardant droit dans les yeux ». Dans ce sens, voy. aussi P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 705. L'auteur indique que « [l]a lecture classique des jugements dans la salle d'audience est de plus en plus réservée aux affaires médiatiques. La théâtralité du procédé souligne la solennité du moment où la justice est rendue. Elle plaît aux médias, au public, aux parties et au juge ».

⁶²⁰ Projet de constitution présenté par MM. Forgeur, Brabanson, Fleussu et Liedts, dans la séance du 25 novembre 1830, ce projet étant repris dans E. HUYTTENS, *Discussion du Congrès national de Belgique, 1830-1831*, t° IV, Bruxelles, Walhen, 1844, pp. 50 à 55.

⁶²¹ Projet de constitution rédigé par la commission du gouvernement provisoire, ce projet étant repris dans E. HUYTTENS, *Discussion du Congrès national de Belgique, 1830-1831*, *op. cit.*, pp. 43 à 49.

⁶²² Rapport fait par M. Raikem, dans la séance du 20 janvier 1831, in E. HUYTTENS, *Discussion du Congrès national de Belgique, 1830-1831*, *op. cit.*, p. 96. Le rapport sur poursuit en soulignant que « [l]es articles 107 et 108 [relatif à la motivation des décisions] du projet de la commission ont été adoptés par toutes les sections [...]». La seule question qui s'y soit élevée est celle de savoir s'il ne convenait pas de réunir les deux articles en un seul. On disait, pour maintenir la séparation, qu'on pouvait manquer à une formalité, sans omettre l'autre. Mais, la

Il existe cependant une particularité pour ce qui concerne les décisions du Tribunal d'application de peines. L'article 58 de la loi du 17 mai 2006 sur le statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine⁶²³ organise une diffusion extrêmement limitée de la décision. Celle-ci est portée à la connaissance du condamné, du ministère public et, en cas de détention, du directeur du centre pénitentier (article 58, § 1^{er}). En outre, elle est communiquée à quelques autorités et instances (article 58, § 2)⁶²⁴. L'imposition du huis clos pour les audiences de cette juridiction⁶²⁵ s'ajoute à cette diffusion réduite de la décision en vue de « protéger la vie privée du condamné et de favoriser de la sorte la réinsertion sociale du condamné »⁶²⁶. La justification de cette dérogation au regard des principes de publicité de l'audience et des décisions se justifie notamment par le souci de resocialisation de l'individu. Cela étant, comme le relève Adrien Masset, il est paradoxal de lire dans la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation⁶²⁷ que toutes « [l]es décisions judiciaires ordonnant la suspension sont prononcées en audience publique » (article 6), de sorte que « le souci de discrétion souhaité par ces tribunaux de l'application des peines n'est donc pas satisfait dans la matière de la suspension du prononcé qui poursuit [pourtant] tout autant un souci de resocialisation et de discrétion »⁶²⁸. D'autres décisions sont prononcées en audience publique alors que les objectifs de protection de la vie privée devraient, à titre de comparaison avec la loi précitée du 17 mai 2006, prévaloir. Il s'agit « des décisions d'instruction et/ou de jugements qui statuent en matière d'internement sous le couvert de la loi de défense sociale »⁶²⁹. En tout état de cause, l'objectif premier justifiant cette restriction établie dans le cadre de la procédure

section centrale a décidé, à la majorité, de six membres contre cinq, qu'on réunirait en un seul articles les dispositions comprises dans les articles 107 et 108 du projet de la commission ».

⁶²³ Loi du 17 mai 2006 sur le statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006, p. 30455.

⁶²⁴ Il s'agit du « chef de corps de la police locale de la commune où le condamné s'établira » ; de « la banque de données nationale visée à l'article 44/2 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police » ; le cas échéant, du « directeur de la maison de justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de résidence du condamné » ; et du « au Centre national de surveillance électronique, s'il s'agit d'une décision d'octroi d'une surveillance électronique ».

⁶²⁵ Voy. les articles 36, 44, 61, 63, 6875/2, 78, 79, 95/1 de la loi précitée du 17 mai 2006. Ces dispositions se réfèrent toutes à différents stades de la procédure devant le tribunal d'application des peines.

⁶²⁶ A. MASSET, « La publicité du prononcé des jugements du tribunal de l'application des peines : l'impossible solution ? », note sous Cass. (ch. réunies), 24 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007/36, p. 1504, n° 4.

⁶²⁷ Loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *M.B.*, 17 juillet 1964, p. 7812.

⁶²⁸ A. MASSET, « La publicité du prononcé des jugements du tribunal de l'application des peines : l'impossible solution ? », *op. cit.*, p. 1504, n° 4.

⁶²⁹ *Ibidem*. L'auteur ajoute encore « que les débats et le prononcé de la décision de la Cour de cassation siégeant en matière de détention préventive se font en audience publique alors que les juridictions d'instruction siègent obligatoirement à huis clos (il n'y a pas à proprement parler de prononcé) : l'anomalie a été dénoncée mais elle est constitutionnelle et s'impose donc à la Cour de cassation » (p. 1505, n° 4).

devant les juridictions d'application des peines correspond pleinement à l'objectif invoqué dans le cadre du droit à l'oubli portant sur des informations d'ordre judiciaire. Le souci de resocialisation et de réintégration doit permettre une diffusion moins grande de telles informations, sans pour autant être un principe absolu.

Enfin, il faut souligner une dernière trace d'interprétation évolutive de l'article 149 de la Constitution. Cette disposition n'évoque que les jugements, semblant exclure les arrêts de sa portée. Or, il est clair que l'obligation de publicité concerne toutes les décisions rendues par le pouvoir judiciaire⁶³⁰. Sans doute faut-il y voir l'application maladroite d'un terme générique par le Constituant⁶³¹. En revanche, la Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion d'indiquer que la seconde phrase de l'article 149 (« [i]l est prononcé en audience publique ») « s'applique uniquement aux juridictions de jugement relevant du pouvoir judiciaire, ce qui toutefois n'interdit pas au législateur compétent de rendre explicitement applicable aux autres juridictions la règle qu'elle contient »⁶³².

2. Le fondement constitutionnel, après sa modification intervenue en 2019

102. - Vers la publicité numérique des décisions de justice. Le 22 avril 2019, est publié au *Moniteur belge* une révision de l'article 149⁶³³. Désormais, il n'y a plus lieu de prononcer les jugements en audience publique. Cette mise en œuvre du principe de la publicité des décisions de justice est remplacée par les phrases suivantes : le jugement « est rendu en audience publique selon les modalités fixées par la loi. En matière pénale, son dispositif est prononcé en audience public ».

⁶³⁰ Le chapitre dans lequel l'article 149 est inscrit a d'ailleurs pour titre « [d]u pouvoir judiciaire ». Voy. aussi O. MICHIELS, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, coll. Criminels, Limal, Anthemis, 2015, p.389, n° 381.

⁶³¹ Sur l'interprétation des termes de la Constitution, voy. encore le débat relatif à l'utilisation du mot « presse » aux articles 25, 148 et 150. Quelques développements sont proposés *infra*.

⁶³² *Ibidem*. Voy. les arrêts cités par cet auteur en note 1039. Il prolonge sa réflexion en précisant que « [l]a Cour ajoute que le constituant a lui-même créé une distinction entre les “cours et tribunaux” – dont le statut constitutionnel est réglé par les dispositions du chapitre VI (“Du pouvoir judiciaire”) du titre III (“Des pouvoirs”) de la Constitution – et les autres juridictions telles que le Conseil d'Etat, dont la base constitutionnelle est l'article 160 de la Constitution ».

⁶³³ Révision du 22 avril 2019 de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *M.B.*, 2 mai 2019, p. 42442. Voy. aussi la proposition du 19 juillet 2017 de révision de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2628/001.

Lors d'auditions⁶³⁴, la question du respect des droits à la vie privée et à des données à caractère personnel s'est posée. L'anonymisation ou la pseudonymisation des décisions de justice apparaissent être les solutions permettant leurs diffusion et accessibilité numériques. En outre, lors des discussions au Sénat, un sénateur s'est inquiété du fait que la Constitution ne précise plus le mode de publication des décisions, renvoyant cette tâche au pouvoir législatif. Le ministre de la justice apporte une réponse pragmatique à cette inquiétude : « [l]e problème est que la technologie évolue très vite et que si le mode de publication est défini dans la Constitution elle-même, il risque de devenir rapidement obsolète [...]. La nouvelle disposition permettra à l'avenir de tenir compte plus aisément des progrès technologiques et de l'évolution des habitudes sociales »⁶³⁵.

Cette modification constitutionnelle doit se lire parallèlement à une proposition de loi du 24 janvier 2019 modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts⁶³⁶. La proposition de loi vise à reprendre le système de la Cour constitutionnelle impliquant un prononcé en audience publique du dispositif et une publication du texte intégral dans une base de données numérique accessible au public. Cette publicité « doit aller de pair avec l'anonymisation des jugements et arrêts »⁶³⁷ (voy. *infra*, n° 106. - et s.). La proposition de loi a été adoptée le 5 mai 2019⁶³⁸.

3. Les fondements législatifs

103. - La publicité des décisions de justice dans les lois. Outre le dispositif constitutionnel, les cours suprêmes belges sont chacune soumises à un régime de publication propre⁶³⁹. Il peut être renvoyé, pour ce qui concerne le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle aux propos développés ci-avant. En ce qui concerne la Cour de cassation, l'article 136 du Code judiciaire

⁶³⁴ Quatre professeurs ont été auditionnés : Sébastien Van Drooghenbroeck, Patrick Peeters, Marc Verdussen et Christian Behrendt. Leur audition est reprise en annexe du rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 2628/009, pp. 5 à 17.

⁶³⁵ Projet de révision de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2018-2019, n° 486/2, p. 6.

⁶³⁶ Proposition du 24 janvier 2019 modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3489/001.

⁶³⁷ Proposition du 24 janvier 2019 modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3489/001, p. 7.

⁶³⁸ Loi du 5 mai 2019 modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47030.

⁶³⁹ J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *J.T.*, 2019, p. 442.

organise, sommairement, un « service de documentation et de la concordance des textes français et néerlandais des arrêts ». Les magistrats de la Cour sélectionnent les arrêts à diffuser, ceux-ci l'étant essentiellement via internet.

Plus globalement, la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix⁶⁴⁰ organise la banque de données *Juridat*. L'article 2, alinéa 1^{er}, de cette loi précise qu'« [i]l est créé un système d'information appelé Phenix, qui a pour finalités la communication interne et externe requise par le fonctionnement de la justice, la gestion et la conservation des dossiers judiciaires, l'instauration d'un rôle national, la constitution d'une banque de données de jurisprudence, l'élaboration de statistiques et l'aide à la gestion et l'administration des institutions judiciaires ». Les articles 7 à 9 instituent des banques de données de décisions jurisprudentielles, l'une interne « afin de permettre le traitement des dossiers judiciaires par les différents membres d'une même juridiction » (article 7), l'autre externe – c'est-à-dire *Juridat* – « destinée à diffuser dans le public les décisions ayant une importance pour la connaissance du droit » (article 7). La première regroupe l'ensemble des décisions des juridictions, dans leur intégralité, celles-ci étant accessibles « aux membres de l'ordre judiciaire [...] uniquement afin d'exercer leur tâche professionnelle » (article 8, alinéa 3). La seconde est constituée à la suite d'une sélection des décisions « conformément aux règles déterminées par le Roi, après consultation du comité des utilisateurs » (article 9, alinéa 1^{er}). L'arrêté royal n'a cependant pas encore été adopté. En revanche, le Comité de gestion Phenix a rédigé des règles de sélection de la jurisprudence dans la banque de données de jurisprudence externe, publiées au *Moniteur belge*⁶⁴¹.

Citons encore, rapidement, une disposition qui vise à faciliter la diffusion de la jurisprudence à moindre coût. L'article 280, 5^o du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe exempte du droit d'expédition « les copies ou extraits de jugements et arrêts délivrés aux publications juridiques désignées par le Ministre des finances »⁶⁴². Les

⁶⁴⁰ Loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix, *M.B.*, 1^{er} septembre 2005, p. 38305. La loi a été modifiée par la loi du 12 mai 2014 portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice, *M.B.*, 19 mai 2014, p. 39863, articles 24 à 30. La modification vise essentiellement à intégrer la Commission de protection de la vie privée.

⁶⁴¹ Comité de gestion Phenix, règles de sélection de la jurisprudence dans la banque de données de jurisprudence externe, *M.B.*, 5 octobre 2007.

⁶⁴² La commission de modernisation de l'ordre judiciaire, dans son rapport relatif à la question de la publication des décisions judiciaires, requiert l'abrogation de cette disposition. Voy. Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, op. cit., p. 25.

travaux préparatoires mentionnent clairement qu'une telle mesure doit bénéficier aux revues dont « l'objectif principal est l'information du citoyen en matière de doctrine et de jurisprudence nationales et internationales à l'exclusion des journaux et périodiques dont l'information juridique se limite à quelques pages »⁶⁴³.

D. La publicité des décisions de justice en France

104. - La publicité des décisions en France. En France, outre la présence de cette obligation dans certains codes⁶⁴⁴, des dispositions législatives prévoient la publicité des décisions.

La loi du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile porte, en son article 11-3, que « [l]es tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement »⁶⁴⁵. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁶⁴⁶ indique, en son article 2, que toute personne dispose du droit d'accéder librement « aux règles de droit applicables aux citoyens ». Les autorités administratives sont par conséquent « tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ». Selon Frédéric Leplat, cette disposition implique aussi que soit garanti l'accès aux décisions de justice⁶⁴⁷. Enfin, un décret impose une diffusion du droit, en ce compris des décisions de justice, par internet⁶⁴⁸. Les Cours suprêmes procèdent elles aussi à la diffusion de leur jurisprudence respective⁶⁴⁹.

⁶⁴³ Projet de loi du 22 novembre 1989 portant des dispositions fiscales, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1989-1990, n° 801/1, p. 39.

⁶⁴⁴ Voy. notamment les articles 451 et 1016 du Code de procédure civile et l'article 462 du Code de procédure pénale. Voy. cependant l'article 450, alinéa 2 du même code qui indique que la publicité peut se faire par le dépôt de la décision au greffe de la juridiction, moyennant le respect de plusieurs conditions. Ce processus de publicité a été considéré comme conforme à l'article 6, § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 116 ; C.E. fr., 24 avril 2013, n° 350705 ; ces références étant citées par X. VUITTON, *Le procès équitable* [...], *op. cit.*, p. 159, n° 285, notes 11 et 12).

⁶⁴⁵ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, *J.O.R.F.*, 9 juillet 1972, p. 7181.

⁶⁴⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.R.F.*, 13 avril 2000, p. 5646.

⁶⁴⁷ F. LEPLAT, « « Décisions de justice publiées sur Internet : pour le droit à l'anonymisation sur simple demande », [www.droit-technologie](http://www.droit-technologie.fr), publié le 9 mai 2002, consulté le 12 janvier 2018.

⁶⁴⁸ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, *J.O.R.F.*, 9 août 2002, p. 13655.

⁶⁴⁹ Voy. Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, *op. cit.*, pp. 18 et 19.

Plus récemment, la France s'est dotée d'une loi pour une République numérique⁶⁵⁰. Son article 21⁶⁵¹ est venu ajouter un article dans le Livre Ier intitulé « [d]ispositions communes aux juridictions judiciaires ». L'article 111-3, § 1^{er} dispose que « [s]ans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées ». Le second paragraphe de l'article indique que « [c]ette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes ». Faut-il voir dans ces précisions une obligation générale d'anonymisation des décisions ? Tel n'est, à l'heure actuelle, pas encore le cas.

E. Les consécration de la publicité des décisions de justice et l'oubli

105. - La publicité des décisions de justice : l'oubli est-il exclu ? Hormis le Pacte relatif aux droits civils et politiques, les textes consacrant la publicité des décisions de justice ne sont assortis d'aucune exception. Ce principe de transparence fait cependant l'objet d'une interprétation relativement souple⁶⁵². Alors que la Cour européenne est on ne peut plus claire à ce sujet, la Cour de cassation belge semble lui avoir emboîté le pas dans l'arrêt précité du 29 novembre 2011⁶⁵³ (voy. *supra*, n° 100. -). Plus fondamentalement, cette souplesse n'écarte toutefois pas la question de la cohabitation entre, d'une part, la transparence de la justice et de ses décisions, et d'autre part, la protection du droit à la vie privée et du droit à voir ses données à caractère personnel être protégées. Les décisions de justice regorgent inévitablement de données considérées comme étant à caractère personnel⁶⁵⁴. Les deux perspectives, aussi louables soient-elles, semblent contradictoires. Bien que le problème ne soit pas neuf, l'amorce d'une publication des décisions de justice sur internet accentue inévitablement cette problématique. La création de bases de données judiciaires accessibles sans contrainte à partir

⁶⁵⁰ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *J.O.R.F.*, 8 octobre 2016.

⁶⁵¹ Voy. aussi l'article 20 de cette loi qui concerne la diffusion des décisions administratives.

⁶⁵² Voy. pour des exemples plus concrets d'assouplissements dans des circonstances particulières, P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, pp. 706 et 707.

⁶⁵³ Cass. (2ème ch.), 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; *J.T.*, 2012, p. 463, note M.-F. RIGAUX, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? Verba volant, vale internet » ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 191, note M. CALUWAERTS, « Responsabilité pénale du commissaire dans l'affaire Lernhout & Hauspie » ; *T. Straf.*, 2012/6, p. 447, note D. LIBOTTE, « Nogmaals over de verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwas misdrijf » ; *T. Straf.*, 2013/3, p. 176, note E. BAEYENS, « De duur van het beraad in hoger beroep en de redelijke termijn: het Hof van Cassatie houdt een (feitelijk) oogje in het zeil ».

⁶⁵⁴ A ce propos, voy. J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *op. cit.*, pp. 443 à 444.

de termes de recherche choisis par un internaute relance ce débat⁶⁵⁵. Ainsi, il ne semble « plus acceptable de publier les jugements par voie numérique comme ils l'étaient sur support "papier" »⁶⁵⁶. La réflexion ne tend évidemment pas à remettre en cause l'exigence consacrée par l'article 6, § 1^{er} de la Convention et l'article 149 de la Constitution⁶⁵⁷. Elle vise simplement à s'interroger sur la possibilité d'assurer la publicité tout en préservant les éléments d'ordre privé.

La Cour européenne a déjà eu l'occasion de se pencher sur cet équilibre. Dans un arrêt *Z. c. Finlande*⁶⁵⁸, elle « doit rechercher s'il existait des raisons suffisantes pour justifier la divulgation, dans le texte de l'arrêt de la cour d'appel d'Helsinki transmis à la presse, de l'identité et de la séropositivité de la requérante [...] » (§ 113). La requérante considère que l'arrêt de la cour d'appel d'Helsinki aurait dû être dépersonnalisé avant d'être transmis à la presse pour publication, dès lors que les informations présentaient un caractère d'ordre privé. La Cour souligne notamment que la requérante avait préalablement à cette transmission requis, par le biais de son avocat, la non diffusion de ces informations personnelles et qu'elle s'opposait de toute évidence à cette publication. Et de conclure que « [d]ans ces conditions, [...] la Cour ne juge pas que la publication critiquée se justifiait par quelque motif impérieux que ce soit. Dès lors, la publication de ces informations a porté atteinte, dans le chef de la requérante, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 » (§ 113).

Dans un autre arrêt rendu le 6 octobre 2009⁶⁵⁹, la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Espagne pour ne pas avoir anonymisé une décision de justice concernant une personne atteinte de séropositivité. Elle indique qu'« [e]u égard aux circonstances particulières de la présente affaire, notamment au principe de protection spéciale de la confidentialité des informations relatives à la séropositivité, la Cour estime que la publication

⁶⁵⁵ A ce propos, voy. C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *op. cit.*, pp. 44 à 55.

⁶⁵⁶ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 710.

⁶⁵⁷ A ce propos, Pascal Gilliaux écrit qu'« il serait sans doute disproportionné d'omettre toute donnée factuelle sous le prétexte qu'elles seraient susceptibles de conduire à l'identification des parties à force d'investigation ou par des proches. Cette solution, radicale, nuirait à la compréhension des décisions et à leur contrôle social. Elle pourrait même dissuader les juridictions ou les éditeurs de leurs diffuser. Une telle solution serait ainsi contraire à l'objectif consistant à offrir un outil documentaire le plus complet et le plus accessible possible. Elle irait, dans tous les cas, à l'encontre de l'objectif de transparence recherché par l'article 6, paragraphe 1, CESDH » (P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 710).

⁶⁵⁸ Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. 22009/93.

⁶⁵⁹ Cour eur. D.H., 6 octobre 2009, *C.C. c. Espagne*, req. 1425/06.

en toutes lettres de l'identité du requérant, associée à son état de santé, dans le jugement rendu par le juge de première instance n'était justifiée par aucun motif impérieux » (§ 40).

§ 2. La publicité des décisions de justice : le recours à l'anonymisation comme garantie d'oubli

106. - Introduction. Le développement de l'*open data* implique, notamment, la diffusion des documents publics. Tant aux Etats-Unis qu'en Europe, l'ouverture des données publiques, le souci de transparence et la volonté de rendre accessible l'information, ont été des instruments de la « revitalisation de la démocratie » en accordant, parfois indirectement, une place plus importante à la participation citoyenne⁶⁶⁰. Les données judiciaires participent, elles aussi, à ces desseins. Cependant, la publicité des décisions se heurte frontalement au respect du droit à la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel. En effet, « [t]ant que les décisions de justice étaient publiées dans des recueils spécialisés consultés essentiellement par les professionnels du droit et les étudiants des facultés de droit, la mention du nom de ces protagonistes ne posait pas de réel problème. La question [...] doit en revanche faire l'objet d'une nouvelle réflexion dans le contexte de leur reproduction dans des banques de données informatisées »⁶⁶¹. Les risques de détournement de la finalité première de la publicité des décisions se sont accrus avec l'informatisation, aboutissant à craindre un réel profilage judiciaire des individus⁶⁶². La solution envisagée dans les systèmes juridiques est de recourir à l'anonymisation ou la pseudonymisation de la jurisprudence⁶⁶³. Ces solutions semblent en outre être dictées par plusieurs principes clés du RGPD⁶⁶⁴, un tel constat s'imposant du fait même qu'une décision de justice doit être considérée comme une donnée à caractère personnel.

⁶⁶⁰ En ce sens, voy. B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016, 27 février 2017*, p. 59.

⁶⁶¹ C. BOURGEOS, « Réflexions à propos de l'anonymisation des décisions de justice publiées sur support numérique », *op. cit.* Voy. aussi G.-A. DAL, « L'anonymisation des décisions de justice », *J.T.*, 2019, p. 441.

⁶⁶² En ce sens, voy. notamment l'avis n° 42/97 du 23 décembre 1997 de la Commission de la protection de la vie privée sur la diffusion des décisions juridictionnelles par le recours aux technologies de l'information et de la communication, § 4, disponible à l'adresse suivante, www.privacycommission.be. Sur les finalités et ces risques, voy. aussi J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *J.T.*, 2019, pp. 442 à 446 ; C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *op. cit.*, pp. 44 à 55.

⁶⁶³ Sur la différence entre anonymisation et pseudonymisation, voy. *infra*.

⁶⁶⁴ J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *J.T.*, 2019, pp. 442 à 446. Voy. aussi E. LESUEUR DE GIVRY, *La question de l'anonymisation des décisions de justice*, rapport annuel de la Cour de cassation française, Paris, La documentation française, 2000, disponible à l'adresse suivante, https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_tudes_do

Le recours à l'anonymisation ou à la pseudonymisation semble se généraliser dans de nombreux Etats européens⁶⁶⁵. Pour Bénédicte Fauvarque-Cosson, le recours à « l'anonymisation ou la pseudonymisation des décisions est une réponse parfois insuffisante, parfois excessive »⁶⁶⁶. La solution paraît d'abord insuffisante si elle se limite à supprimer l'identité des parties. Non seulement, toutes les données factuelles permettant d'identifier une personne doivent être occultées, mais aussi l'identité des professionnels (juges et avocats, notamment) impliqués dans la décision de justice⁶⁶⁷. Sans cela, l'auteure soulève des craintes relatives au développement d'une « justice prédictive » du fait de « l'apparition sur le marché de start-up dont l'une des activités consiste en l'extraction tendancielle des solutions jurisprudentielles »⁶⁶⁸. Elle semble ensuite excessive dès lors que la connaissance du nom des parties peut s'avérer nécessaire, dans certains cas. Sans doute le caractère automatique d'une mesure d'anonymisation pose ces éventuels problèmes. La solution serait-elle alors de procéder au cas par cas ? Cette méthode présente l'avantage d'apporter les nuances nécessaires dans le processus de dépersonnalisation, mais dévoile un inconvénient majeur, celui du coût de sa mise en œuvre.

A. L'anonymisation par les Cours européennes

107. - Les Cours européennes consacrent-elles l'anonymisation de leur décision ? Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'Union européenne

[cuments_100/tudes_theme_protection_personne_102/decisions_justice_5854.html](https://european-courts.org/fr/100/tudes_theme_protection_personne_102/decisions_justice_5854.html) ; C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *Petites affiches*, 2005/194, pp. 44 à 55.

⁶⁶⁵ Cela s'explique notamment par l'implémentation de directives européennes relatives à la réutilisation des données du secteur public. Voy. la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, *J.O.U.E.*, L 175 du 27 juin 2013, p. 1.

⁶⁶⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 58.

⁶⁶⁷ *A contrario*, voy. C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *op. cit.*, pp. 44 à 55. L'auteure estime notamment qu'« il est justifié de maintenir le nom des acteurs publics intervenant dans les décisions : le nom des juges et des représentants du ministère public. Cela correspond d'ailleurs à la pratique observée sur l'ensemble du continent européen : que les publications des arrêts et jugements se fassent au travers d'édition de revues papier ou sur support électronique, le nom des acteurs publics impliqués est la plupart du temps indiqué ».

⁶⁶⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 58. Dans le même sens, Commission de protection de la vie privée, avis n° 42/97, *op. cit.*, § 4. Voy. aussi J.-P. JEAN, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 11.

organisent une telle procédure⁶⁶⁹. Cependant, soulignons que l'anonymisation n'est pas systématique et qu'elle constitue par conséquent l'exception conditionnée à une marge de manœuvre importante laissée aux juges.

108. - L'anonymisation par la Cour européenne des droits de l'homme. Le règlement de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit à cet égard qu'un « requérant qui ne désire pas que son identité soit révélée doit le préciser et fournir un exposé des raisons justifiant une dérogation à la règle normale de publicité de la procédure devant la Cour. Cette dernière peut autoriser l'anonymat ou décider de l'accorder d'office »⁶⁷⁰. Le règlement est complété par une partie intitulée « [i]nstructions pratiques » dans laquelle la disposition précitée du règlement est succinctement explicitée. Il y est indiqué que le requérant doit non seulement expliquer les raisons qui le poussent à demander la dissimulation de son identité, mais aussi « préciser, pour le cas où sa demande d'anonymat serait accueillie par le président de la chambre, s'il souhaite être désigné par ses initiales ou par une simple lettre (par exemple "X", "Y" ou "Z") » (article 12).

Tout en rappelant la publicité de l'ensemble des documents d'une procédure devant la Cour ainsi que la disponibilité de ces informations sur internet, par le biais du site *Hudoc*⁶⁷¹, le règlement décrit deux procédures permettant l'anonymisation. Elles se distinguent par le moment où la demande est faite. Soit le requérant le fait « au moment où il remplit le formulaire de requête ou aussitôt que possible par la suite » en explicitant les « motifs de sa demande » et en précisant « l'impact qu'une divulgation de son identité pourrait avoir sur lui ». Soit, la demande se fait rétroactivement, alors que l'affaire fait déjà l'objet d'une publication. Dans ces circonstances, le requérant « doit envoyer au greffe une lettre exposant les motifs de sa demande et précisant l'impact que la divulgation de son identité a eu ou pourrait avoir sur lui. Il doit également expliquer pourquoi il n'a pas sollicité l'anonymat alors que l'affaire était pendante devant la Cour. Pour statuer sur la demande, le président tient compte des explications fournies par le requérant, du degré de publicité que la décision ou l'arrêt a déjà reçu et du point de savoir s'il est opportun ou non, notamment sur le plan pratique, d'accueillir la demande. Si le président

⁶⁶⁹ En ce qui concerne le tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, une procédure identique est organisée. Voy. S. VAN RAEPENBUSCH, « Vers une anonymisation des décisions de justice ? L'exemple du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 5 à 7.

⁶⁷⁰ Article 47, § 4 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 novembre 2016. Voy. aussi l'article 33 qui aborde indirectement la question de l'anonymisation des documents et décisions.

⁶⁷¹ *Hudoc* est le moteur de recherche applicable à l'ensemble des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme.

fait droit à la demande, il détermine également les mesures à prendre pour éviter que le requérant ne soit identifié. Il peut ainsi décider, par exemple, que la décision ou l'arrêt concernant le requérant sera retiré du site Internet de la Cour ou que les éléments d'identification personnelle de l'intéressé seront supprimés des documents publiés ». Enfin, ce point pratique se clôt en laissant l'opportunité au président de « prendre relativement à tout document publié par la Cour toute autre mesure lui paraissant nécessaire ou souhaitable pour garantir le droit au respect de la vie privée ».

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de faire primer la protection des données personnelles notamment dans l'affaire déjà évoquée *Z. c. Finlande*⁶⁷². L'affaire concerne la révélation à travers la publication d'une décision judiciaire non seulement de l'identité d'une personne mais aussi de sa séropositivité. La Cour a considéré que « [l]'intérêt qu'il y a à protéger la confidentialité de telles informations pèsera donc lourdement dans la balance lorsqu'il s'agira de déterminer si l'ingérence était proportionnée au but légitime poursuivi, sachant qu'une telle ingérence ne peut se concilier avec l'article 8 de la Convention [...] que si elle vise à défendre un aspect primordial de l'intérêt public. Compte tenu du caractère extrêmement intime et sensible des informations se rapportant à la séropositivité, toute mesure prise par un Etat pour contraindre à communiquer ou à divulguer pareil renseignement sans le consentement de la personne concernée appelle un examen des plus rigoureux de la part de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace » (§ 96). L'arrêt ajoute que « la Cour doit rechercher s'il existait des raisons suffisantes pour justifier la divulgation, dans le texte de l'arrêt de la cour d'appel d'Helsinki transmis à la presse, de l'identité et de la séropositivité de la requérante [...]. Selon les dispositions pertinentes de la législation finlandaise, la cour d'appel avait le pouvoir, premièrement, de ne pas mentionner dans son arrêt de noms permettant d'identifier la requérante et, deuxièmement, de décider que l'exposé complet des motifs resterait confidentiel pendant une période donnée et de publier à la place une version abrégée de la motivation et du dispositif et une référence succincte à la législation appliquée [...] » (§ 113). Pour Nathalie Metallinos, « [c]et arrêt de la Cour fixe ainsi le niveau d'exigence à appliquer concernant l'anonymisation des décisions de justice. Elle considère que cette appréciation doit avoir lieu dès le stade du rendu de la décision et pose de ce fait un principe de responsabilité du producteur. La prise en compte du risque de

⁶⁷² Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. 22009/93. Voy. aussi, en matière d'anonymisation, Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60498/10 et 65599/10. L'arrêt porte toutefois sur l'anonymisation d'articles de presse. Pour son analyse, voy. *infra*.

ré-identification dans pareil cas peut nécessiter, on le comprend, une approche au cas par cas, ce qui se concilie difficilement avec la diffusion massive qui est envisagée »⁶⁷³.

109. - L'anonymisation par la Cour de justice de l'Union européenne. En ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 95 de son règlement de procédure⁶⁷⁴ indique que « [l]orsque l'anonymat a été accordé par la juridiction de renvoi, la Cour respecte cet anonymat dans le cadre de la procédure pendante devant elle » (§ 1^{er}). En outre, « [à] la demande de la juridiction de renvoi, sur demande dûment motivée d'une partie au litige au principal ou d'office, la Cour peut [...], si elle l'estime nécessaire, procéder à l'anonymisation d'une ou de plusieurs personnes ou entités concernées par le litige » (§ 2).

Un tel principe est repris dans les recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction des procédures préjudicielles⁶⁷⁵. Les points 27 et 28 indiquent en effet que l'anonymisation peut être effectuée par la juridiction de renvoi. Cependant, « [p]ostérieurement au dépôt de la demande de décision préjudicielle, la Cour peut également procéder à une telle anonymisation, d'office ou sur requête de la juridiction de renvoi ou d'une partie au litige au principal ». Quant au moment d'introduire une telle requête, ces recommandations indiquent qu'il y a lieu, pour préserver l'efficacité de cette procédure, qu'elle intervienne « au stade le plus précoce possible [...] et, en tout état de cause, avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne de la communication relative à l'affaire concernée et la signification de la demande de décision préjudicielle aux intéressés visés à l'article 23 du statut ».

Le règlement de procédure du tribunal⁶⁷⁶, en son article 66, organise aussi une procédure d'anonymisation. Ainsi, « [s]aisi d'une demande motivée d'une partie présentée par acte séparé ou d'office, le Tribunal peut omettre le nom d'une partie au litige ou celui d'autres personnes mentionnées dans le cadre de la procédure, ou encore certaines données dans les documents

⁶⁷³ N. METALLINOS, « Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles. Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016*, 27 février 2017, pp. 46 et 47, n° 10.

⁶⁷⁴ Règlement de procédure de la Cour de justice, version consolidée du 25 septembre 2012.

⁶⁷⁵ Recommandation à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 2012/C, *J.O.U.E.*, C 338 du 6 novembre 2012, p. 1.

⁶⁷⁶ Règlement de procédure du tribunal du 4 mars 2015, *J.O.U.E.*, L 105 du 23 avril 2015, p. 1.

afférents à l'affaire auxquels le public a accès, si des raisons légitimes justifient que l'identité d'une personne ou le contenu de ces données soient tenus confidentiels ».

Quant aux dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du tribunal⁶⁷⁷, elles reprennent cette faculté de confidentialité : « [L]orsqu'une partie estime que son identité ne doit pas être divulguée envers le public dans le cadre d'une affaire portée devant le Tribunal, il lui est loisible de s'adresser à ce dernier [...] afin qu'il procède, le cas échéant, à une anonymisation, totale ou partielle, de l'affaire en cause » (§ 68). Cette demande doit faire l'objet d'une « motivation appropriée » (§ 69) Ces considérations pratiques ajoutent notamment qu'« [e]n raison de la diffusion des informations concernant l'affaire sur Internet, une anonymisation s'avère en effet beaucoup plus difficile à mettre en œuvre lorsque la communication relative à l'affaire concernée a déjà été publiée au Journal officiel de l'Union européenne » (§ 70), plaidant dès lors pour qu'une telle demande soit introduite dès le début de la procédure.

Enfin, la Cour de justice, dans un communiqué de presse⁶⁷⁸, s'est engagée, à partir du 1^{er} juillet 2018, à « remplacer, dans tous ses documents publiés, le nom des personnes physiques impliquées dans [les affaires préjudicielles] par des initiales. De même, tout élément complémentaire susceptible de permettre l'identification des personnes concernées sera supprimé ». La Cour s'inscrit pleinement dans le sillage des exigences du RGPD ainsi que du règlement 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données⁶⁷⁹.

110. - L'interprétation souple des conditions de mise en œuvre de l'anonymisation par les Cours européennes. A propos des procédures mises en place par les juridictions européennes, et plus précisément à propos des conditions devant être respectées pour obtenir l'anonymisation (fournir un exposé des raisons, motivation, existence de raisons légitimes),

⁶⁷⁷ Disposition pratiques d'exécution du règlement de procédure du tribunal, *J.O.U.E.*, L 152 du 18 juin 2015, p. 1.

⁶⁷⁸ C.J.U.E., communiqué de presse n° 96/18 du 29 juin 2018, « A partir du 1^{er} juillet 2018, les affaires préjudicielles impliquant des personnes physiques seront anonymisées », disponible à l'adresse suivante, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/cp180096fr.pdf> (consulté le 25 juillet 2019).

⁶⁷⁹ Règlement 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) no 45/2001 et la décision n° 1247/2002/C, *J.O.U.E.*, L 295/39 du 21 novembre 2018.

Pascal Gilliaux considère que ces dernières « ne devraient pas être interprétées trop restrictivement, car il faut précisément tenir compte des larges possibilités d'investigation et de recoupement offertes par les moteurs de recherche de plus en plus performants »⁶⁸⁰, problématique clairement mise en lumière dans les dispositions pratiques relatives à la procédure devant la Cour de justice.

B. L'anonymisation en droit national

111. - Introduction. Dans plusieurs Etats européens, la mise en ligne des décisions de justice ne peut se faire qu'après anonymisation. Cette obligation découle tantôt d'une disposition législative ou de règles édictées par l'autorité de contrôle des données à caractère personnel. D'autres Etats membres de l'Union européenne ont, plus largement encore, imposé une anonymisation quel que soit le support de diffusion de la jurisprudence. Quant aux types de données devant être anonymisées, une certaine latitude semble être laissée aux juges. Cependant, il ressort globalement que l'anonymisation touche les données relatives aux parties, les juges et avocats ne bénéficiant pas de cette mesure⁶⁸¹.

112. - L'anonymisation des décisions de justice en Belgique. En Belgique, de tels dispositifs d'anonymisation existent seulement pour ce qui concerne la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat⁶⁸². Pour Pascal Gilliaux, « il est indispensable que les juridictions puissent décider d'office de rendre leurs jugements et arrêts anonymes »⁶⁸³, notamment lorsque les parties elles-mêmes ne le requièrent pas, souvent non conscientes de l'impact que peut avoir une diffusion d'une décision sur internet. En outre, la discrétion devant entourer une décision de justice ne concerne pas seulement les parties au litige, mais peut aussi concerner des tiers qui pourraient, parfois sans en être totalement conscient, être cités dans la jurisprudence. Cette discrétion nécessaire ne semble pas toujours être pleinement prise en compte par les juridictions, certains refusant sans réel motif cette anonymisation⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., p. 711.

⁶⁸¹ M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet: Development of a Legal Framework in Europe », op. cit., p. 40.

⁶⁸² Voy., pour la Cour constitutionnelle, *supra*, et pour le Conseil d'Etat, *supra*.

⁶⁸³ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., p. 711.

⁶⁸⁴ Tel fut le cas dans l'affaire du médecin ayant provoqué un grave accident de la circulation. Voy. *infra*.

La loi du 10 août 2005 relative au système d'information Phenix⁶⁸⁵ précise que les décisions judiciaires réunies dans une base de données accessible à tous « sont en règle générale anonymisées » (article 9, alinéa 2). L'article 9, alinéa 3 précise à cet égard que « [l]e Roi détermine, après avis de la Commission de la Protection de la Vie Privée, les modalités d'anonymisation des décisions, les exceptions pouvant être requises à cette règle pour la compréhension des décisions, ainsi que la manière dont les personnes citées dans les décisions peuvent s'opposer, le cas échéant, à la mention dans les décisions publiées de données à caractère personnel les concernant ». La Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, dans un rapport datant de 2014 sur la diffusion de la jurisprudence, propose l'abrogation de l'article 9, alinéa 1^{er} de la loi (la disposition créant une base de données externe⁶⁸⁶) et le remplacement de l'alinéa 2 (qui, suite à la suppression de l'alinéa 1^{er} deviendrait à son tour l'alinéa 1^{er}) comme suit : « [l]es décisions insérées sur la banque de données externe qui contiennent des données à caractère personnel sont en règle générale anonymisées »⁶⁸⁷. La formulation proposée paraît ne pas devoir être retenue. En effet, l'insertion des mots « en règle générale » ouvre la porte à une application tout à fait arbitraire du principe de l'anonymisation, à tout le moins si elle ne fait pas l'objet d'un encadrement supplémentaire.

La Commission de la protection de la vie privée a rendu plusieurs avis à propos de l'anonymisation des décisions de justice. Dans un premier datant de 1993, paradoxalement, la Commission admet que « la seule mention du nom peut être acceptée dans un recueil de jurisprudence car ceci ne mène pas nécessairement à l'identification immédiate des individus concernés »⁶⁸⁸. Elle a cependant par la suite revu cette position en considérant qu'il faut réévaluer « cette pratique à la lumière de l'évolution consistant à mettre une telle jurisprudence à disposition de façon automatisée. Les recherches automatisées habituelles dans du texte libre [...] permettent, en effet, d'opérer des sélections dans des vastes recueils de prononcés sur base

⁶⁸⁵ Loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix, *M.B.*, 1^{er} septembre 2005, p. 38305.

⁶⁸⁶ *Voy. supra.*

⁶⁸⁷ Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, *op. cit.*, p. 25. La commission propose encore l'ajout d'un alinéa à l'article 792 du Code judiciaire qui concerne spécifiquement les jugements de la jeunesse. Le texte proposé est rédigé comme suit : « [e]n même temps qu'il procède à l'envoi visé à l'alinéa 1^{er} ou à l'alinéa 2, le greffier insère une version anonymisée de la décision dans la banque de données externe visée à l'article 7 de la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix ».

⁶⁸⁸ *Voy.* les avis suivants : avis n° 08/93 du 6 août 1993 sur le traitement de données policières et judiciaires, au sens de l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard de données à caractère personnel, § 23, *M.B.*, 28 février 1995, p. 4449 ; avis n° 12/93 du 22 septembre 1993 sur le projet d'arrêté royal n° 8 déterminant les fins, les critères et les conditions des traitements autorisés de données visées à l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard de traitements de données à caractère personnel, § 10, *M.B.*, 28 février 1995, p. 4452.

des noms des parties, en combinaison avec d'autres critères de recherche, dont on peut déduire de façon systématique des informations concernant la vie privée des personnes identifiées. Selon la Commission, l'apparition de pareilles difficultés en raison de l'évolution technologique doit s'accompagner d'une plus grande retenue lors de la mention de ces données pouvant mener à l'identification des parties dans les chroniques automatisées de jurisprudence et lors de la recherche d'autres systèmes visant à identifier des prononcés judiciaires »⁶⁸⁹. En 1997⁶⁹⁰, la Commission émet des propositions pour assurer une diffusion de la jurisprudence tout en accordant de l'importance à la protection des données à caractère personnel contenues dans ces décisions. Elle considère qu'il y a lieu, si pas de supprimer l'identité des parties, au moins de proscrire l'indexation de la jurisprudence à partir des noms de ces parties. En outre, elle considère que l'ampleur de la diffusion peut dépendre de la nature du litige, du type de juridiction ou de la personne concernée. Ce dernier critère permet de distinguer, selon la Commission, trois cas : les tiers au litige dont le nom est évoqué dans une décision, les parties au litige ainsi que les professionnels concernés (juges, avocats, etc.). L'avis se conclut par une série de propositions. La concrétisation et l'actualisation de ces propositions intervient dans une recommandation du 8 février 2012 relative aux banques de données de jugements et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement⁶⁹¹.

L'anonymisation a en outre été prônée par la Commission de modernisation de l'ordre judiciaire. Celle-ci propose, en ce sens, l'ajout d'un alinéa à l'article 792 du Code judiciaire qui concerne le dispositif permettant aux parties, d'obtenir une copie non signée du jugement émis à leur propos. Le contenu de l'alinéa proposé est le suivant : « [e]n même temps qu'il procède à l'envoi visé à l'alinéa 1^{er} ou à l'alinéa 2, le greffier insère une version anonymisée de la décision dans la banque de données externe visée à l'article 7 de la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix »⁶⁹².

⁶⁸⁹ Avis n° 07/96 du 22 avril 1996 sur le projet d'arrêté royal (n° 16) modifiant l'arrêté royal (n° 8) déterminant les fins, les critères et les conditions des traitements autorisés de données visées à l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard de traitements de données à caractère personnel, § 2.

⁶⁹⁰ Avis n° 42/97 du 23 décembre 1997 sur la diffusion des décisions jurisprudentielles par le recours aux technologies de l'information et de la communication.

⁶⁹¹ Commission de la protection de la vie privée, recommandation n° 03/2012 du 8 février 2012 relative aux banques de données de jugement et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement (CO-AR-2011-003). Voy. les quelques développements proposés *supra*.

⁶⁹² Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, op. cit., p. 25

113. - L'anonymisation des décisions de justice : la loi du 5 mai 2019. Parallèlement à la modification de l'article 149 de la Constitution, une proposition de loi est rédigée afin de modaliser la nouvelle forme de publicité des jugements⁶⁹³. Cette proposition est adoptée, la loi du 5 mai 2019 étant publiée au *Moniteur belge* le 16 mai 2019⁶⁹⁴. Apportant diverses modifications dans le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire, la loi organise l'anonymisation des jugements et arrêts. En effet, en prévoyant une publicité de ces décisions par voie numérique, il est essentiel d'exiger l'anonymisation des données à caractère personnel. L'on peut déplorer que la loi ait recours à l'anonymisation alors que l'on peut s'attendre à ce que les mesures visant à concrétiser cette anonymisation s'apparentent davantage à une forme de pseudonymisation⁶⁹⁵. En effet, les mesures qui seront prises n'auront sans doute pas vocation à supprimer toutes les données à caractère personnel des décisions, sous peine de les rendre illisible, mais seulement certaines données afin d'éviter qu'un lien puisse trop aisément être fait entre la décision et une personne. Le RGPD appelle un tel procédé la pseudonymisation.

Le Code d'instruction criminelle voit son article 190 modifié. Son alinéa 3 qui imposait un prononcé public du jugement oblige désormais à ne communiquer en audience que le dispositif du jugement⁶⁹⁶. En outre, un nouvel alinéa est ajouté, indiquant que « [l]e jugement est enregistré intégralement dans la banque de données visée à l'article 782bis du Code judiciaire. Dans la banque de données, les jugements sont anonymisés selon les modalités déterminées par le Roi »⁶⁹⁷. L'on peut critiquer ce renvoi. En effet, ces modalités sont d'une importance capitale en ce qui concerne la protection du droit à la vie privée et des données personnelles. Un tel enjeu aurait dû inciter le législateur à modaliser lui-même cette anonymisation.

Dans le Code judiciaire, des alinéas sont notamment ajoutés à l'article 782bis.

⁶⁹³ Proposition du 24 janvier 2019 modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3489/001.

⁶⁹⁴ Loi du 5 mai 2019 modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47030.

⁶⁹⁵ A cet égard, et si cela se confirme (les mesures concrètes devant être adoptées par le Roi), la loi manque une occasion de s'accorder, dans les termes qu'elle utilise, notamment avec le RGPD.

⁶⁹⁶ Deux autres dispositions du Code d'instruction criminelle sont modifiées en ce sens : l'article 377, al. 2. et l'article 346.

⁶⁹⁷ Une autre disposition du Code d'instruction criminelle est modifiée en ce sens : l'article 344.

L'alinéa 1^{er} est modifié afin d'obliger le président de la chambre ayant rendu un jugement à ne prononcer publiquement que le dispositif⁶⁹⁸. Quatre alinéas sont ensuite ajoutés⁶⁹⁹. Ainsi, le nouvel alinéa 2 précise que « [l]a décision est enregistrée intégralement dans une banque de données électronique des jugements et arrêts de l'ordre judiciaire, accessible au public, conformément aux modalités définies par le Roi »⁷⁰⁰. L'alinéa suivant indique que « [t]outes les données qui permettent l'identification directe des parties et des autres personnes en cause sont omises de cette décision [...] ». Enfin, un dernier alinéa intéressant permet de déroger à l'obligation de publication numérique du jugement : « [l]orsque la procédure en ce qui concerne les plaidoiries et les rapports est terminée en chambre du conseil, le président de la chambre qui a rendu le jugement peut, par dérogation à l'alinéa 2 et par décision motivée incluse dans le jugement, décider d'omettre certaines parties de la motivation du jugement dans l'enregistrement figurant dans la banque de données électronique accessible au public si l'enregistrement de ces éléments porte atteinte de manière disproportionnée au droit à la protection de la vie privée et des parties ou d'autres personnes impliquées dans l'affaire ».

L'ensemble de ces modifications n'entreront néanmoins en vigueur qu'« à une date déterminée par le Roi et au plus tard le 1^{er} septembre 2020 »⁷⁰¹.

114. - L'anonymisation des décisions de justice en France. En France, la Commission nationale de l'Informatique et des libertés, la CNIL, a rédigé le 29 novembre 2001 une recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence⁷⁰². Le document rappelle les évolutions techniques et technologiques ayant menées à la création des bases de données judiciaires disponibles gratuitement sur internet. En 1985, la CNIL s'est déjà penchée sur le sujet, concluant à l'absence de nécessité de procéder à une anonymisation systématique des décisions, cette solution paraissant à l'époque disproportionnée « dans la mesure où le risque d'un usage des informations nominatives

⁶⁹⁸ Une modification similaire est faite à l'article 780, al. 1^{er}, du Code judiciaire

⁶⁹⁹ Article 7 de la loi du 5 mai 2019 modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47030. Voy. aussi la proposition de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, texte adopté par la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3489/004, pp. 4 et 5.

⁷⁰⁰ Une modification similaire est faite à l'article 1109 du Code judiciaire.

⁷⁰¹ Article 9 de la loi du 5 mai 2019 modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47030.

⁷⁰² CNIL, délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence, disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr, consulté le 16 janvier 2018.

étranger à la finalité documentaire de ces bases était alors considérée comme faible ». Dans sa délibération de 2001, la CNIL estime que la réflexion à ce propos doit être renouvelée, tenant notamment compte de la puissance des moteurs de recherche⁷⁰³. Elle estime, revoyant quelque peu sa position, qu'« il ne saurait être tenu pour acquis que, du seul fait de son caractère public, une décision de justice mentionnant le nom des parties, intégrée dans une base de données, puisse être numérisée et mise à la disposition de tous pendant un temps indéfini ». Ainsi, dès 2001, la CNIL préconise une anonymisation des décisions de justice⁷⁰⁴ tout en faisant une distinction entre les bases de données librement accessibles et celles accessibles moyennant paiement. Pour les premières, elle recommande de s'abstenir « d'y faire figurer le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins », « dans le souci du respect de la vie privée des personnes physiques concernées et de l'indispensable “droit à l'oubli” ». Pour les secondes, l'abstention ne concerne que l'adresse des parties ou des témoins. A l'attention des organismes de presse, la CNIL recommande de ne pas désigner nominativement les personnes impliquées dans les procédures judiciaires lorsque la liberté de l'information ne le nécessite pas. En revanche, *a contrario* de ce qui est évoqué dans les lignes directrices néerlandaises (voy. ci-après), la CNIL estime que l'occultation des données ne doit pas se faire pour les magistrats et les membres des juridictions, « même si le risque de constitutions de “profils” de juges ou d'avocats à partir des décisions de justice publiées ne peut être exclu »⁷⁰⁵.

En 2006, la CNIL effectue un bilan de l'application de sa recommandation de 2001⁷⁰⁶ et considère qu'il y a lieu de renforcer le dispositif d'anonymisation. La distinction faite entre les bases de données spécialisées et celles qui ne le sont pas – distinction qui paraissait peu pertinente – est supprimée en faveur de l'application d'une anonymisation systématique. Des bases de données non anonymisées ne peuvent par conséquent « être constitué[es] qu'avec le

⁷⁰³ La délibération décrit trois générations de moteurs de recherche, la dernière étant la plus puissante en ce que les recherches menées sur internet balayent non seulement les pages web dans leur intégralité, quel que soit le format de diffusion des données.

⁷⁰⁴ A ce sujet, voy. L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, p. 35, n° 48 (« [c]ette délibération préconise le retrait des noms et des adresses des personnes physiques qui sont parties et témoins à l'affaire ayant donné lieu à la décision. La protection qu'elle institue n'aboutit donc pas à empêcher toute indention ultérieure des personnes, qui permettrait de considérer les décisions comme étant anonymisées »).

⁷⁰⁵ Sur cette question, voy. L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, pp. 43 à 51, n° 66 à 77.

⁷⁰⁶ CNIL, 19 janvier 2006, Bilan de l'application de la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice, disponible à l'adresse suivante, https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Bilan_BDD_jurisprudence_decisions_de_justice.pdf (consulté le 17 janvier 2018).

consentement de la personne, qui est impossible à recueillir pour les éditeurs de bases de données »⁷⁰⁷. L'obligation d'anonymisation découle en réalité de modifications de la législation propre aux données personnelles. Anne Debet souligne que « la CNIL ne semble cependant pas affirmer cette exigence d'anonymisation de manière très ferme comme le montre l'emploi du conditionnel dans le bilan de sa délibération présenté en 2006 »⁷⁰⁸.

La France s'est aussi dotée d'un décret organisant le service public de la diffusion de droit par l'internet⁷⁰⁹. L'article 1^{er} dispose que « [c]e service a pour objet de faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence » en mettant gratuitement à disposition « a) [l]es décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et du tribunal des conflits ; b) [c]eux des arrêts et jugements rendus par la Cour des comptes et les autres juridictions administratives, judiciaires et financières qui ont été sélectionnés selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction ; c) [l]es arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ; [et] d) [l]es décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes » (article 1^{er}, alinéa 3, 3^o). Le décret n'évoque toutefois pas la question du respect du droit à la vie privée. La problématique est abordée dans un arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Légifrance⁷¹⁰, reconnaissant que le portail en ligne traite des données nominatives. Alors que l'article 3 évoque, pour des actes à portée législative, des « conditions garantissant que [les informations nominatives] ne font pas l'objet d'une indexation par les moteurs de recherche », l'article 4 oblige à occulter les données nominatives pour l'ensemble des décisions numérisées postérieurement au 15 septembre 2002, ainsi que pour les cas où l'anonymisation est requise par des dispositions légales et/ou réglementaires. Pour Claude Bourgeois, la solution d'une date-pivot « présente une certaine incohérence. D'une part, elle rompt l'égalité de traitement des

⁷⁰⁷ A. DEBET, « Anonymisation des décisions de justice – Une sanction de la CNIL contre une base de données de jurisprudence validée par le Conseil d'Etat », note sous C.E. fr., 23 mars 2015, n° 353717, *Communication Commerce électronique*, 2015/6, comm. 52, disponible à l'adresse suivante, www.lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018). Voy. aussi C. FÉRAL-SCHUHL, « Communication des décisions de justice : favoriser la liberté d'expression ou le droit à la vie privée ? », *Edition Multimédi@*, 2016/153, pp. 8 et 9 ; A. DEBET, « Données personnelles, droit à l'oubli et droit à l'information du public », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation*, 14 février 2016, 27 février 2017, pp. 36 et 37.

⁷⁰⁸ A. DEBET, « Anonymisation des décisions de justice – Une sanction de la CNIL contre une base de données de jurisprudence validée par le Conseil d'Etat », *op. cit.*

⁷⁰⁹ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, *J.O.R.F.*, 9 août 2002, p. 13655. Ce décret abroge un décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques, *J.O.R.F.*, 4 juin 1996, p. 8216.

⁷¹⁰ Arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Légifrance, *J.O.R.F.*, 11 octobre 2002, p. 16801.

administrés en fonction de la date de numérisation des décisions qui les concernent. D'autre part, elle procède à une anonymisation aveugle des décisions publiées à partir du 15 septembre 2002 supprimant ainsi tout l'apport de l'Internet en matière de publicité des décisions de justice », ajoutant qu'il convient en effet de conserver les données nominatives « afin de maintenir l'effectivité du principe de publicité de la justice, car il est une des conditions de l'équité »⁷¹¹. Pour les décisions numérisées antérieurement à cette date, l'arrêté renvoie à la réglementation en matière de données personnelles.

115. - L'anonymisation des décisions dans d'autres Etats. La situation semble plus particulière au Royaume-Uni où le principe de l'anonymisation généralisé n'est pas accueilli de la même façon que dans les régimes juridiques de tradition continentale. La tendance serait de ne recourir que de façon tout à fait exceptionnelle à la suppression des données à caractère personnel figurant dans les décisions de justice, lorsqu'elle est demandée par les parties justifiant par des éléments probants la nécessité de recourir à l'anonymisation⁷¹².

En Espagne, la loi organique du pouvoir judiciaire permet une dépersonnalisation des décisions judiciaires dès lors qu'elles sont publiées en version papier ou sur internet⁷¹³. L'ensemble des données à caractère personnel est alors supprimé, soit par le recours aux initiales, soit par le recours à des noms fictifs, soit par une suppression pure et simple de l'information.

En Allemagne, le principe de l'anonymisation semble être systématisé, moyennant quelques exceptions⁷¹⁴. Celles-ci concernent non seulement les individus qualifiés de « personnes absolues de l'histoire contemporaine » ainsi qu'une procédure particulière relative

⁷¹¹ C. BOURGEOS, « Réflexions à propos de l'anonymisation des décisions de justice publiées sur support numérique », *op. cit.*

⁷¹² Voy. en ce sens, Master of the Rolls, *Report of the Committee on Super-Injunctions: Super-Injunctions, Anonymised Injunctions, and Open Justice*, 2011, disponible à l'adresse suivante, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/super-injunction-report-20052011.pdf> (consulté le 16 janvier 2018). Voy. les développements proposés par B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 62.

⁷¹³ Loi organique 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 relative au pouvoir judiciaire, *B.O.E.*, n° 157, 2 juillet 1985, p. 20632. L'article 266, § 1^{er} qui organise cette anonymisation a été modifié par la loi organique 19/2003 du 23 décembre 2003, *B.O.E.* n° 309, 26 décembre 2003, p. 46025. L'article 266, § 1^{er}, al. 2 précise ceci : « [e]l acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes ».

⁷¹⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 60.

aux actions en cessation en matière dans le droit à la protection des consommateurs⁷¹⁵. La généralisation a été insufflée par un recours porté en 2016 devant la cour fédérale administrative, le recours ayant cependant été réglé par une procédure amiable⁷¹⁶.

Aux Pays-Bas, le site internet www.rechtspraak.nl propose des directives quant à l'anonymisation des décisions de justice néerlandaises. Les directives prévoient cinq catégories distinctes. La première concerne les personnes physiques parties à un procès (article 1a). L'ensemble des données permettant leur identification (nom, prénom, adresse, année de naissance, etc.) doit être supprimé des décisions de justice pour permettre leur diffusion. L'identité est par exemple remplacée par le rôle exact de la personne dans le procès. La deuxième catégorie de personnes pour qui un dispositif similaire d'anonymisation existe regroupe les personnes physiques impliquées dans la procédure, sans pour autant être une partie au procès (article 1b). Ensuite, sont visées les personnes qui contribuent professionnellement à la procédure. Les données les concernant ne sont pas supprimées, sauf pour ce qui concerne les verbalisateurs, les agents pénitentiaires, les travailleurs dans les institutions de protection de la jeunesse ainsi que les mandataires non professionnels (article 1c). La quatrième catégorie vise les personnes physiques représentant une personne morale ou un organe d'administration. A nouveau, l'identité est remplacée par le rôle que la personne a dans la procédure judiciaire. Enfin, les personnes physiques représentant une personne morale ou un organe d'administration et agissant dans l'exercice d'une fonction spécifique ne jouissent pas de cette anonymisation⁷¹⁷. Outre ces règles, de nombreux exemples sont donnés, permettant de cadrer fortement le processus d'anonymisation.

⁷¹⁵ *Ibidem*. La notion de « personne absolue de l'histoire contemporaine » semble être typiquement allemande. Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne*, req. 40660/08 et 60641/08, l'arrêt reprend l'expression issue des juridictions allemandes.

⁷¹⁶ Voy. les références citées par B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 59.

⁷¹⁷ A cet égard, voy. un intéressant arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui relève que « [l]a protection de la vie privée de personnes ne peut pas être invoquée comme raison du refus de délivrer une copie d'un jugement dans la mesure où le jugement a été rendu dans un différend entre personnes morales et qu'il n'existe aucune indication concrète pouvant conduire à une violation de la vie privée des personnes. Le droit à une copie d'un jugement peut être détourné de son but, notamment lorsque, au mépris de tout intérêt pour la justice et l'application du droit, l'intention est de révéler des informations personnelles figurant dans une décision judiciaire. Il existe en l'espèce des dispositions d'interdiction spécifiques telles que l'art. 80 de la loi sur la protection de la jeunesse, l'art. 1270 C. jud. concernant les débats en matière de divorce et l'art. 378bis C. pén. concernant la publication et la diffusion d'informations de nature à révéler l'identité de victimes d'attentat à la pudeur et de viol » (Anvers, 22 mai 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 970 ; *A&M*, 2000/3, p. 324 ; *Juristenkrant*, 2000/12, p. 4).

Au Danemark, la diffusion des décisions judiciaires en ligne est, à l'heure actuelle, en projet. L'*e-justice* n'est donc pas encore une réalité tangible. Cependant, les trois projets principaux supportés par l'administration danoise de la justice sont convergents dès lors qu'ils soutiennent que l'instauration de bases de données constituées de la jurisprudence danoise doit inévitablement impliquer l'anonymisation des décisions⁷¹⁸.

D'autres Etats membres disposent de législation imposant la diffusion de la jurisprudence. En Autriche, par exemple, une loi impose la diffusion sur internet de l'ensemble des décisions de la Cour suprême ainsi que des décisions d'autres juridictions considérées par la Cour suprême comme importantes⁷¹⁹.

C. L'anonymisation : bonne ou mauvaise idée ?

116. - L'anonymisation, une fausse bonne idée ? Sans entrer dans de larges considérations, celles-ci étant notamment présentées ci-après⁷²⁰, il paraît intéressant de pointer quelques critiques relatives au recours systématique et général à l'anonymisation des décisions de justice⁷²¹, proposées par certains auteurs⁷²².

Bénédicte Fauvarque-Cosson pointe deux inconvénients pratiques.

⁷¹⁸ Voy. le document disponible sur le site du Conseil judiciaire danois, <http://www.domstol.dk/om/otherlanguages/english/transparency/publicdatabaseofjudgments/Documents/Overvieu%20of%20current%20Danish%20e-Justice%20projects.pdf> (consulté le 16 janvier 2018). Le point 7 indique que ceci : « [e]stablishment of an online legal database with decisions from all first and appeal instance courts as well as the Supreme Court. Access to the database is planned to be free of charge and the decisions will be made available in anonymous form ».

⁷¹⁹ Voy. les références aux textes autrichiens cités par M. VAN OPIJNEN, « Court Decisions on the Internet: Development of a Legal Framework in Europe », *op. cit.*, p. 35

⁷²⁰ Voy. *infra*.

⁷²¹ Ce caractère systématique est plébiscité notamment par J.-P. MASSON, « L'anonymisation des parties dans les décisions de justice publiées », *J.T.*, 2016, p. 11. L'auteur évoque néanmoins l'existence d'exceptions.

⁷²² Outre les auteurs cités, voy. W. DAVIDS, W. THOMASSEN, « Publication of Judgements on the Internet », in S. BREITENMOSER, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, *Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 1194 ; E. GEFFRAY, « L'ouverture des données judiciaires, attentes et initiatives. Anonymisation et pseudonymisation, quelle exigence pour quelle protection ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016*, 27 février 2017, p. 41 ; F. LEPLAT, « « Décisions de justice publiées sur Internet : pour le droit à l'anonymisation sur simple demande », *op. cit.* ; J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *op. cit.*, p. 447 ; B. DOCQUIR, « Quelques observations complémentaires sur la publication des décisions », *J.T.*, 2019, p. 451, n° 5.

Le premier concerne l'usage dans la dénomination des décisions de justice. En effet, le recours aux noms des parties pour déterminer les décisions judiciaires constitue une tradition bien établie dans la plupart des systèmes juridiques. Ainsi, « [c]onnaître le nom des parties incite à s'intéresser aux faits de l'espèce parce que l'on est face à une "vraie" affaire. Au-delà de l'avantage mnémotechnique [...], il ne faut pas négliger la dimension sociologique et symbolique du procès : la justice n'est pas désincarnée, elle concerne des vraies personnes, qui ont un nom. Il est marquant, pour une société, et pour sa mémoire collective, d'avoir connaissance d'une décision identifiable »⁷²³. Cet inconvénient ne paraît toutefois pas insurmontable. Certes, l'usage est bien ancré, mais il peut être modifié sans trop de difficulté.

En outre, comme l'évoque l'auteure elle-même dans son second inconvénient⁷²⁴, l'anonymisation pourrait parfaitement bien ne pas être systématisée à l'ensemble des décisions de justice. La CNIL relève à cet égard que « certaines décisions "faisant jurisprudence" sont susceptibles de concerner des faits relevant de l'intimité de la vie privée des personnes. De surcroît, l'application du principe du droit à l'oubli ne doit pas dépendre de l'intérêt de la décision concernée ou encore de la nature du contentieux [...] mais doit s'appliquer, sans distinction, à l'ensemble des justiciables »⁷²⁵. Et de poursuivre en rappelant non seulement que l'anonymisation ne vaut pas pour les recueils papier, mais aussi qu'« [i]l convient d'apprécier ici les intérêts en cause : d'un côté, une aide à la mémorisation et à l'utilisation des décisions de justice, de l'autre, le nécessaire respect, au bénéfice des personnes concernées, du droit à l'oubli et du droit à la vie privée ». En outre, des critères et lignes directrices pourraient être mises en place afin d'encadrer la procédure. Cette dernière pourrait aussi ne s'appliquer qu'en cas de demande de la part d'une des parties au procès, moyennant une sérieuse motivation⁷²⁶. Une telle anonymisation est en réalité fondée sur le droit d'opposition, tel qu'il figurait dans la directive 95/46/CE relative aux données à caractère personnel⁷²⁷. La CNIL n'est cependant pas

⁷²³ B. FAUVARQUE-COSSON, « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu'où anonymiser les décisions de justice ? », *op. cit.*, p. 61. Dans le même sens, voy. A. PERDRIAU, « "L'anonymisation" des jugements civils », *op. cit.*, n° 26. Voy. aussi le bilan fait par la CNIL en 2006 sur l'application de la délibération de 2001 : « [i]l a été relevé qu'une anonymisation générale des décisions de justice librement accessibles sur internet, sans prendre en compte l'importance jurisprudentielle des décisions, est susceptible de constituer un frein aux recherches de jurisprudence et à la connaissance de celles-ci par les praticiens du droit et les justiciables ».

⁷²⁴ *Ibidem*. Les deux inconvénients paraissent, en réalité, extrêmement liés.

⁷²⁵ Bilan fait par la CNIL en 2006 sur l'application de la délibération de 2001.

⁷²⁶ A. PERDRIAU, « "L'anonymisation" des jugements civils », *op. cit.*, n° 29. L'auteur considère que la systématisation de l'anonymisation est excessive, et qu'il conviendrait de dissimuler l'identité de certains justiciables qu'exceptionnellement (n° 31).

⁷²⁷ A. DEBET, « Anonymisation des décisions de justice – Une sanction de la CNIL contre une base de données de jurisprudence validée par le Conseil d'Etat », *op. cit.* Dans cette directive, le droit d'opposition était soumis à de sérieuses motivations, l'article 14, alinéa 1^{er}, a), indiquant que l'opposition peut être requise « pour des raisons

favorable à la mise en œuvre d'une anonymisation à la demande, arguant notamment que les justiciables – qui devrait accomplir une démarche pour obtenir l'anonymisation – ne sont pas toujours conscients des dangers inhérents à la diffusion sur internet⁷²⁸. Enfin, l'anonymisation ne semble pas pouvoir entraver la liberté de la presse de proposer des comptes rendus des procédures judiciaires en cours, à charge éventuellement pour les parties de requérir, de la part des médias, l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques, dont il sera question dans la deuxième partie de cette thèse⁷²⁹.

Une autre critique majeure est faite au processus d'anonymisation des décisions de justice. Pour André Perdriau, « une anonymisation n'est efficace que si elle ne laisse subsister aucun élément permettant l'identification de la personne en cause. Il ne suffit [donc] pas de supprimer les nom et prénoms de celle-ci, ni tout ce qui a trait à son état civil, sa profession et son adresse ; il faut occulter toutes les circonstances de fait, de temps et de lieu qui pourraient faire découvrir de qui il s'agit. Pour ne pas aboutir au caviardage ou à la réécriture de la décision, au risque de la rendre incompréhensible dans les affaires où il y a une multitude de parties, ou de la dénaturer, il conviendrait donc de mettre en place un système de conversion très sophistiqué »⁷³⁰. Un rapport relatif à l'*open data* des décisions de justice pose exactement le même constat : « [l']anonymisation d'une décision de justice suppose donc de garantir, au regard des moyens susceptibles d'être employés – en l'état actuel des technologies mais, surtout, en tenant compte des perspectives technologiques futures – que les personnes concernées par les décisions ne soient plus susceptibles d'être identifiées directement ou indirectement, selon un processus qui empêche cette identification de manière irréversible. Or, l'application de ces règles aux décisions de justice montre qu'il est quasiment impossible de satisfaire à ces conditions, sauf à retirer de la décision l'essentiel de son contenu et à porter atteinte à son intelligibilité et à sa motivation, exigences fondamentales du droit à un procès équitable. Les décisions de justice sont en effet des documents comportant des éléments de texte très construits. Elles contiennent un nombre très important de données réidentifiantes, particulièrement au sein de la motivation de la décision, qui comprend de nombreux éléments

prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière ». Le RGPD, dans son article 21, § 1^{er}, relatif au droit d'opposition évoque « des raisons tenant à sa situation particulière ».

⁷²⁸ Bilan fait par la CNIL en 2006 sur l'application de la délibération de 2001. L'autre argument en défaveur de cette approche est le fait qu'elle « ferait reposer sur les juridictions concernées et non sur le diffuseur la charge de gérer la procédure relative aux demandes d'anonymisation ».

⁷²⁹ Voy. *supra*.

⁷³⁰ Voy. A. PERDRIAU, « "L'anonymisation" des jugements civils », *op. cit.*, n° 27. Dans le même sens, L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, p. 36, n° 51.

de contexte pouvant conduire, notamment par des croisements avec d'autres bases de données, à une réidentification des personnes »⁷³¹.

117. - La pseudonymisation, la solution idéale ? Cette critique revient en réalité à plaider pour une pseudonymisation des décisions de justice⁷³². Le processus permet de complexifier l'identification des personnes sans pour autant la rendre tout à fait impossible. Il permet d'assurer une certaine lisibilité de la décision, tout en garantissant une protection de la vie privée. Certes protection n'est certes pas totale, mais apparaît proportionnelle au regard du principe relatif à la publicité des décisions. La pseudonymisation permet en outre de restreindre l'impact des moteurs de recherche sur le droit à la vie privée lorsqu'une recherche est effectuée à partir des nom et prénom d'une personne. En supprimant l'identité, l'objectif est déjà largement atteint, sans devoir supprimer l'ensemble des considérations factuelles et identifiantes de l'affaire. Il n'est pas question de nier une décision judiciaire prononcée, mais simplement d'en atténuer son impact compte tenu des possibilités qu'offrent le numérique et ses outils de recherche. André Perdriau poursuit son raisonnement en précisant que ce système sophistiqué a un coût économique non négligeable. Il rejoint sur ce point d'autres auteurs. La systématisation de cette procédure, quelle que soit son ampleur, constitue économiquement un obstacle qualifié d'« insurmontable »⁷³³. Cet argument économique n'est pas pris en compte par Julie Mont, à raison. Il paraît difficilement justifiable que des considérations purement économiques aboutissent à restreindre la protection de la vie privée et des données à caractère personnel⁷³⁴. Cette auteure préconise la mise en place d'une pseudonymisation systématique intervenant à la suite du prononcé du jugement, soutenant qu'« [à] l'heure du développement croissant des nouvelles technologies et de la réflexion autour d'une justice robotisée, il ne semble pas unimaginable qu'un logiciel puisse, *ex-post*, analyser les décisions rendues et effacer les données à caractère personnel, en les pseudonymisant »⁷³⁵.

⁷³¹ L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, p. 36, n° 51. Dans le même sens, E. LESUEUR DE GIVRY, *La question de l'anonymisation des décisions de justice*, *op. cit.*

⁷³² Voy. à cet égard, J.-P. BUYLE, A. VAN DEN BRANDEN, « La robotisation de la justice », in H. JACQUEMIN, A. DE STREEL (coord.), *L'intelligence artificielle et le droit*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 274 à 276. Ces auteurs évoquent l'anonymisation *de minimis* et l'anonymisation complète, reprenant en réalité la distinction entre la pseudonymisation et l'anonymisation.

⁷³³ F. LEPLAT, « Décisions de justice publiées sur Internet : pour le droit à l'anonymisation sur simple demande », *op. cit.* Elle n'est peut-être pas si insurmontable que cela dès lors que plusieurs États européens l'applique.

⁷³⁴ La Cour de justice de l'Union européenne l'a d'ailleurs clairement indiqué dans son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014 (voy. *infra*).

⁷³⁵ J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *op. cit.*, p. 448.

§ 3. D'autres limites à la publicité des décisions de justice

118. - Introduction. Des circonstances particulières ont amené les législateurs à adopter des dispositions en vue de restreindre la relation d'événements et de faits constitutifs d'infraction. Divers objectifs peuvent expliquer ces textes, mais ils sont la plupart du temps mus par la volonté de protéger la vie privée et l'intimité d'un individu. En restreignant « à la source » la diffusion de ces informations, le législateur permet concrètement d'assurer un droit à l'oubli ou à la discrétion de ces personnes, bien que l'on soit ici dans une temporalité différente. Ces réglementations comprennent notamment certaines dispositions pénales qui ont été développées ci-avant⁷³⁶. Les lois d'amnistie, par exemple, sans imposer l'anonymisation « vont jusqu'à interdire le rappel des actes commis, ce dont il résulte que les jugements faisant état devraient, pour le moins, passer sous silence les noms de leurs auteurs »⁷³⁷. D'autres dispositions peuvent encore être citées.

A. En Belgique

119. - Introduction⁷³⁸. Dans certains cas précis, la loi interdit la diffusion de la jurisprudence. Cela concerne plusieurs types de justiciables. L'objectif de ces règles particulières réside dans la protection de ces personnes, généralement considérées comme plus fragiles, qu'il y a lieu de protéger davantage contre une publicité à outrance, souvent dommageable.

120. - La protection des victimes d'attentat à la pudeur. L'article 378bis du Code pénal vise les victimes d'attentat à la pudeur. Il précise que « [l]a publication et la diffusion par le livre, la presse, la cinématographie, la radiophonie, la télévision ou par quelque autre manière, de textes, de dessins, de photographies, d'images quelconques ou de messages sonores de nature à révéler l'identité de la victime d'une infraction visée au présent chapitre sont interdites, sauf si cette dernière a donné son accord écrit ou si le procureur du Roi ou le magistrat chargé de l'instruction a donné son accord pour les besoins de l'information ou de l'instruction ».

⁷³⁶ Voy. *supra*.

⁷³⁷ Voy. A. PERDRIAU, « "L'anonymisation" des jugements civils », *op. cit.*, n° 14.

⁷³⁸ Les développements proposés sont tirés de F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, pp. 506 à 508, n° 722 à 725.

Quelques décisions jurisprudentielles s'appuient sur ce fondement. La Cour de cassation, en 1964, a précisé que « le non-respect de l'article 378bis ne constitue pas un délit de presse car la publication de l'identité d'une victime ne peut être considérée comme l'expression d'une opinion »⁷³⁹. Quant à la Cour d'appel de Bruxelles, elle énonce que la simple négligence permet d'établir la culpabilité, dès lors que cette négligence permet d'identifier une personne⁷⁴⁰. Allant dans un sens identique, le Tribunal correctionnel de Bruxelles a précisé que « [l]art. 378bis C. pén. a pour objectif de garantir l'anonymat de la victime d'un fait de mœurs. Lorsque, dans le cours d'une émission, sont utilisées des images d'enfant et que le commentaire qui les accompagne a pour conséquence qu'ils sont reconnaissables, au moins par leurs camarades d'école et par leur famille, les auteurs de l'émission n'ont absolument pas garanti l'anonymat des victimes mineures. La diffusion de ces images cause un dommage aux victimes. Le dol spécial n'est pas requis à cet effet »⁷⁴¹.

121. - La protection dans les cas de divorce. L'article 1270 du Code judiciaire énonce qu'en matière de divorce pour cause de désunion irrémédiable, la « [r]eproduction des débats par voie de presse est interdite » sous peine de sanction pénale. En outre, l'article 757, § 2, 11°, du Code judiciaire précise encore que les procédures judiciaires relatives notamment au divorce pour cause de désunion irrémédiable se déroulent en chambre du conseil, celle-ci siégeant à huis clos. « Toutefois, le juge peut, en tout état de cause, en fonction des circonstances, ordonner la publicité des débats soit d'office, soit à la demande du ministère public ou d'une partie à la cause » (article 757, § 3, du Code judiciaire).

122. - La protection des mineurs. Enfin, les mineurs sont jugés par le Tribunal de la jeunesse. Celui-ci « connaît des réquisitions du ministère public à l'égard des personnes poursuivies du chef d'un fait qualifié infraction commis avant l'âge de dix-huit ans accompli »⁷⁴². Selon l'article 57 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par

⁷³⁹ Cass., 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 697. Cet enseignement a été rappelé plus récemment par plusieurs juridictions de fond : voy., parmi d'autres, corr. Nivelles (2^{ème} ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 191, note H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken: een stand van zaken ».

⁷⁴⁰ Bruxelles, 8 mars 1995, *KIDS* III, 3.9.1., p. 27. Voy. encore Bruxelles, 7 mars 1995, *R.W.*, 1995-1996, col. 232.

⁷⁴¹ Corr. Bruxelles, 25 juin 1993, *KIDS* III, 3.9.1., p. 17. Voy., pour une affaire plus récente relative à la révélation de l'identité d'une victime d'un fait de mœurs par un journal, cette victime étant en outre la fille d'un homme politique : civ. Bruxelles (réf.), 29 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 482.

⁷⁴² M. PREUMONT, *Mémento du droit de la jeunesse*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 195.

ce fait⁷⁴³, « [l]e Tribunal de la jeunesse peut à tout moment, au cours des débats, se retirer en chambre du conseil pour entendre, sur la personnalité [du mineur], les experts et les témoins, les parents, tuteurs ou personnes qui ont la garde [de ce mineur] ». En outre, afin de protéger les mineurs, l'article 433bis, alinéa 1^{er}, du Code pénal interdit « [l]a publication et la diffusion au moyen de livres, par voie de presse, par la cinématographie, par la radiophonie, par la télévision ou par quelque autre manière, du compte rendu des débats devant le Tribunal de la jeunesse, devant le juge d'instruction et devant les chambres de la Cour d'appel compétentes pour se prononcer sur l'appel introduit contre leurs décisions ». L'alinéa 3 ajoute que « [l]a publication et la diffusion, par tout procédé, de textes, dessins, photographies ou images de nature à révéler l'identité d'une personne [mineure] poursuivie [...] sont également interdites ». Le non-respect de ces interdictions est sanctionné pénalement « d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de trois cents euros à trois mille euros ou d'une de ces peines seulement » (article 433bis, alinéa 4).

123. - La protection des personnes condamnées depuis plus de six mois. La protection particulière pour des personnes condamnées depuis plus de six mois est inscrite dans des propositions de loi qui n'ont pas été atteintes la fin du processus législatif⁷⁴⁴. Il importe cependant de les développer en ce que deux d'entre elles évoquent directement le droit à l'oubli⁷⁴⁵.

Ces propositions de loi ont toute pour objectif de compléter l'article 587 du Code judiciaire. Cette disposition reprend les matières dans lesquelles le président du tribunal de première instance statue comme en référé, cette compétence particulière lui permettant notamment « de requérir la protection des droits subjectifs menacés »⁷⁴⁶. C'est précisément le droit à la présomption d'innocence qui est visé dans ces trois propositions puisque le président du tribunal de première instance deviendrait compétent pour statuer « sur les demandes de

⁷⁴³ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

⁷⁴⁴ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001 ; proposition de loi du 30 avril 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire, *Sén.*, sess. ord. 2006-2007, n° 2459/1.

⁷⁴⁵ Il s'agit des deux premières propositions citées dans la note précédente.

⁷⁴⁶ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001, p. 6 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001, p. 7 ; proposition de loi du 30 avril 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire, *Sén.*, sess. ord. 2006-2007, n° 2459/1, p. 4.

rectification, de cessation ou de retrait introduites à la suite de la publication ou de la diffusion de textes ou d'images entraînant la violation du principe de la présomption d'innocence ou une violation inutile du droit à l'oubli des personnes condamnées depuis plus de six mois »⁷⁴⁷.

Dans les propositions de loi, il est indiqué que cette protection du droit à l'oubli ne vaut que pour une publication ou une diffusion considérée comme étant inutile, c'est-à-dire comme n'étant pas justifiée par l'intérêt général.

B. En France

124. - Les protections des justiciables. Des dispositions semblables à celles consacrées par le législateur belge existent en France.

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁷⁴⁸ énumère une série d'interdiction de publication, essentiellement destinée à la presse. L'article 38, alinéa 1^{er}, indique qu'« [i]l est interdit de publier les actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique et ce, sous peine d'une amende de 3 750 euros ». L'article 39 érige en infraction pénale le fait de diffusion des informations relatives à des procès en diffamation toute diffusion relative à des procès en diffamation lorsque l'imputation concerne la vie privée d'une personne. Il en est de même pour les débats et les « pièces de procédures concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement ». L'article 39 poursuit cependant en soulignant que l'interdiction « ne s'applique pas au dispositif des décisions, qui peut toujours être publié », et que « [l]es dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux publications techniques à condition que soit respecté l'anonymat des parties ». L'article 39bis ajoute encore des interdictions relatives à la diffusion de l'identité « d'un mineur ayant quitté ses parents, son tuteur, la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié ; d'un mineur délaissé [...] ; d'un mineur qui s'est suicidé ; [ainsi que] d'un mineur victime d'une infraction ». Des restrictions sont encore appliquées pour les personnes ayant fait l'objet d'une adoption plénière (article 39quater), d'une agression

⁷⁴⁷ La proposition de loi datant du 30 avril 2007 se limite à la violation du principe de la présomption d'innocence, sauf faire aucune allusion au droit à l'oubli.

⁷⁴⁸ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.*, 30 juillet 1881, p. 4201.

sexuelle (article 39^{quinquies}), ainsi que l'ensemble des personnes dont l'anonymat est requise « pour des raisons de sécurité » (article 39^{sexies}). Dans sa Délibération du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence, la CNIL rapporte que « [l]'énumération de ces contentieux particuliers souligne, à elle seule, la relative ancienneté de ces dispositions dérogatoires au droit commun qui, pour la plupart d'entre elles, sont intégrés à la loi sur la liberté de la presse et datent de plus de cent ans ». D'autres textes prévoient encore, dans des cas particuliers, des interdictions de diffusion d'informations relatives à des faits constitutifs d'infraction⁷⁴⁹. Ces cas d'anonymisation ne couvrent cependant pas toutes les situations où l'honneur et la considération d'une personne sont atteints⁷⁵⁰.

Enfin, l'article 131-10 du Code pénal français organise comme peine complémentaire l'« affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ». L'article 131-35, alinéa 3, du même Code poursuit en précisant fort utilement que « [l]'affichage ou la diffusion de la décision ou du communiqué ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit ».

Section 2. L'oubli en droit des obligations

125. - L'oubli dans les mécanismes de rétroactivité. Outre la prescription dont il a déjà été question dans la partie relative à l'oubli et au droit pénal⁷⁵¹ et dont il sera encore question dans les développements relatifs à l'écoulement du temps et à ses impacts juridiques⁷⁵², trois autres figures juridiques propres au droit des obligations permettent si pas de voir clairement, au moins

⁷⁴⁹ Voy. A. PERDRIAU, « “L'anonymisation” des jugements civils », *op. cit.*, n° 14. L'auteur remarque, fort justement, que « [c]ertaines prescriptions sont dues à la pudibonderie d'un temps passé, ou à l'opprobre qu'on attachait à la rupture du lien conjugal ou à l'avortement, et qui paraît bien démodée à une époque où le divorce est banalisé et l'interruption volontaire de grossesse admise. Et que dire de l'obsolescence de celles concernant les maladies vénériennes, alors qu'il n'est aucunement question du SIDA ! Mais ce qui paraît le plus anachronique, ce sont les précautions édictées pour dissimuler tous les secrets de famille, ou d'alcove, tandis que les médias ne cessent, aujourd'hui, de ressasser les récits des amours princières ou de parler de la postérité supposée de célébrités » (n° 16).

⁷⁵⁰ C. BOURGEOS, « Réflexions à propos de l'anonymisation des décisions de justice publiées sur support numérique », *op. cit.* L'auteur pense « aux personnes surendettées, aux commerçants en faillite, ou aux employés licenciés pour faute ».

⁷⁵¹ Voy. *supra*.

⁷⁵² Voy. *infra*.

d'entrevoir une trace de l'oubli : la théorie des nullités, la rescision et le mécanisme de la résolution. Globalement, c'est dans les effets de ces concepts que se matérialise cette trace. Ces figures juridiques présentent des effets rétroactifs, impliquant la fiction que la convention n'a jamais existé. En ce sens, c'est bien un « effacement » de la convention et des obligations qui en découlent, et donc d'une certaine façon, un oubli qui en est la conséquence.

C'est peut-être avec audace qu'un rapprochement entre des figures juridiques du droit privé et l'oubli peut être proposé. A travers la rétroactivité qui est assortie à celles-ci, il semble pouvoir trouver une trace, certes ténue, mais réelle d'une façon d'oublier. Oublier un contrat, voire plus ponctuellement oublier une clause contractuelle. Cependant, cet oubli se fonde sur les tumultes de la vie d'un contrat, ces bouleversements intervenant tantôt au moment de la formation de ladite convention, tantôt au moment de son exécution. L'oubli constitue une réelle sanction à un manquement.

En outre, le droit privé n'est pas totalement étranger aux formes juridiques que peut prendre l'oubli en droit des médias et de la communication. En effet, la mise en œuvre d'un des droits à l'oubli évoqués dans cette étude passe par l'application d'une action en responsabilité extracontractuelle. L'article 1382 du Code civil et l'application des trois conditions demeurent, en droit belge, le seul moyen pour concrétiser des atteintes à certains droits fondamentaux, tels que le droit à la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée.

Chapitre 4. L'oubli en droit des médias et de la communication

126. - Introduction. Ce dernier chapitre évoque plus particulièrement l'oubli en droit des médias et de la communication. Quelques éclaircissements peuvent être apportés sur l'influence que les médias peuvent avoir sur la mémoire et sa perception (Section 2), ce dernier élément permettant de justifier l'existence de formes juridiques de l'oubli en droit des médias et de la communication (Section 3). Préalablement, il est intéressant de revenir sur la définition du terme média, celui-ci conditionnant le champ d'application des droits à l'oubli analysés (Section 1^{ère}).

Section 1^{ère}. Définir des concepts clés

127. - Introduction. Afin de permettre une compréhension sans ambiguïté des développements ultérieurs, il paraît primordial d'apporter quelques éclaircissements sur certains concepts importants⁷⁵³. En effet, cette étude s'inscrivant dans le cadre du droit des médias et de la communication, il y a lieu essentiellement de s'accorder sur la réalité du terme « média » notamment au regard d'un autre concept, la « presse ». Cet examen permet de baliser l'ampleur des recherches, les consécutions juridiques de l'oubli n'étant analysées en profondeur que dans cette branche du droit.

128. - Média et presse : des synonymes ? Les termes *média* et *presse*, dans leur usage courant, semblent souvent être perçus comme interchangeables. Cependant, ils ne peuvent être considérés comme de parfaits synonymes. La distinction s'avère essentielle, notamment dans le cadre du champ d'application des différentes consécutions juridiques que proposées de l'oubli. En effet, la thématique générale de cette étude porte sur ses consécutions en droit des médias et de la communication, et non simplement dans le domaine du droit de la presse.

⁷⁵³ La nécessité de définir plusieurs concepts s'explique, comme le fait correctement remarquer François Heinderyckx, par l'absence, dans les sciences humaines de la rigueur terminologique qui caractérise certaines sciences exactes. « Chaque auteur, chaque théoricien, développe son propre vocabulaire, attribue aux mots qu'il utilise une signification précise, mais ne correspond pas nécessairement à celle attribuée par d'autres. Cette souplesse fait la richesse des sciences humaines. Elle nécessite cependant une attention particulière qui impose notamment d'arrêter une définition terminologique précise [...]. Ce préalable élémentaire à la démarche critique devrait systématiquement introduire toute forme de production scientifique affichant une quelconque prétention de rigueur » (F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, coll. Céfal SUP, Liège, Editions du Céfal, 1999, p. 9).

Cependant, bien que différentes, ces deux notions trouvent un point commun non seulement dans la difficulté à les définir, mais aussi dans leur aptitude à pouvoir être conçues de multiples façons différentes. Sans prétendre à l'exhaustivité, les définitions proposées ci-après ont vocation à présenter les acceptions qui semblent être les plus adéquates, et qui seront par conséquent reprises par la suite dans le cadre de cette recherche doctorale.

§ 1^{er}. Le média

129. - Introduction : les origines du terme *média*. Dans le langage usuel, le terme *média* est utilisé afin de qualifier un journal publié en version papier, une chaîne de télévision, une radio, un réseau social ou plus largement internet. D'emblée, on s'aperçoit que cette notion recouvre des choses à la fois semblables et différentes. Semblables parce qu'il s'agit de canaux de diffusion de l'information, différentes parce que le support de diffusion n'est pas identique. En outre, l'un de ces éléments n'est qu'un support (internet) alors que d'autres nécessitent un support pour exister (le journal écrit nécessite un support papier ou internet, la chaîne de télévision nécessite une télévision). Cependant, l'objectif de ces différents canaux de diffusion est analogue : distribuer l'information la plus largement possible. Cette conception renvoie notamment au passé récent de la notion de *média*, entendue en réalité comme une abréviation usuelle d'une expression aux origines américaines, les *mass média*⁷⁵⁴. Ceux-ci regroupent « les moyens de diffusions de masse de l'information, de la publicité et de la culture, c'est-à-dire des techniques et des instruments audiovisuels et graphiques, capables de transmettre rapidement le même message à destination d'un public très nombreux »⁷⁵⁵. Concrètement, ils se réfèrent aux journaux papier, à l'audiovisuel ainsi qu'à internet.

D'un point de vue étymologique, le terme média vient du mot latin *medium* qui signifie, entre autres, moyen, central, intermédiaire. Dans cette dernière acception, le terme *média* prend aujourd'hui, à l'heure d'internet, tout son sens lorsque l'on évoque les intermédiaires, ceux-ci

⁷⁵⁴ Voy. en ce sens les premiers termes de la recommandation Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, adoptée le 21 septembre 2011. L'expression *mass medium* apparaît dans le courant des années 20 aux Etats-Unis. Trente années plus tard, elle traverse l'Atlantique et est reprise dans la langue française. Ensuite, l'usage consacre « rapidement *medium* comme abréviation usuelle de cette expression, jusqu'à la francisation progressive du terme (d'abord par adjonction de l'accent aigu, puis par l'abandon de la terminaison latine), qui débouch[e] officiellement sur l'orthographe actuelle un *média* (pluriel : des *médias*) au début des années 80 » (F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, op. cit., p. 12). Dans le langage courant, la forme plurielle s'est donc imposée en se singularisant. Notons enfin qu'en anglais, non seulement la formulation latine semble avoir été conservée plus longtemps, mais l'abréviation ne semble pas avoir été adoptée, ou du moins, de façon moins absolue qu'en français.

⁷⁵⁵ Voy. le site du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr/lexicographie/mass-media.

permettant notamment de diffuser et stocker des informations⁷⁵⁶. Cependant, de façon plus globale, la notion de média renvoie non pas aux adjectifs repris ci-avant, mais bien aux substantifs : un média est un moyen, un média est un intermédiaire. En effet, analysé comme un moyen de diffusion, le média constitue le support intermédiaire permettant à une information détenue par une personne de trouver un écho auprès d'un plus large public. Entendus dans ce sens, la presse⁷⁵⁷ écrite, la radio ou internet s'entendent comme des médias. La notion de média présente donc une dimension englobante⁷⁵⁸.

Le sens que l'on a accordé à ce terme a évolué. Soulignons d'emblée que « [l']importation du terme *média* coïncide avec le développement, sur le modèle américain, de techniques nouvelles de diffusion »⁷⁵⁹. C'est bien l'apparition des techniques audiovisuelles qui permet à ce mot de prendre son premier sens, de sorte que les premières définitions se limitent

⁷⁵⁶ Voy., sur les intermédiaires et les questions importantes relatives à leur responsabilité, Y. POULLET, J. LEROUGE, « La responsabilité des acteurs de l'internet », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1043 à 1103 ; E. WÉRY, « Internet hors-la-loi ? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau », *J.T.*, 1997, pp. 417 à 429 ; E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Rev. Ubiquité*, 2000/5, pp. 99 à 117 ; S. PIRLOT DE CORBION, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur internet », *DAOR*, 2005/72, pp. 12 à 28 ; S. DUSOLLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'internet : un équilibre compromis ? », *R.T.D.I.*, 2007/29, pp. 269 à 272 ; K. BODARD, *Aansprakelijkheid op internet*, coll. Praktijkboek Recht en Internet, Bruges, Vanden Broele, 2011, 71 p. ; T. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, pp. 814 à 818 ; T. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in M. SALMON (dir.), *Les réseaux sociaux et le droit*, coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 123 à 150 ; E. DERIEUX, « Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'internet », in A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'internet en Europe*, coll. Idées d'Europe, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 141 à 160 ; A. STROWEL, « Responsabilité des intermédiaires sur internet : la Cour de Strasbourg propose une approche graduée », *Les Pages*, 2015/5, p. 3 ; F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 781 à 810, n° 1110 à 1140. En jurisprudence, voy., entre autres, Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. 64569/09, A&M, 2015/5-6, p. 417 note P. OMBELET, P. VALCKE, « Geen aansprakelijkheid van de uitgever die een nieuwsportaal op internet uitgeeft voor beledigingen gepost door anonieme derden » ; *R.D.T.I.*, 2015/61, p. 91, note K. LEMMENS, « Condamnation à des dommages-intérêts d'une société éditant un portail d'actualités sur internet. Je suis anonyme. Qui est juridiquement responsable de mes dires ? » ; *T. Strafr.*, 2016/4, p. 294, note K. DE SCHEPPER, C. VAN DE HEYNING, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van een internetnieuwsportaal voor zijn lezersreacties : het arrest Delfi in de Belgische strafrechtelijke context » L'arrêt faire encore l'objet des commentaires suivants : K. JANSSENS, T. DE MEESTE, « De aansprakelijkheid van nieuwswebsites na de Delfi- en Magyar-arresten van het EHRM : Much Ado About Nothing ? », *Computerr.*, 2016/2, pp. 101 à 112 ; E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualité cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *Rev. trim. D.H.*, 2016/108, pp. 953 à 981 ; P.-F. DOCQUIR, Q. VAN ENIS, « L'arrêt *Delfi c. Estonie* de la Cour européenne des droits de l'homme : un grand coup de froid pour la liberté d'expression en ligne », 7 juillet 2015, www.justice-en-ligne.be.

⁷⁵⁷ Sur la définition de ce terme, voy. *infra*.

⁷⁵⁸ Ce sens est en fait le sens commun qui a été précisé ci-avant.

⁷⁵⁹ F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, op. cit., p. 12.

à aborder ces seules techniques⁷⁶⁰. Ce n'est qu'au fil d'autres évolutions technologiques que la notion s'est, petit à petit, détachée d'un support particulier pour acquérir une certaine neutralité.

A. Les définitions du terme « média » dans la réglementation européenne⁷⁶¹

130. - Introduction. Les médias ont fait l'objet, selon la recommandation du Comité des ministres sur une nouvelle conception des médias, « d'une vaste entreprise normative du Conseil de l'Europe »⁷⁶². Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette vaste opération normative n'a pas abouti à définir la notion centrale de média. Seules quelques tentatives existent mais elles sont généralement proposées dans des textes qui, pour la plupart, sont dépourvus de force contraignante. On s'accorde cependant à considérer certains de ces textes comme du *soft law*, du « droit mou »⁷⁶³, c'est-à-dire comme appartenant à un groupe de « règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »⁷⁶⁴.

131. - Le média dans la recommandation sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias. Le premier texte que l'on peut mentionner est la recommandation du Comité des ministres aux Etats membres sur le droit de réponse dans le nouvel

⁷⁶⁰ Par exemple, une définition de 1975 définit le *média* comme un « [e]nsemble de techniques d'information des masses, c'est-à-dire principalement les moyens de communication audiovisuels, tels que télévision, radio, cinéma, qui permettent de toucher le public le plus vaste » (définition reprise du Dictionnaire Quillet, citée par F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, op. cit., pp. 12 et 13).

⁷⁶¹ Sont repris sous ce titre tant les textes pertinents adoptés par les organes de l'Union européenne que les textes pertinents adoptés par des organes du Conseil de l'Europe. Les institutions adoptant ces textes ne sont, bien évidemment, pas les mêmes. De même, les champ d'application de ces textes, notamment territoriaux, ne sont pas identiques.

⁷⁶² Recommandation Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, adoptée le 21 septembre 2011, § 4. Le but de cette réglementation est, non pas tant de définir la notion, que de « garantir la plus haute protection possible de la liberté des médias et de fournir des repères en ce qui concerne les devoirs et responsabilités des acteurs concernés ».

⁷⁶³ Sur cette notion, voy. M. A. AILINCAI (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*, coll. Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Paris Pedone, 2017, 318 p. Voy. aussi l'ouvrage collectif (en plusieurs tomes) relatif aux sources du droit dans lequel plusieurs contributions abordent le *soft law* : Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles-Limal, FUSL-Anthemis, 2013.

⁷⁶⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1039, cité par F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. D.H.*, 2012/92, p. 437.

environnement des médias⁷⁶⁵. Il définit le terme « medium » comme désignant « tous moyens de communication destinés à la diffusion périodique auprès du public d'informations éditées, en ligne ou hors ligne, tels que les journaux, les écrits périodiques, la radio, la télévision et les services d'actualités basés sur l'Internet ». L'exposé des motifs de ce texte ajoute quelques précisions complémentaires et propose une définition sensiblement différente en soutenant que le terme « medium » rassemble « tout moyen de communication classique, notamment la presse, la radio et la télévision, ainsi que tout service qui est édité et destiné au public ». Ce texte poursuit en soulignant que la définition proposée « comprend les sites web qui sont édités au sens journalistique, mais pas les informations de nature privée, qui ne peuvent être considérés comme servant à former l'opinion publique. Elle exclut aussi les moteurs de recherche, dont les informations sont sélectionnées de manière automatique, sans qu'intervienne aucune édition. Fondamentalement, la définition fournie, qui répond au principe de neutralité technologique, a pour but de couvrir les nouveaux types de services qui sont accessibles sur des réseaux d'accès public et analogues aux médias classiques »⁷⁶⁶.

Ces premières définitions appellent plusieurs commentaires.

Premièrement, le sens donné par la recommandation ne paraît pas pouvoir faire l'objet d'une généralisation. En d'autres termes, la définition s'inscrit dans le cadre d'un texte ayant pour objectif l'instauration d'un droit de réponse en ligne. Cela se manifeste très clairement lorsque la définition indique qu'un *medium* implique une diffusion *périodique*. Cette condition provient directement des régimes existants pour les droits de réponses écrits et audiovisuels⁷⁶⁷,

⁷⁶⁵ Recommandation Rec(2004)16 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, adoptée le 15 décembre 2004.

⁷⁶⁶ Exposé des motifs au projet de recommandation sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, CM(2004)206 addendum, 17 novembre 2004.

⁷⁶⁷ En Belgique, voy. la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 18 juillet 1961, celle-ci ayant été modifiée par la loi du 4 mars 1977 relative au droit de réponse dans l'audiovisuel, *M.B.*, 15 mars 1977. Les articles 1^{er} et 7 de la loi conditionne l'application du droit de réponse à la présence d'un écrit ou une émission périodique. Cette condition de périodicité est toutefois débattue lorsqu'il s'agit d'organiser un régime de droit de réponse sur l'internet. En Communauté flamande, le droit de réponse a toutefois été intégré aux articles 103 à 112 du décret relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009. La condition de périodicité n'y est pas reprise. Sur le droit de réponse et cette exigence de périodicité, voy., parmi d'autres, S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite, presse audiovisuelle, presse électronique*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 585 à 631, n° 810 à 881 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, coll. de thèses, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 539 à 544, n° 824 à 833 ; F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 729 à 737, n° 1047 à 1059 ; Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 400 à 435, n° 310 à 343 ; P.-F. DOCQUIR, « Le 'droit de réponse 2.0' ou la tentation d'un droit subjectif d'accès à la tribune médiatique », *Rev. droit U.L.B.*, 2007/1 (*Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*), pp. 289 à 313 ; H. JACQUEMIN, E. MONTERO, S. PIRLOT DE CORBION, « Le droit de réponse dans les médias », *R.D.T.I.*, 2007/27, pp. 31 à 66 ; F. CASAROSA, « The right of reply – The Challenge of new media », *R.D.T.I.*, 2013/51, pp.

c'est-à-dire les médias traditionnels. Il est plus surprenant que la recommandation généralise cette condition, en ce compris pour le droit de réponse en ligne. La doctrine semble largement remettre en question cette exigence, dès lors qu'elle perd toute utilité sur internet. Le sens proposé par l'exposé des motifs ne reprend d'ailleurs pas cette condition particulière.

Deuxièmement, le texte évoque la présence d'un public. Sans nul doute, et à défaut de précision complémentaire, le public s'entend d'un certain nombre de personnes intéressées par ce qui est diffusé, cet intérêt étant existant en même temps ou à des moments divers, ceci afin de ne pas exclure internet, ce qui est d'ailleurs confirmé par la définition⁷⁶⁸.

Troisièmement, il faut que la diffusion porte sur des informations *éditées*. Il semble que la définition souhaite ici distinguer plusieurs types d'informations, celles ayant été éditées par des personnes, c'est-à-dire travaillées, et celles n'ayant pas fait l'objet d'un tel traitement éditorial⁷⁶⁹. L'exposé des motifs reprend d'ailleurs ce terme pour qualifier les services fournis par les médias. En revanche, en poursuivant son raisonnement, ce texte fait à nouveau la distinction entre plusieurs types d'informations diffusées sur internet : il existe des informations ayant été *éditées au sens journalistique*, et d'autres de nature privée qui ne permettent pas de former l'opinion publique. Cette distinction est fondamentale en ce qu'elle rappelle l'activité journalistique essentielle à la formation de l'opinion publique⁷⁷⁰. L'exposé des motifs ajoute encore qu'un moteur de recherche n'effectue pas ce travail d'édition journalistique⁷⁷¹.

Quatrièmement, et pour rebondir sur les considérations qui viennent d'être évoquées, cette distinction qui est établie entre les informations servant à former l'opinion publique et celle d'ordre purement privé ne paraît pas pertinente dans le cadre relatif à la définition du terme

63 à 73 ; E. CRUYSMANS, « La protection de la réputation en ligne : droit de réponse, droit de rectification, droit à l'oubli », in C. DE TERWANGNE, Q. VAN ENIS (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'internet*, coll. Pratique du droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 369 à 418.

⁷⁶⁸ Sur la notion de public, voy. notamment la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la notion de « communication au public » en droit d'auteur (C.J.U.E., 7 août 2018, C-161/17, *Land-Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, §§ 22 à 29 ; C.J.U.E., 14 juin 2017, C-610/05, *Stichting Brein*, § 24 ; C.J.U.E., 13 février 2014, C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjörgen, Madelaine Sahlman et Piia Gadd c. Retriever Sverige AB*, § 21 ; C.J.U.E., 7 mars 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting c. TVCatchup*, §32 ; C.J.U.E., 7 décembre 2006, C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, §§ 37 à 40).

⁷⁶⁹ Sur cette notion, voy. *infra*.

⁷⁷⁰ Cette précision permet aussi de considérer que le journalisme a une réelle plus-value ce qui ne semble pas tout à fait être confirmé par la jurisprudence européenne lorsqu'elle définit – trop – largement cette notion de journalisme (voy. *infra*).

⁷⁷¹ Cet élément a d'ailleurs été confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014 (C-131/12). Voy *infra*.

medium. En effet, le texte aboutit à définir le média en fonction du contenu qu'il divulgue. Or, le média est un moyen de communication d'informations, quelles qu'elles soient. C'est pourquoi, il est difficile d'abonder dans le sens d'une exclusion des moteurs de recherche de la définition de média.

Enfin, lorsque le texte évoque le fait que des informations soient « éditées au sens journalistique », cela doit renvoyer à l'idée que les informations ont fait l'objet d'un travail d'édition, par opposition à l'information brute. L'information a, avant d'être présentée, été recherchée, analysée, recoupée, etc.

132. - Le média dans la recommandation sur la protection des mineurs et de la dignité humaine. Un deuxième texte européen définit le terme « média » : il s'agit de la recommandation du 20 décembre 2006 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne⁷⁷². Elle entend par ce terme « tout moyen de communication destiné à la diffusion en ligne auprès du public d'informations éditées, tel que les journaux, les périodiques, la radio, la télévision et les services d'actualités basés sur l'Internet ».

D'emblée, on s'aperçoit que la définition se limite à proposer une conception du média dans le cadre du champ d'application de la recommandation. En effet, cette dernière rétrécit le média aux seuls moyens de communication destinés à la diffusion d'informations *en ligne*, ces informations devant être *éditées*. En cela, et dans une perspective plus globale, elle ne peut être considérée comme totalement adéquate.

133. - Le média dans les textes relatifs à la couverture, par les médias, des campagnes électorales. Peuvent encore être citées, deux autres recommandations portant sur la couverture des campagnes électorales par les médias.

⁷⁷² Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne, *J.O.U.E.*, L 378 du 27 décembre 2006, p. 72. L'annexe I s'intitule « Orientations indicatives pour la mise en œuvre, au niveau national, de mesures dans le droit ou les pratiques nationales en vue de garantir le droit de réponse ou des voies de droits équivalentes pour les médias en ligne ».

La première date de 1999⁷⁷³ et porte sur la « presse écrite et les médias du secteur de la radiodiffusion ». La seconde, adoptée en 2007⁷⁷⁴, est en réalité une révision et une adaptation de la première compte tenu des évolutions du paysage médiatique. Dans ce texte, « [l]e terme “médias” se rapporte à ceux responsables de la création périodique d’information et de contenu et à sa diffusion pour laquelle il y a une responsabilité éditoriale, indépendamment des moyens et de la technologie utilisés pour la délivrer, qui est destinée à la réception par une proportion significative du public dans son ensemble, et qui peut avoir un impact notable sur ce dernier. Pourraient notamment être inclus la presse écrite (journaux, périodiques), les médias diffusés à travers des réseaux de communication électronique, comme le secteur de la radiodiffusion (radio, télévision et autres services audiovisuels linéaires), des services d’actualités en ligne (tels que des éditions en ligne de journaux et de bulletins) et des services médias audiovisuels non linéaires (tels que les services de télévision à la demande) ».

L’on retrouve la dimension périodique du média ainsi que la notion de responsabilité éditoriale. Il est en outre intéressant de souligner qu’internet, dans son ensemble, n’est pas considéré comme un média ; seuls le sont les services en ligne proposés.

134. - Le média dans la recommandation sur une nouvelle conception des médias. Une dernière recommandation porte sur une nouvelle conception des médias⁷⁷⁵. Dès l’entame de ce texte, le Comité des ministres rappelle l’objet des médias, ceux-ci ayant vocation à animer le débat public, enrichir le débat politique, façonner l’opinion publique, promouvoir certaines valeurs, faciliter la surveillance des affaires publiques et politiques, surveiller des questions relatives aux domaines privé ou commercial, permettre une plus grande transparence, assurer une meilleure prise en compte des responsabilités, éduquer, divertir, créer des emplois et générer des revenus (§ 1^{er}). S’appuyant sur ce prérequis, le texte aboutit à une définition englobante des médias, entendus comme « tous ceux qui participent à la production et à la diffusion, à un public potentiellement vaste, de contenus (informations, analyses, commentaires, opinions, éducation, culture, art et divertissements sous forme écrite, sonore, visuelle, audiovisuelle ou toute autre forme) et d’applications destinées à faciliter la

⁷⁷³ Recommandation R(99)15 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, adoptée le 9 septembre 1999.

⁷⁷⁴ Recommandation Rec(2007)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, adoptée le 7 novembre 2007.

⁷⁷⁵ Recommandation Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, adoptée le 21 septembre 2011.

communication de masse interactive (réseaux sociaux, par exemple) ou d'autres expériences interactives à grande échelle basées sur des contenus (jeux en ligne, par exemple), tout en conservant (dans tous les cas susmentionnés) la surveillance ou le contrôle éditorial de ces contenus » (§ 7).

Cependant, la partie la plus intéressante⁷⁷⁶ de cette recommandation est son annexe, et même plus précisément sa première partie qui a pour objectif de répondre à la question « qu'est-ce qu'un média ? ». Le texte propose non seulement des critères, mais aussi des indicateurs⁷⁷⁷, les seconds devant permettre de déterminer si les premiers sont remplis⁷⁷⁸. Alors que ces critères n'ont pas un poids équivalent (§ 11 de l'annexe), le texte peine pourtant à les hiérarchiser clairement⁷⁷⁹. Il évoque cependant le fait qu'« un service qui ne répondrait pas à certains critères tels que la finalité (critère 2), le contrôle éditorial (critère 3) ou le rayonnement et la diffusion (critère 5) risque de ne pas être considéré comme un média » (§ 11 de l'annexe)⁷⁸⁰. D'autres

⁷⁷⁶ Certes, la recommandation présente un certain intérêt en ce qu'elle développe de nombreux critères et indicateurs qu'elle réunit en un seul texte. Cependant, force est de constater qu'elle déçoit tant elle laisse de questions en suspens. Elle ne hiérarchise pas les critères et indicateurs (voy. ci-après), elle propose de nombreux concepts sans définition ou explication claire, les ouvrant à un débat quant à leur interprétation, elle évoque des éléments difficilement appréhendables dans le cadre juridique. En définitive, de nombreuses questions demeurent sans réponse. Comme le souligne Quentin Van Enis, les auteurs du texte avouent d'ailleurs ne pas clairement apporter de réponse à toutes les questions relatives à la définition du terme média (Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 247 et 248, n° 191, et spéc. note 923).

⁷⁷⁷ Le premier critère est l'intention d'agir comme un média (§§ 16 à 22 de l'annexe). Ses indicateurs sont les suivants : le fait de se présenter en tant que média, les méthodes de travail typique d'un média, le respect des normes professionnelles des médias et l'existence de dispositifs pour la communication de masse. Le deuxième critère est relatif à la finalité et aux objectifs fondamentaux des médias (§§ 23 à 28 de l'annexe). Ses indicateurs sont : le fait de produire, agréer ou diffuser du contenu de médias, le fait de gérer des applications ou plateformes afin de permettre une communication de masse ainsi que de fournir des expériences interactives à grande échelle basée sur un contenu, le fait de présenter une finalité qui correspond aux objectifs des médias, et enfin le fait de renouveler le contenu ainsi que de le mettre à jour périodiquement. Le troisième critère est le contrôle éditorial (§§ 29 à 36 de l'annexe). Ses indicateurs sont : la présence d'une politique éditoriale, le fait qu'un traitement éditorial du contenu est proposé, impliquant une approche équilibrée, et que le potentiel média est composé de rédacteurs et de journalistes. Le quatrième critère est l'adhésion aux normes professionnelles (§§ 37 à 42 de l'annexe). Les indicateurs sont : un réel engagement, la mise en place de procédures de conformité et de réclamation. Le cinquième critère est la portée du potentiel média et de sa diffusion (§§ 43 à 49 de l'annexe). Les indicateurs sont : l'existence d'une diffusion réelle, la présence d'une communication de masse, ainsi que l'obtention des ressources nécessaires pour assurer la portée du média. Le sixième critère est les attentes du public (§§ 50 à 55). Les indicateurs sont : la disponibilité du média, la garantie du pluralisme et de la diversité, sa fiabilité et sa transparence, et le respect des normes déontologiques et éthiques.

⁷⁷⁸ Les rôles et objectifs de ces éléments sont énoncés dans le texte : il s'agit de présenter « six critères, assortis d'un ensemble d'indicateurs, grâce auxquels les responsables politiques devraient pouvoir recenser les médias et les activités des médias dans le nouvel écosystème. Selon le degré de respect de ces critères, on pourra déterminer si un nouveau service de communication est un média ou obtenir une indication du lien entre une activité intermédiaire ou auxiliaire et un service de médias » (§ 10 de l'annexe).

⁷⁷⁹ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 244, n° 187. Voy. aussi la remarque de cet auteur à propos de l'ordre des critères repris dans cette annexe, cet ordre révélant l'importance donnée aux premiers critères et donc, indirectement, une certaine hiérarchie (pp. 245 et 246, n° 189).

⁷⁸⁰ L'utilisation du terme « ou » n'éclaircit pas l'éventuelle hiérarchie. On constate que ces trois critères ne sont pas cumulatifs, impliquant *de facto* une incertitude dans la détermination des critères prioritaires et fondamentaux pour pouvoir qualifier un service de média.

critères, en revanche, ne sont clairement pas déterminants (§ 11 de l'annexe) : il s'agit de l'intention (critère 1) ou des attentes du public (critère 6).

Enfin, la recommandation ne conçoit pas les intermédiaires et les auxiliaires comme des médias (§ 15 de l'annexe). Son paragraphe 6 indique qu'ils « appartiennent souvent au secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC) et englobent notamment ceux qui étaient au départ de simples hébergeurs ou fournisseurs d'accès (par exemple opérateurs d'infrastructures, de réseaux ou de plate-formes). En tant que fournisseurs de services essentiels pionniers de l'information, ces intermédiaires et auxiliaires sont parfois devenus de véritables “filtres d'accès” à l'information, qui jouent un rôle actif dans les processus éditoriaux de la communication de masse. Ces services viennent compléter, voire parfois remplacer en partie les acteurs traditionnels des médias dans ces fonctions ». Cependant, la recommandation estime que les intermédiaires et auxiliaires ne remplissent pas les « critères fondamentaux que sont le contrôle éditorial (critère 3) ou la finalité (critère 2) » (§ 15 de l'annexe).

135. - Le média dans le droit dérivé de l'Union européenne. Deux textes adoptés par les instances de l'Union européenne peuvent encore être cités.

Le premier reprend cet impact dont il est question dans le texte précité : il s'agit de la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels⁷⁸¹. A la différence des textes précités, la directive européenne définit, non pas le terme média, mais bien ce qu'elle nomme les *services de médias audiovisuels*. Le service de média audiovisuel est défini comme « un service [...] pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service est la fourniture de programmes au grand public, sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer, par le biais de réseaux de communications électroniques [...]; un tel service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée [...], soit un service de médias audiovisuels à la demande [...] » (article 1^{er}, § 1, a), i), de la directive)⁷⁸². Le considérant n° 21 de cette directive précise encore qu'« [a]ux fins de la présente

⁷⁸¹ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), *J.O.U.E.*, L 95 du 15 avril 2010.

⁷⁸² L'article 1^{er}, § 1, a), i), a fait l'objet d'une modification lors de la dernière réforme de la directive SMA. Voy. la directive 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive

directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir exclusivement les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste ». La notion d'impact fait donc partie intégrante, dans ce texte, de la définition proposée.

Le second texte de droit dérivé de l'Union européenne est le RGPD. Le considérant n° 153, sans définir en tant que tel le média, apporte des indications qui aboutissent à apporter un sens à ce terme⁷⁸³. En effet, selon un avis de la section de législation du Conseil d'Etat relatif à la loi adoptée ensuite visant à protéger les personnes physiques à l'égard du traitement de telles données – la loi complétant le RGPD⁷⁸⁴ –, « [c]onformément à la recommandation du considérant n° 153, il y a lieu [...] de préciser que, par “média”, est visé tout organe qui diffuse des informations à destination d'un public indéterminé, quels que soit le mode de communication et la forme que celle-ci adopte »⁷⁸⁵. En affirmant cela, l'avis précité va même plus loin que le prescrit du considérant n° 153.

B. Les définitions du terme « média » dans la réglementation nationale

2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *J.O.U.E.*, L 303/69 du 28 novembre 2018. Cette définition fait elle-même référence à d'autres définitions. Premièrement, on entend par réseaux de communications électroniques, « les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise » (article 2, a) de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.U.E.*, L 108 du 24 avril 2002). Deuxièmement, l'émission télévisée est définie comme « un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes » (article 1^{er}, § 1, a), e), de la directive 2010/13/UE). Troisièmement, le service de médias audiovisuels à la demande est « un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias » ((article 1^{er}, § 1, a), g), de la directive 2010/13/UE).

⁷⁸³ Il indique notamment que « [p]our tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ».

⁷⁸⁴ Voy. *infra*.

⁷⁸⁵ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', disponible à l'adresse suivante, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf>, p. 28/105.

136. - Les définitions du terme *média* dans la réglementation nationale. Les législations nationales définissant le terme média sont peu nombreuses.

En Belgique⁷⁸⁶, le décret de la Communauté française du 30 avril 2009 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique⁷⁸⁷ indique que le média est une « personne physique ou morale dont l'activité est la production et/ou la diffusion de l'information journalistique, quel que soit le support utilisé » (article 1^{er}, § 1^{er}, 2^o)⁷⁸⁸. Cette définition a été reprise, fort logiquement, par l'organe d'autorégulation journalistique compétent en Communauté française et en Communauté germanophone. Ainsi, le Code du Conseil de déontologie journalistique⁷⁸⁹ définit le média comme une « [p]ersonne physique ou morale dont l'activité est la production et/ou la diffusion de l'information journalistique, quel que soit le support utilisé »⁷⁹⁰.

137. - De quelques définitions doctrinales. A défaut d'une définition englobante issue des textes législatifs, la doctrine s'est-elle montrée plus prolixue dans cet exercice de définition ? La réponse est négative⁷⁹¹.

Selon Emmanuel Derieux, « [d]u point de vue du droit, et même si aucune définition préalable, générale et précise, n'en a véritablement jamais été proposée, relèvent des médias toutes les activités qui, au moyen de l'écrit, de la parole, de l'image, du son ou de toute autre forme de signes, contribuent, par quelque vecteur ou support que ce soit, à rendre publics des

⁷⁸⁶ Voy. au Grand-Duché du Luxembourg, la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias entend cette notion comme « tout moyen technique, corporel ou incorporel, utilisé en vue d'une publication » (article 3, 8^o de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, *Mémorial*, A – N^o 85, 8 juin 2004, p. 1202).

⁷⁸⁷ Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique, *M.B.*, 10 septembre 2009, p. 61629.

⁷⁸⁸ Cette définition est reprise par le décret de la Communauté germanophone du 25 mars 2013 portant reconnaissance et subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique (*M.B.*, 7 mai 2013, p. 26649). Le décret germanophone constitue en réalité une copie du décret adopté en 2009 par la Communauté française. La Communauté germanophone adhère ainsi à l'organisme d'autorégulation journalistique instauré en Communauté française en 2009.

⁷⁸⁹ Sur la « valeur juridique » de la déontologie journalistique en Belgique, voy. notamment E. CRUYSMANS, L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? », note sous civ. Bruges, 30 avril 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n^o 15025.

⁷⁹⁰ Code de déontologie adopté par le Conseil de déontologie journalistique le 16 octobre 2013, 2^{ème} éd.

⁷⁹¹ Outre les définitions proposées dans le texte, issues essentiellement des auteurs belges, voy. F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, op. cit., pp. 13 à 16. L'auteur propose plusieurs définitions provenant de dictionnaires, d'auteurs anglo-américains, ainsi que des classifications des médias. Voy. encore, pour quelques considérations générales autour de cette notion, D. VOORHOOF, P. VLACKE, *Handboek Mediarecht*, coll. Création Information Communication, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 14.

faits, des données, des idées, des connaissances, des sentiments, des opinions... »⁷⁹². Dans un autre ouvrage, il reprend, plus largement, cette conception : « [l]es médias (presse, radio, télévision, cinéma, livre, disque, affiche, supports multimédias, communication au public en ligne...) sont les “moyens de communication de masse” par lesquels sont diffusés, au public, les messages et les contenus, de toutes natures, indispensable à la vie sociale. Ils sont l’instrument et le lieu d’échange des idées et des opinions, de contrôle et de critique de tous les pouvoirs, sans lesquels il ne peut pas y avoir de véritable démocratie. Ils constituent un des supports essentiels de la création et de la diffusion culturelle. Tant par les informations qu’ils comportent que par la publicité qui en assure, par ailleurs, au moins une part du financement, ils sont le soutien indispensable de toute activité économique »⁷⁹³.

Pour Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe, il y lieu d’assimiler *média* et *presse*, celle-ci s’entendant comme recouvrant « tout procédé technique de diffusion de l’information qui soit de nature à multiplier, en un nombre indéterminé d’exemplaires, un même signe : texte, image, son ou autre »⁷⁹⁴. Ils poursuivent en indiquant que « les médias sont des moyens de communication de masse (*mass media*), le terme “masse” désignant l’importance du public destinataire de l’information ». Il paraît difficile de pouvoir partager cette assimilation : la conception que ces auteurs ont de la presse paraît être beaucoup trop vaste⁷⁹⁵.

Reprenant la définition proposée par le dictionnaire⁷⁹⁶, François Jongen et Alain Strowel distinguent trois types de médias. Premièrement, les médias écrits, à savoir « la presse [...] quelle que soit sa périodicité (quotidienne, hebdomadaire, mensuelle ou autre), mais aussi le livre et l’affichage » ; deuxièmement, les médias audiovisuels « qui associent en principe l’image et le son (cinéma, télévision) mais qui comprennent aussi la transmission de sons dépourvus d’images, au premier rang desquels la radio » ; et finalement « les médias dits électroniques, terme volontairement vague désignant en fait tous les médias qui ne procèdent pas exclusivement de l’une des deux familles précédentes ou qui les associent toutes les deux :

⁷⁹² E. DERIEUX, *Droit des médias. Droit français, européen et international*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 3 et 4.

⁷⁹³ E. DERIEUX, *Le droit des médias*, coll. Connaissance du droit, 5^{ème} éd., Paris, Editions Dalloz, 2013, p. 2.

⁷⁹⁴ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3^{ème} éd., Limal, Anthemis, 2012, p. 15, n° 15.

⁷⁹⁵ Voy. les développements relatifs au terme « presse », *infra*.

⁷⁹⁶ Voy. *supra*.

en réalité, c'est avant tout des diverses formes de communication véhiculées par Internet qu'il s'agit ou, par métonymie, d'internet en tant que tel »⁷⁹⁷.

Dans son étude intitulée *Une nouvelle conception des médias ?*⁷⁹⁸, Karol Jakubowicz met d'emblée le lecteur en garde considérant les nouveaux médias comme étant « au stade de développement intermédiaire de “chrysalide” : ils ne sont pas encore suffisamment matures pour avoir développé leur propre définition publique ou pour que leurs utilisateurs et le grand public en général sachent où les placer dans le système et comment les approcher, ou encore quels seront les effets de leur utilisation »⁷⁹⁹. L'auteur constate que les définitions récentes du terme *média* ont intégré une dimension de neutralité technologique afin d'obtenir une définition plus « horizontale ». Evoquant les éléments traditionnels permettant de déterminer l'existence d'un média⁸⁰⁰ – ces éléments se rapprochant des critères listés dans la recommandation sur une nouvelle conception des médias –, l'auteur estime que l'apparition des nouveaux médias oblige à remettre sur le métier la conception traditionnelle du média. Dorénavant, les médias regroupent « tous les moyens de communication, représentation et connaissance (c'est-à-dire média) dans lesquels le signal et les contenus sont numérisés, possédant une dimension de multimédialité et d'interactivité »⁸⁰¹.

138. - Vers une définition horizontale du terme *média*. Le terme *média* doit être défini largement. Globalement, dans la suite de la présente thèse, il faut entendre ce mot dans le sens donné par Emmanuel Derieux. Selon cette conception, le média est à concevoir comme un vecteur permettant à l'information d'être divulguée et de circuler. L'auteur précise que l'élément « constitutif et caractérisé des médias, c'est le fait ou l'acte de “publication” ou de mise à disposition du public »⁸⁰². Dès lors, cette notion doit s'entendre largement comme

⁷⁹⁷ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 21, n° 4.

⁷⁹⁸ K. JAKUBOWICZ, *Une nouvelle conception des médias ?*, op. cit.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 20. L'analyse faite date de 2009. Cependant, ce constat semble toujours d'actualité et pose une question sous-jacente : pourra-t-on considérer ces médias, un jour, comme étant suffisamment matures alors qu'ils sont en permanente évolution ?

⁸⁰⁰ Voici les éléments : un objectif lié à l'exercice de la liberté d'expression en vue de servir l'intérêt public, une politique éditoriale, des journalistes et des créateurs de contenu, une diffusion périodique, une communication publique, ainsi que le respect des normes professionnelles et juridiques. Les premier, deuxième et dernier critères paraissent être décisifs dans la « distinction entre une organisation des médias et des contenus lié ou apparentés aux médias » (*ibidem*, p. 12).

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 15. L'auteur reprend la définition proposée par G. CARDOSO, *The Media in the Network Society: Browsing, News, Filters and Citizenship*, Lisbonne, CIES – Centre for Research and Studies in Sociology, 2006, p. 123. Cet auteur reprenant lui-même la définition de F. COLOMBO, *Il Videogioco come Mezzo di Comunicazione*.

⁸⁰² E. DERIEUX, *Le droit des médias*, op. cit., p. 2.

regroupant la presse écrite, la presse audiovisuelle ainsi que des services de diffusion de l'information en ligne. Il paraît par conséquent nécessaire de distinguer le *média* de la *presse*, cette-dernière devant se concevoir comme un type de média. Ces moyens de diffusion et de communication peuvent être regroupés en trois familles distinctes : les médias écrits, les médias audiovisuels ainsi que les médias électroniques. Il y a lieu aussi de se détacher aussi du critère éditorial, celui-ci étant davantage pertinent pour définir les notions de journalisme et de presse.

Internet peut-il toutefois être considéré comme un média ? Il est difficile de le penser⁸⁰³. Afin de comprendre cette réponse négative, revenons brièvement à la signification réelle d'internet. Internet est l'abréviation de l'expression *International Network*, ce qui signifie le réseau international. Selon le dictionnaire *Le Larousse*, internet est le « [r]éseau télématique international, qui résulte de l'interconnexion des ordinateurs du monde entier utilisant un protocole commun d'échanges de données (baptisé TCP/IP ou Transport Control Protocol/Internet Protocol et spécifié par l'Internet Society, ou ISOC) afin de dialoguer entre eux via les lignes de télécommunication (lignes téléphoniques, liaisons numériques, câble) »⁸⁰⁴. Internet, c'est donc un réseau de réseaux « qui rend accessible au public des services divers et variés comme le courrier électronique et le World Wide Web (plus couramment appelé Web) »⁸⁰⁵. Autrement dit, internet pourrait être comparé aux fréquences ou aux câbles utilisés pour la radio ou la télévision. Il s'agit d'une voie permettant la distribution de services divers, en ce compris des médias⁸⁰⁶.

§ 2. La presse

⁸⁰³ Voy. Karol Jakubowicz qui précise qu' « internet, par exemple, est à la fois un nouveau média et une technologie avec laquelle tous les autres médias et modes de communication nous semblent vouloir interagir par la mise en place de liens analogiques ou numériques » (K. JAKUBOWICZ, *Une nouvelle conception des médias ?*, op. cit., p. 22). Il y a lieu de partager de ne pas partager son opinion.

⁸⁰⁴ <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Internet/125060> (consulté le 15 décembre 2017).

⁸⁰⁵ <https://www.cognix-systems.com/internet.php> (consulté le 15 décembre 2017). La définition se poursuit en indiquant qu' « [i]nternet ayant été popularisé par l'apparition du Web, les deux sont parfois confondus par un public non averti. En réalité, le Web est une des multiples applications d'Internet (courrier électronique, messagerie instantanée, les systèmes de partage de fichiers poste à poste...) ».

⁸⁰⁶ Voy., en ce sens, F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 91, n° 129. Analysant un arrêt de la Cour de cassation du 29 octobre 2013 (précité, voy. *infra*), les auteurs écrivent ceci : « [c]onsidérant qu'Internet est un canal de diffusion plus qu'un média en tant que tel, la Cour de cassation observe qu'il y a sur Internet tantôt des écrits – qui seront traités comme des écrits sur papier – et tantôt des produits sonores ou audiovisuels – qui seront traités comme la radio et la télévision traditionnelles, diffusées par voie hertzienne, par satellite ou par câble – ».

139. - Ne pas confondre *presse* et *médias*. Comme indiqué préalablement, *médias* et *presse* ne paraissent pas totalement correspondre. En cela, il ya lieu d'écarter la conception défendue par Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe qui affirment que « le mot “presse” est un synonyme du mot “médias” »⁸⁰⁷.

Les évolutions que ces deux notions ont connues, notamment dans leur définition respective, ont abouti, encore aujourd'hui, à des problèmes d'interprétation. Comme le précise François Heinderyckx, « [d]ans un premier temps, en effet, le champ sémantique de *presse* fut étendu afin d'englober ces nouvelles techniques de diffusion, si bien que jusque dans les années 60, la littérature parlant de *presse* évoquait parfois ce qui devait bientôt s'intituler *médias* [...]. Aujourd'hui encore, le recours au pléonastique *presse écrite* témoigne de l'ambiguïté passée et les locutions dérivées de cet ancien usage persistent : ne parle-t-on pas d'*attaché de presse* ou de *liberté de la presse* en évoquant, en fait, l'information collective voire les médias en général ? »⁸⁰⁸. Autrement dit, à l'heure actuelle, la presse est un média, la première ne pouvant dès pas être totalement confondue avec le second.

140. - Les définitions de la *presse* dans la réglementation. Peu de texte définissent la *presse*.

A l'échelle européenne, la presse est qualifiée, selon la célèbre formule de la Cour européenne des droits de l'homme, de « chien de garde de la démocratie »⁸⁰⁹. La Cour décrit la presse à travers de grands principes qui lui sont applicables. Cependant, elle ne s'est jamais risquée à un réel travail de définition de cette notion. Le terme presse n'est d'ailleurs pas repris dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, si ce n'est à l'article 6 consacrant le procès équitable afin d'accorder, à la presse, le droit d'accéder aux prétoires⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse* [...], *op. cit.*, p. 15, n° 15.

⁸⁰⁸ F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰⁹ Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. 17488/90, § 39. De très nombreux arrêts reprennent cet enseignement.

⁸¹⁰ L'article 6, § 1^{er}, précise que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la *presse* et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » (nous soulignons).

C'est bien la Cour qui, la première fois en 1979⁸¹¹, a interprété les termes de l'article 10 de la Convention – consacrant le droit à la liberté d'expression – comme s'appliquant à la presse.

A l'échelle nationale, la Constitution⁸¹² évoque à trois reprises la presse : premièrement, l'article 25 de la Constitution pose le principe de la liberté de la presse ; deuxièmement, l'article 148, alinéa 2 précise qu'« [e]n matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité » ; enfin l'article 150 qui impose le jury pour les délits de presse, hormis ceux inspirés par le racisme ou la xénophobie ». Le terme est interprété – et non défini – de façon très restrictive. Sans entrer dans de larges considérations⁸¹³, l'on peut simplement dire que mot ne renvoie qu'à la presse écrite. La Cour de cassation exclut d'ailleurs l'audiovisuel du champ de l'article 25⁸¹⁴ : « [l]es émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés. Le moyen qui, en cette branche, soutient que l'article 25 de la Constitution s'applique à de telles émissions manque en droit ». En 2012, la Cour a

⁸¹¹ Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. 6538/74. Voy. aussi la première saisine de la Cour sur le fondement de l'article 10, à propos d'une interdiction d'exercer la profession de journaliste : Cour eur. D.H., 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. 214/56. Une modification de la législation belge intervenue en 1961 (il s'agit de la loi du 30 juin 1961 relative à l'épuration civique, *M.B.*, 1^{er} juillet 1961) permet cependant à la Cour de rayer cette affaire de son rôle.

⁸¹² Outre les dispositions constitutionnelles énumérées, des précisions relatives au terme presse ont été données par des arrêtés royaux adoptés dans le cadre de la réglementation relative à la reconnaissance et à la protection du statut de journaliste professionnel (loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295). Selon l'article 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et signes d'identification à l'usage des journalistes professionnels et des entreprises de presse (*M.B.*, 21 mai 1965, p. 6137), « [i]l y a lieu d'entendre par "entreprises de presse", pour autant qu'elles se consacrent à l'information générale, les entreprises éditant des journaux quotidiens ou périodiques, les entreprises d'émissions d'informations radio-diffusées, télévisées ou photographiées, les entreprises d'actualités filmées et les agences de presse ». La notion d'« entreprise de presse » est en outre reprise dans le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 relatif aux aides attribuées à la presse quotidienne écrite francophone et au développement d'initiatives de la presse quotidienne écrite francophone en milieu scolaire, *M.B.*, 13 mai 2004, p. 38424. Compte tenu de l'objectif de ce texte, l'entreprise de presse y est définie comme « une société dont le siège social et le siège d'exploitation principal sont établis en région de langue française ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui a notamment pour objet l'édition d'un ou de plusieurs titres de presse quotidienne, diffusés à titre payant » (article 1^{er}, 3°). Enfin, un autre arrêté royal évoque les organes de presse périodique d'information spécialisée comme étant les « les journaux, revues, émissions radio-diffusées et télévisées, actualités filmées et agences de presse d'information spécialisée dans une ou plusieurs des catégories [...] » (article 3, al. 2, 1°, de l'arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et insignes d'identification à l'usage des membres de la presse périodique d'information spécialisée, *M.B.*, 21 mai 1965, p. 6139).

⁸¹³ Pour de plus amples développements sur cette interprétation, voy. F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 87 à 91, n° 125 à 129 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 312 à 317, n° 418 à 424 ; Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 34 à 99, n° 15 à 68.

⁸¹⁴ Cass. (2^{ème} ch.), 9 décembre 1981, *Arr. Cass.*, 1981-1982, p. 491 ; *Bull.*, 1982, p. 482 ; *J.T.*, 1983, p. 133, concl. E. KRINGS, note L. GOFFIN, M. MAHIEU ; *Pas.*, 1982, I, p. 482 ; *Cass.*, 2 juin 2006, *A&M*, 2006/4, p. 355, concl. DE KOSTER ; *J.L.M.B.*, 32/2006, p. 1402, obs. F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Arr. Cass.*, 2006/6-7-8, p. 1297 ; *Juristenkrant*, 2011/230, p. 9 ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302, concl. de l'Avocat Général De Koster ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-10/8, p. 320 (sommaire).

cependant témoigné d'une volonté de faire évoluer sa jurisprudence en la matière dans le cadre d'affaires portant sur l'article 150 de la Constitution. Deux arrêts adoptés le même jour ont soutenu que « [...] la propagation ou la diffusion d'une opinion punissable sur Internet peuvent constituer un délit de presse »⁸¹⁵ et que « [l]e délit de presse requiert l'expression punissable d'une opinion dans un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par procédé similaire. La diffusion numérique constitue pareil procédé similaire »⁸¹⁶. Enfin, une dernière décision datant de 2013 est venue apporter des précisions complémentaires : « [l]e délit de presse requiert l'expression punissable d'une opinion dans un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire, telle la diffusion numérique. La diffusion d'opinions punissables orales ou audiovisuelles ne constitue pas un délit de presse parce qu'il ne s'agit pas en l'occurrence de textes écrits »⁸¹⁷. Par ces différents arrêts, la Cour semble donc considérer internet comme « un canal de diffusion plus qu'un média en tant que tel »⁸¹⁸, de sorte que l'extension des principes qu'elle appliquait à la presse écrite est envisageable, tout en conservant l'exclusion des produits audiovisuels et sonores.

Ces évolutions jurisprudentielles s'inscrivent dans la même logique que les nombreuses tentatives de révisions constitutionnelles visant à « élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information »⁸¹⁹ qui n'ont pas abouti.

⁸¹⁵ Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012 (RG P.11.1374.N), A.P.T., 2012/2, p. 491 (sommaire) ; J.T., 2012, p. 505, note Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'Internet – Le temps du “délit de presse 2.0” est-il (enfin) arrivé ? » ; J.L.M.B., 2012, p. 790 ; N.j.W., 2012, p. 342, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; R.D.T.I., 2013, p. 81, note R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise ».

⁸¹⁶ Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012 (RG P.11.0855.N), A.P.T., 2012/2, p. 491 (sommaire) ; A&M, 2012/2-3, p. 253, note D. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19^{de} naar de 21^{ste} eeuw: internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers ! » ; N.j.W., 2012, p. 341, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; N.C., 2012/3, p. 223 ; Pas., 2012, p. 357 ; R.A.B.G., 2012, p. 877 ; R.D.T.I., 2013, p. 82, note R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise » ; R.W., 2012-2013, p. 144.

⁸¹⁷ Cass. (2^{ème} ch.), 29 octobre 2013, J.T., 2014, p. 391, note Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? » ; A.P.T., 2014, p. 93 (sommaire) ; N.j.W., 2014, p. 406, note E. BREWAEYS, « Persmisdrijf via Internet » ; R.A.B.G., 2014, p. 519 ; T.Strafr., 2014, p. 142, note J. VRIELINK, « Internet : spreken is zilver, schrijven is goud ? Drukpersmisdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak Belkacem » ; J.L.M.B., 2014, p. 1944 ; Pas., 2013, p. 2091 ; Rev. trim. dr. fam., 2015, p. 119 (sommaire) ; R.W., 2014-2015, p. 702 (sommaire).

⁸¹⁸ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge, op. cit.*, p. 91, n° 129. Cet enseignement de la Cour vient en outre conforter notre postulat selon lequel internet ne peut être considéré comme un média (voy. supra).

⁸¹⁹ Cet objectif est mentionné dans les déclarations de révision constitutionnelle au regard de l'article 25. Voy. les déclarations de révision de la Constitution des 24 et 25 avril 2014 (M.B., 28 avril 2014, 2^{ème} éd.), du 7 mai 2010 (M.B., 7 mai 2010, 2^{ème} éd., p. 25762), 1^{er} mai 2007 (M.B., 2 mai 2007 (2^{ème} éd.), p. 23269), 9 avril 2003 (M.B., 10 avril 2003 (2^{ème} éd.), p. 18319), 4 mai 1999 (M.B., 5 mai 1999, p. 15368), 12 avril 1995 (M.B., 12 avril 1995, p. 9251), 17 octobre 1991 (M.B., 18 octobre 1991, p. 23410), 8 novembre 1987 (M.B., 9 novembre 1987, p. 16424), 5 octobre 1981 (M.B., 6 octobre 1981, p. 12402), 14 novembre 1978 (M.B., 15 novembre 1978, p. 13998).

141. - Les définitions de la presse dans la doctrine. Gérard Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*, distingue quatre sens différents du terme⁸²⁰. Il s'agit premièrement de la presse écrite, c'est-à-dire « l'ensemble des publications imprimées et publiées, périodiques ou non ». Ensuite, la presse comprend « [l']ensemble des moyens d'information quel qu'en soit le mode d'expression (presse écrite, parlée, audio-visuelle) ». Il entend encore la presse comme les institutions, les « organes qui détiennent ces moyens », assimilant alors presse à journaliste. Enfin, la presse comprend les « informations diffusées ». Ces quatre définitions offrent un spectre très large à la notion de presse. Pourtant, aucune des définitions ne convainc totalement. En effet, la première définition pêche par son caractère restrictif. La deuxième, en revanche, s'apparente davantage au terme *média* qu'au mot *presse*. Quant à la troisième et à la dernière, elle renvoie à des conceptions tout à fait spécifiques, l'une à l'organe, l'autre au contenu.

Le dictionnaire *Le Petit Robert* conçoit la presse entre autres comme « ce que la presse typographique imprime ; impression de texte »⁸²¹, assimilant alors la presse à la « liberté d'imprimer et de diffuser ». Une autre acception proposée réduit la presse à « l'ensemble des publications périodiques et des organismes qui s'y rattachent ». L'on retrouve une condition de périodicité qui n'est pas – plus – déterminante, d'autant plus à l'heure d'internet⁸²².

Pour Koen Lemmens, la presse s'entend « comme la mise à disposition du public des informations (qu'elles soient des idées, des opinions ou des exposés de faits) par des journalistes à travers des moyens de communication »⁸²³, l'auteur évoquant une conception fonctionnelle

Pour un relevé exhaustif de toutes les déclarations précédentes – et concordantes – depuis 1978, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX, N. BONBLED, « Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points ? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision » in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles* Limal – Bruxelles, Anthemis – Université Saint-Louis, 2012, pp. 635 à 671, notes 30 et 31 ; C. DONY, « La presse, une notion que le Constituant tarde à (re)définir... », *J.L.M.B.*, 2010/3, p. 141, spéc. note 23.

⁸²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2016, p. 798, v° *Presse*.

⁸²¹ Le Petit Robert, 1996, v° *Presse*.

⁸²² La condition de périodicité est en outre une caractéristique de l'application du droit de réponse dans les presses écrite et audiovisuelle (articles 1 et 7 de la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 8 juillet 1961, la loi ayant été modifiée par une loi du 4 mars 1977 complétant la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 15 mars 1977). En Communauté flamande, le droit de réponse a toutefois été intégré aux articles 103 à 112 du décret relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009. La condition de périodicité n'y est pas reprise. La condition de périodicité fait l'objet de débats au regard du développement d'un droit de réponse sur internet (à ce propos, voy. notamment E. CRUYSMANS, « La presse en ligne et le droit », in A. DEGAND, B. GREVISSE, *Journalisme en ligne. Pratiques et recherches*, coll. Info Com, Bruxelles, De Boeck, 2012, pp. 225 à 228).

⁸²³ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 25, n° 5.

de la presse. Quentin Van Enis, dans son ouvrage *La liberté de la presse à l'ère numérique*, adhère – et développe considérablement – cette approche fonctionnelle tout en définissant plus restrictivement la notion. Il entend la presse « comme l'activité, ouverte à tous, consistant à divulguer auprès du public, par le biais d'un *quelconque* support de diffusion, des idées, des opinions ou des informations ainsi qu'à collecter de tels renseignements en vue d'une telle divulgation »⁸²⁴. Il ajoute une condition complémentaire, celle d'une intention dans le chef de celui qui divulgue : « assumer une responsabilité morale et juridique à raison du contenu qu'il diffuse à large échelle ». Cette définition est cependant trop large et recouvre davantage la liberté d'expression. D'ailleurs, l'auteur de la préface de l'ouvrage susmentionné, Etienne Montero, l'admet en exposant que « [l]e champ de la liberté d'expression se réduit à peau de chagrin dès lors qu'elle ne concerne plus que les locuteurs qui s'expriment, sans l'interposition d'un quelconque support, dans un cercle restreint »⁸²⁵. Il est impossible de suivre cette interprétation dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme fait entrer dans le champ de l'article 10 de la Convention les supports d'expression et de diffusion, sans pour autant exprimer cette vision duale entre une liberté de presse qui implique un support et une liberté d'expression qui exclut le recours à un tel support. Quant à l'élément intentionnel, il paraît difficile à mettre en œuvre, notamment si cette condition est cumulative aux autres citées dans la définition. Cela pourrait en effet impliquer qu'à défaut d'une telle intention, il y aurait, non pas usage de la liberté de la presse, mais bien de la liberté d'expression. Sur le plan du droit européen, cela n'a que peu de conséquence. Sur le plan du droit belge, et pour autant que les dispositions constitutionnelles ne soient pas modifiées, cela pourrait-il alors avoir pour conséquence une exclusion des dispositions consacrant la liberté de la presse ?

142. - Finalement, qu'est-ce que la presse ? L'analyse de cette notion, mise en perspective avec les développements proposés pour le terme *média*, nous fait douter de nos propres convictions. Faut-il adopter une vision extensive de cette notion – ce qui paraissait *a priori* hautement envisageable – ou, à l'opposé, faut-il entendre la *presse* dans un sens plus restreint ? La seconde voie semble aujourd'hui préférable.

⁸²⁴ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 703, n° 546.

⁸²⁵ *Ibidem*, p. 13. L'auteur reconnaît d'ailleurs que « [c]ette définition de la presse peut sembler excessivement large [...] » tout en justifiant ensuite la position retenue par Quentin Van Enis. Soulignons qu'Etienne Montero était le promoteur de thèse de Quentin Van Enis.

En se référant aux définitions proposées par Koen Lemmens et Quentin Van Enis, il semble qu'un regroupement des éléments présents dans chacune des définitions puisse permettre de définir adéquatement la notion de presse. Il y a lieu de concéder ne pas pouvoir s'en tenir à une notion trop restrictive en limitant la portée de la presse à ce qui fait l'objet d'une impression, ce que suggère l'étymologie de ce terme. Il faut adopter une vision transversale – à l'instar de ce qui a été proposé pour le terme *média* –, en se détachant d'un support particulier.

Ainsi, la presse serait une entreprise, ouverte à tous, visant à mettre à disposition d'un public, par le biais d'un quelconque support de communication, des informations, c'est-à-dire des idées, des opinions et/ou des exposés de faits, en assumant une responsabilité morale et juridique quant au contenu proposés. Elle peut être écrite, audiovisuelle ou électronique. Elle se distingue de l'activité journalistique⁸²⁶ en ce qu'elle est plus large. En réalité, elle englobe le journalisme, sans pour autant s'y limiter.

Rappelons, afin de répondre à notre interrogation de départ sur les sens à accorder respectivement aux termes *média* et *presse*, qu'un média se conçoit comme le support visé dans la définition précitée du terme presse, c'est-à-dire comme un vecteur de communication. La presse utilise en réalité ce vecteur pour que l'information soit *in fine* communiquée au public.

Section 2. L'influence des médias sur la (les) mémoire(s) : bref aperçu

143. - Les médias et la mémoire. Les médias entretiennent une relation paradoxale avec la mémoire. Il semble qu'à l'heure actuelle, « les études sur la mémoire ne peuvent [...] plus faire l'économie de la dimension médiatique des processus mémoriels »⁸²⁷. La tendance est en effet d'opposer les médias actuels à la mémoire : comme l'écrivent Jenifer Devresse et Geoffrey Gandjean, l'actuelle « ère médiatique serait celle de l'éphémère, de l'immédiat, du flux paradoxalement figé dans une sorte de présent perpétuel, radicalement opposée au temps long

⁸²⁶ Sur cette notion, voy. *infra*.

⁸²⁷ J. DEVRESSE, G. GRANDJEAN, « Consensus et concurrence mémorielles : un enjeu pour les médias », *Cahiers Mémoires et Politiques. Médias en jeu, enjeux de mémoire*, 2014/2, disponible à l'adresse suivante, <http://popups.ulg.ac.be/2295-0311/index.php?id=88>, p. 161. La contribution conclut une édition de la revue *Cahiers Mémoires et Politiques* réunissant divers articles relatifs à des thématiques bien précises concernant certains événements de l'Histoire et leur appréhension par les médias. Cette contribution s'appuie sur ces contributions pour tirer des conclusions plus transversales.

et à l'enracinement dans le passé »⁸²⁸. Pourtant, à bien des égards, les médias participent eux-mêmes aussi à la mémoire. Le simple fait de « critiquer le rôle des médias dans les transformations qui affectent les régimes mémoriels contemporains [...] revient paradoxalement à leur attribuer un rôle dans la construction mémorielle »⁸²⁹.

Il ne fait aujourd'hui nul doute que les médias ont un rôle à jouer – et d'ailleurs jouent ce rôle – dans la transmission d'informations, de savoir, et donc de la mémoire. Olivier Pulvar fait un constat identique en soutenant que « [l]a frénésie contemporaine pour se remémorer le passé est marquée par l'usage de moyens de communication de masse »⁸³⁰. Ils sont devenus, entre autres, des lieux de mémoire, des lieux de partage de souvenirs plus ou moins importants qui participent, peu ou prou, à la mémoire collective d'une société. Ainsi, « les médias se sont imposés comme le lieu par excellence où se diffusent et se construisent les perceptions, les représentations et les imaginaires qui forment et informent les rapports entre social et politique. Or, s'ils engagent le devenir des sociétés, ces rapports interrogent fondamentalement la relation au passé, inlassablement reconstruit pour dessiner le présent »⁸³¹. Les médias de masse ont joué un rôle essentiel notamment à travers la relation de l'actualité, des événements : ces moyens de communication permettent de porter « à la connaissance du plus grand nombre la production de la chose arrivée »⁸³². Ce constat est sans doute limpide depuis le développement d'internet, notamment dès sa version 2.0, qui permet à tout un chacun de stocker des données et les rendre disponible à un grand nombre. Les banques de données accessibles à tous, l'ensemble des archives des journaux en ligne, tout cela constitue une partie de l'histoire d'une société et donc de sa mémoire. En réalité, ce phénomène n'est pas neuf et ne doit pas être circonscrit aux seuls médias présents sur internet. Alliés incontournables dans ce processus de transmission, les médias traditionnels forment déjà de tels lieux de mémoire. Dès lors que l'Homme s'est mis à parler et ensuite à écrire, il a transmis. La mémoire s'est peinte sur des roches dans des grottes, elle s'est transmise oralement de génération en génération, elle s'est inscrite sur des papyrus et sur du papier, elle s'est figée sur des bandes audiovisuelles ou sonores, pour se retrouver aujourd'hui sur internet.

⁸²⁸ *Ibidem* p. 5. Dans le même sens, A. SCHWARTZ, S. DREYFUS, « Le numérique est-il une menace pour la mémoire individuelle et collective ? », *La Croix*, mis en ligne le 2 janvier 2012, https://www.la-croix.com/Ethique/Sciences-Ethique/Sciences/Le-numerique-est-il-une-menace-pour-la-memoire-individuelle-et-collective- NP_-2012-01-02-753137, consulté le 12 février 2018.

⁸²⁹ J. DEVRESSE, G. GRANDJEAN, « Les médias contre la mémoire ? », *op. cit.*, p. 6

⁸³⁰ O. PULVAR, « Mémoire, médiatisation et construction des identités », *Etudes caribéennes*, mis en ligne le 15 décembre 2006, www.etedescaribeennes.revues.org/390, consulté le 5 novembre 2017.

⁸³¹ J. DEVRESSE, G. GRANDJEAN, « Les médias contre la mémoire ? », *op. cit.*, p. 5.

⁸³² O. PULVAR, « Mémoire, médiatisation et construction des identités », *op. cit.*, p. 4/8.

144. - Les impacts des médias sur la mémoire. Dans un ouvrage intitulé *Usages de l'oubli*, l'un des auteurs constate que les médias ont modifié notre perception à ce que l'on appelle l'Histoire, en ce compris la mémoire. Il écrit ceci : « [s]urtout les *mass media* (auxquels Nietzsche, d'ailleurs, fait de brèves allusions dans la *Deuxième Considération intempestive*, marquant comme un aspect de la maladie historique le fait que la presse réduit immédiatement en "information" standardisée la guerre qui vient de se conclure le jour d'avant...) se sont développés en véritables organes de l'historisation. Il n'est vrai qu'en un sens très superficiel que la culture diffusée par les médias est a-historique parce que centrée sur l'actualité : cela peut valoir pour la télévision, et encore de façon très limitée : en fait, tant la télévision (pour une part) que la presse, la radio, etc., se soutiennent de plus en plus à travers une reprise, chaotique mais tendanciellement omnicompréhensive, du "dépôt" de l'histoire des cultures. [...] On dirait que dans notre société médiatisée, rien ne peut plus "vieillir", on ne peut prendre distance à l'égard du "passé". Le passé revient continuellement »⁸³³. Autrement dit, il faut constater que l'être humain vit plus que jamais avec un lien presque permanent à notre passé, parfois – voire souvent – sans le percevoir réellement.

Les médias construisent la mémoire collective, voire la reconstruisent en permanence. Dans une contribution intitulée *Mémoire, médiatisation et construction des identités*, Olivier Pulvar débute sa réflexion par un constat : « les médias participent [pleinement] aux processus de construction identitaire, car ils diffusent aussi la mémoire collective »⁸³⁴. En ce sens, il est difficile de concevoir cette mémoire médiatique comme une « mémoire sociale "pure", préexistante au processus de médiatisation et que ce dernier viendrait ensuite pervertir ou entacher ; c'est au contraire dans cette dynamique même que se constituent les mémoires collectives »⁸³⁵. Les médias sont amenés à développer des stratégies mémorielles, à travers notamment « l'élaboration ou [...] l'imposition de *consensus mémoriels* »⁸³⁶. Il y a donc parfois une sorte d'instrumentalisation de la part des médias qui aboutissent à lisser certains événements en effaçant par exemple « le caractère pluriel, controversé ou polémique de l'élément mémoriel, pouvant aller jusqu'à la censure pure et simple [...] »⁸³⁷. Jennifer Devresse

⁸³³ G. VATTIMO, « L'impossible oubli », in *Usages de l'oubli*, Colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 80.

⁸³⁴ O. PULVAR, « Mémoire, médiatisation et construction des identités », *op. cit.*, p. 1/8.

⁸³⁵ J. DEVRESSE, G. GRANDJEAN, « Consensus et concurrence mémorielles : un enjeu pour les médias », *op. cit.*, p. 161.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 162.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 163.

et Geoffrey Grandjean ajoute que « [l']oubli corrélatif à ces procédés d'homogénéisation s'apparente alors à du *déni*, et la mémoire médiatisée se fait *prescriptive*, visant une réception "programmée" léguée à la postérité »⁸³⁸. L'instrumentalisation peut être dans certain cas plus indirecte, pouvant aller « jusqu'à la malhonnêteté intellectuelle, au déni de la vérité historique. D'un point de vue normatif, il en ressort qu'en matière mémorielle, le média est censé garantir son *indépendance* par rapport au pouvoir – à moins, bien entendu, qu'il ne s'agisse d'un média explicitement dévolu à la communication publique officielle »⁸³⁹ et que l'on tombe dans une forme explicite ou non de propagande⁸⁴⁰.

Outre une instrumentalisation, la mémoire fait aussi l'objet d'une homogénéisation par les médias. La mémoire est simplifiée, présentée de façon parfois édulcorée : les médias cherchent à aboutir à ce consensus mémoriel. Cette quête implique inévitablement l'oubli et/ou le rejet « des mémoires concurrentes »⁸⁴¹. Cela peut aboutir à développer une concurrence des mémoires, cette concurrence étant portée par des médias distincts (ayant, par exemple, une sensibilité politique distincte), voire des individus. Elle peut traduire l'existence de « deux espaces médiatiques distincts qui coexistent dans une relative ignorance mutuelle »⁸⁴². L'histoire n'est donc pas présentée identiquement, et perd donc son homogénéité. Est-ce pour autant problématique ? Non, pour autant que ces faits historiques soient présentés objectivement, en évitant toute instrumentalisation. La science historique n'est pas une science exacte et permet dès lors des interprétations différentes.

Jenifer Devresse et Geoffrey Grandjean considèrent qu'il y a « au moins trois façons, pour les médias, de contribuer à la légitimation d'une mémoire : en tant qu'étalon, acteur et instrument de légitimité mémorielle »⁸⁴³. La première façon implique que « les médias apparaissent comme un étalon de la légitimité d'une mémoire ; ils permettraient d'évaluer son authenticité, sa prégnance dans la société, son caractère plus ou moins largement partagé, son

⁸³⁸ *Ibidem*.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 164.

⁸⁴⁰ En ce sens, voy. O. PULVAR, « Mémoire, médiatisation et construction des identités », *op. cit.*, p. 4/8. Il précise que les médias de masse jouent un rôle crucial dans la relation d'événements, aboutissant à créer une mémoire, dès lors qu'ils permettent de produire l'information auprès d'un grand nombre de personnes. L'auteur met cependant son lecteur en garde en ces termes : « [r]este à savoir si la chose est arrivée telle que le rapporte le récit médiatique ». Ainsi, les médias non indépendants du pouvoir politique en place ont tendance à relater des événements afin de mettre le régime politique en avant. Il s'agit là de propagande.

⁸⁴¹ J. DEVRESSE, G. GRANDJEAN, « Consensus et concurrence mémorielles : un enjeu pour les médias », *op. cit.*, p. 165.

⁸⁴² *Ibidem*, p. 167.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 169. Cette référence vaut pour l'ensemble des citations du paragraphe.

importance relative dans l'identité de la communauté. "Miroir social" [...], les médias reflètent le monde social et l'opinion publique, et sont par là témoins des mémoires collectives qui traversent la société. Dès lors, le *degré de visibilité médiatique* d'une mémoire atteste de sa prégnance sociale et assoit, dans le même mouvement, la légitimité du groupe porteur de cette mémoire. Inversement, l'invisibilité d'une mémoire, c'est-à-dire son absence de représentation dans l'espace médiatique, signe son inexistence dans l'espace public, et donc son illégitimité. C'est la raison pour laquelle la visibilité médiatique constitue un élément central ». Le deuxième rôle que peut jouer les médias est celui d'« acteurs, [de] co-producteurs de la légitimité des mémoires ». Enfin, les médias contribuent à la légitimation d'une mémoire en étant « à la fois un *enjeu* et une *ressource stratégique* pour les acteurs mémoriels en quête de légitimation. La médiatisation d'une mémoire est en effet perçue comme un gage suffisant de sa légitimité [...] ». Ces trois voies permettent aux médias de légitimer les mémoires. Cela étant, un point essentiel et préalable réside dans le type de média en cause : « la légitimité d'une mémoire médiatisée dépend au fond de la légitimité des médias par lesquels elle se diffuse, de leur pouvoir symbolique dans le champ médiatique plus encore que de l'étendue de leur réseau de diffusion ».

145. - Les médias, la mémoire et internet. L'apparition d'internet et des facultés offertes par ce nouveau média contribue à nuancer légèrement les propos tenus ci-avant. Dès lors que chacun peut désormais alimenter les canaux d'informations, chacun est libre de proposer sa propre mémoire, parfois contre-mémoire au regard du consensus mémoriel proposé par les médias traditionnels. En cela, ces nouveaux médias permettent de « corriger certains défauts attribués »⁸⁴⁴ aux médias de masse et « sont le signe d'une réappropriation par les acteurs du discours médiatique en matière de mémoires et de l'émergence de contre-mémoires dans l'espace public »⁸⁴⁵.

Sans conteste, les médias ont une influence principalement au regard de ce que l'on dénomme la mémoire collective, la mémoire sociale. La mémoire individuelle est dès moins touchée. Notons cependant qu'internet permet de fixer nos propres souvenirs personnels, et d'alimenter ainsi une mémoire individuelle, rendue parfois accessible à tous. Jean-Pierre Rioux, dans un entretien accordé à des journalistes du quotidien *La Croix* indique que « [l]e rapport à la mémoire individuelle qu'inaugure le numérique est préoccupant. Les internautes mettent en

⁸⁴⁴ *Ibidem*, p. 170.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 171.

ligne au quotidien leurs photos sur Flickr, leurs vidéos sur Dailymotion et leurs documents de travail sur Google Documents. La mémoire individuelle quitte donc les disques durs des ordinateurs pour être confiée à des acteurs commerciaux soumis à leur propre logique marchande. Or, nul ne sait comment peuvent évoluer les conditions générales d'utilisation de ces sites, ni au profit de qui et pas davantage sur quel modèle économique. La privatisation de la mémoire sur Internet ne doit pas aboutir à une privation »⁸⁴⁶.

Enfin, internet permet la constitution d'archives. Ces informations stockées, enregistrées, constituent de parfaites copies des documents originaux. Outre cette qualité parfaite, le procédé de digitalisation implique qu'il n'y ait aucune altération de la copie ou de l'original⁸⁴⁷. Les serveurs pourraient être touchés ou endommagés, mais les données sont parfois dupliquées de sorte que de telles péripéties n'ont pas toujours d'impact sur les versions digitalisées des documents. Cette absence d'altération est un des éléments qui justifie cependant que soit revendiqué l'oubli de certaines informations.

Ces quelques développements mettent bien en lumière les avantages et inconvénients d'internet quant à son rôle comme support de la mémoire, qu'elle soit collective ou individuelle. Les droits à l'oubli pourraient constituer des éventuels outils contre les dérives possibles sur ce réseau numérique.

Section 3. Mémoire, oubli et droit : la nécessité des « droits à l'oubli »

146. - L'oubli en droit des médias et de la communication. Comme cela a déjà été évoqué précédemment⁸⁴⁸, l'oubli en droit des médias et de la communication prend une actualité toute particulière depuis l'apparition d'internet et le développement de ses espaces importants et illimités de stockage. Cependant, la problématique n'est pas apparue avec internet. Ou du moins, la problématique telle qu'elle existe sur internet n'est pas si récente que cela. Quelques cas recensés dans la jurisprudence belge, mais aussi étrangère⁸⁴⁹, témoignent de cet intérêt pour l'imposition d'une forme d'oubli dans la presse écrite et dans l'audiovisuel.

⁸⁴⁶ A. SCHWARTZ, S. DREYFUS, « Le numérique est-il une menace pour la mémoire individuelle et collective ? », *op. cit.*

⁸⁴⁷ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 53 et 54.

⁸⁴⁸ Voy. *supra*.

⁸⁴⁹ Ces cas seront évoqués dans les développements de la deuxième partie de cette thèse. Voy. *infra*.

Les divers constats posés notamment dans l'introduction générale poussent la doctrine à distinguer des consécration juridiques différentes de l'oubli en fonction du contexte⁸⁵⁰. Mises en exergue par de nombreux auteurs ont déjà mis en exergue, ces facettes ne paraissent toutefois pas toujours correctement justifiées. Il y a lieu d'admettre et reconnaître qu'ont été proposées des distinctions qui, *in fine*, ne tiennent pas totalement la route, compte tenu notamment des développements jurisprudentiels et doctrinaux proposés⁸⁵¹. La difficulté de la conceptualisation des formes juridiques de l'oubli, qui tient aussi, semble-t-il, à son originalité, est de s'attarder sur des consécration juridiques en chantier : rien ne semble avoir été encore totalement construit harmonieusement. Des éléments supplémentaires sont ajoutés à cette construction par la jurisprudence, la réglementation ou la doctrine, mais sans penser globalement à la stabilité du bâtiment communément appelé droit à l'oubli. Ainsi, l'on a parfois l'impression qu'au fil des décisions, à mesure que le droit à l'oubli se construit, il semble en même temps se déconstruire. Pour autant, il y a lieu de demeurer optimiste : il n'est pas rare qu'un nouveau concept juridique, bâti en grande partie par la doctrine et la jurisprudence, soit confronté à quelques doutes dans sa mise en œuvre concrète.

147. - Les facettes du droit à l'oubli : deux parties d'une même thèse. Les droits à l'oubli sont au cœur de nombreux écrits et réflexions dans le domaine juridique – mais pas seulement –. Pourtant, rien ne semble tout à fait clair⁸⁵². Les confusions demeurent nombreuses quant à leur appellation, leur fondement, leur régime, ou leur mise en œuvre concrète. Meg Leta Jones écrit à cet égard que « the right to be forgotten can mean too many things that need to be sorted and organized in order to move forward »⁸⁵³.

⁸⁵⁰ Sur l'aspect multi-facettes du droit à l'oubli, voy. notamment E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *R.D.T.I.*, 2013/2, pp. 77 et 78 ; A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *La Revue, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 25 mars 2005*, 2016/8, pp. 9 et 10 ; O. BOUTLÉROFF, *Le droit à être oublié ou le droit à être informé. L'équilibre entre la protection des données personnelles et [la] liberté de l'information*, mémoire rendu dans le cadre du mastère spécialisé Informatique et Libertés, 2014-2015, p. 11 ; E. CRUYSMANS, C. ROMAINVILLE, « Les diverses dimensions du 'droit à l'oubli' dans la sphère numérique. Un processus de positivation rentrant en conflit avec la liberté d'expression ? », in C. ALCANTARA (éd.), *E-réputation : regards croisés sur une notion émergente*, Paris, Lextenso-Gualino, 2015, p. 81 ; R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 388 ; M. L. AMBROSE, J. AUSLOOS, « The Right to Be Forgotten Across the Pond », *Journal of Information Policy*, 2013/3, pp. 1 et 2.

⁸⁵¹ Voy. notamment E. CRUYSMANS, « La presse en ligne et le droit », *op. cit.*, pp. 228 à 231 ; E. CRUYSMANS, « Oubliez-moi ! Droit à l'oubli, déréférencement, anonymisation et archives numériques », in A. HOC, S. WATTIER, G. WILLEMS (éd.), *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 403 à 418.

⁸⁵² E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli », *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 246, n° 12.

⁸⁵³ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, *op. cit.*, p. 81.

De l'hypothèse principale de cette thèse⁸⁵⁴ découle la nécessité de décrire les droits à l'oubli. Ainsi, nous effectuons d'emblée un postulat qui doit être vérifié au fil de notre analyse : il y a lieu de distinguer des droits à l'oubli selon que l'oubli porte sur des informations qualifiées de journalistiques ou non. Le choix de ce critère, choix qui devra lui aussi faire l'objet d'une justification et d'une confirmation, s'explique par l'existence, dans les réglementations relatives aux données à caractère personnel, d'une exception « à des fins de journalisme » – voire plus largement à des fins de liberté d'expression – qui semble mettre en échec l'application de certaines dispositions qui permettent d'obtenir *in fine* l'oubli de ces informations. L'intuition initiale, lorsqu'il est question de s'interroger sur les formes juridiques de l'oubli, est de chercher leur(s) fondement(s) juridique(s) dans le RGPD. Toutefois, une brève analyse de ce texte obligerait à devoir revoir cette intuition : l'existence d'un régime dérogatoire permettant de concilier protection des données et liberté d'expression constituerait un obstacle à la mise en œuvre d'un oubli. Autrement dit, l'existence d'une dérogation en faveur de la liberté d'expression, restreignant certains droits consacrés par le RGPD, oblige à penser les formes juridiques de l'oubli sur d'autres fondements.

Ce premier postulat de départ en induit un second. Si l'on peut considérer qu'une information non journalistique puisse être oubliée grâce au dispositif mis en place par la RGPD – ce qui demeure encore à vérifier –, une information journalistique ne pourra-t-elle jamais être oubliée ? Se résigner à apporter une réponse positive à cette question nous embarrasse, tant les enjeux en matière de droit à la vie privée sont devenus essentiels. C'est précisément dans une application particulière de ce droit que pourrait être trouvée une solution positive à la question.

Si l'ensemble de ces hypothèses devaient se confirmer, l'on aurait alors deux droits à l'oubli distincts, selon qu'il porte sur des informations journalistiques ou non, fondés sur des dispositions juridiques différentes. L'oubli non journalistique prendrait appui sur la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, alors que l'oubli journalistique trouverait son fondement législatif dans une application du droit à la protection de la vie privée. *A priori*, de ces fondements distincts devraient découler des particularités dans leurs conditions d'application. Cette approche implique, en outre, qu'une distinction puisse être faite entre le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données à

⁸⁵⁴ Voy. *supra*.

caractère personnel, ce que laisse suggérer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Enfin, si l'hypothèse visant à considérer que l'oubli est pluriel dès lors qu'il est juridicisé se confirme, il y a lieu de souligner que ces différentes facettes sont animées par « une préoccupation commune : les individus ne veulent pas se voir cocler une étiquette définitive, qui les fige dans une image dépassée et fait fi de leur liberté d'évoluer, de tourner une page et d'emprunter de nouveaux chemins »⁸⁵⁵.

CONCLUSIONS DE LA PREMIÈRE PARTIE

148. - L'oubli, centre d'intérêt pour le droit des médias et de la communication. Depuis de nombreuses années, voire siècles, oubli et mémoire constituent un objet d'étude important pour divers domaines scientifiques. Ces sujets ne semblent pas encore avoir été totalement explorés. Sans doute est-ce lié au caractère finalement éminemment subjectif de ces objets d'étude.

Alors que la plupart des sciences humaines (sociologie, psychologie, histoire, etc.) abordent frontalement l'oubli et la mémoire, les sciences juridiques semblent opérer de façon plus implicite. L'oubli s'inscrit dans de nombreux concepts juridiques différents. Sortant de l'analyse transversale proposée dans le titre 1^{er}, l'examen se veut plus empirique, abordant plusieurs branches du droit en se demandant si l'oubli est, d'une manière ou d'une autre, concrétisé dans des figures particulières. Un premier constat apparaît limpide et rapidement : l'oubli et la mémoire n'ont pas tant fait l'objet d'une théorisation juridique englobante que d'applications pratiques et concrètes, sporadiques aussi, à travers plusieurs figures dont l'objectif premier n'est pas toujours de concrétiser l'oubli ou la mémoire. Souvent, cet effet est davantage collatéral.

L'analyse démontre *in fine* que le droit regorge d'ores et déjà de principes qui mettent en œuvre l'oubli. Quelques parallèles intéressants ont été proposés entre ces mécanismes

⁸⁵⁵ E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 246, n° 13.

juridiques et les droits à l'oubli appliqués dans le domaine du droit des médias et de la communication.

L'approche interdisciplinaire ainsi que l'examen intradisciplinaire effectué permet d'asseoir, sur de solides fondements, les développements proposés dans les deuxième et troisième parties. Ils permettent de confirmer le postulat de départ de ces recherches doctorales : l'oubli se prête parfaitement bien à une étude juridique. En outre, elles constituent le cheminement naturel et intellectuel vers la consécration d'un oubli en droit des médias et de la communication. Cela étant, bien que des rapprochements puissent être proposés, il serait inopportun de confondre totalement les conceptions mises à jour par les sciences humaines évoquées et par les sciences juridiques. D'un côté, il s'agit de phénomènes naturels que l'on tente de comprendre et de théoriser. De l'autre, il s'agit de mécaniques juridiques que l'on tente d'appréhender, de concrétiser et de justifier. Cependant, ces domaines d'application partent évidemment d'un dessein commun : l'oubli fait partie intégrante du fonctionnement humain et lui est bénéfique à bien des égards. Les avancées technologiques ont modifié notre relation à cet oubli et obligent désormais à passer par une étape de régulation : à défaut d'être encore tout à fait naturel, l'oubli se déploie artificiellement, impliquant par conséquent la création de prérogatives juridiques.

INTRODUCTION

149. - Introduction générale. Le droit à l'oubli est fondamental. Comme l'écrit Pierre Kayser, « [l']oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme et refuser un droit à l'oubli c'est nourrir l'homme de remords, qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue »⁸⁵⁶. A défaut d'être désormais suffisant, l'oubli humain, l'oubli naturel, doit être secondé par un oubli juridique. En effet, dès lors que la mémoire est « sortie » du cerveau humain pour s'ancrer sur divers supports, l'oubli doit faire de même. Il s'agit là d'un équilibre entre l'oubli et la mémoire, cet équilibre étant fondamental pour tout individu. Face aux nouvelles technologies et aux possibilités qu'elles apportent en terme de support de stockage, l'oubli passe d'une faculté humaine à une faculté juridique. Dans le cadre de cette deuxième partie, l'objectif est de démontrer qu'une forme juridique de l'oubli est non seulement souhaitable, mais surtout qu'elle est tout à fait envisageable. Pour autant, les méandres du droit obligent à dessiner deux voies différentes pour deux formes distinctes d'oubli. Les développements proposés dans cette deuxième partie s'attachent à déterminer le cadre juridique dans lequel l'oubli d'informations dites journalistiques peut se développer.

Comprendre ce droit à l'oubli nécessite dans un premier temps de baliser cette notion à travers d'une part sa (ou ses) définition(s), et d'autre part, son champ d'application. Plusieurs concepts doivent être définis : la notion de journalisme (titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, section 1^{ère}), le concept de droit à l'oubli (titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, section 2). Ces considérations doivent permettre d'aboutir à une première étape clé, celle de la définition de l'expression « droit à l'oubli d'informations journalistiques », concept clé dans le cadre de cette thèse (titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, section 3). Cette définition permet ensuite de dessiner concrètement le champ d'application de cette forme juridicisée de l'oubli (titre 1^{er}, chapitre 2). Par la suite, il faut accrocher ce droit à l'oubli à des fondements juridiques sans qu'il soit nécessaire de développer de nouveaux textes

⁸⁵⁶ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, 3^{ème} éd., Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix Marseille, 1995.

juridiques, le droit à la vie privée permettant parfaitement d'asseoir juridiquement cette prétention à l'oubli (titre 2).

Quant au titre 3, il analyse la mise en œuvre concrète du droit à l'oubli d'informations journalistiques, celui-ci s'inscrivant dans une action en responsabilité civile extracontractuelle (titre 3, chapitre introductif). Les trois conditions de cette action doivent être analysées sous le prisme de ce droit. Les développements consacrés à la faute sont les plus conséquents : en effet, l'analyse de la faute (titre 3, chapitre 1^{er}, section 1^{ère}) oblige, dès lors que le contexte est celui d'un conflit entre des droits fondamentaux, à intégrer dans notre argumentation un raisonnement « à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme ». Ceci implique, outre une vérification de la condition de légalité et de légitimité, une étude de la proportionnalité afin de déterminer si une atteinte au droit à l'oubli doit être considérée comme fautive. Pour ce faire, il faut mettre en œuvre une balance des intérêts au départ d'un certain nombre de critères, chacun d'eux appelant des développements non seulement afin de les légitimer, mais aussi afin de les appliquer au contexte particulier du droit à l'oubli (titre 3, chapitre 1^{er}, section 2). Outre la faute, les conditions relatives à la présence d'un dommage et d'un lien de causalité font l'objet d'un bref examen (titre 3, chapitre 2). *In fine*, le droit à l'oubli d'informations journalistiques, inscrit dans une action en responsabilité quasidélictuelle, pourrait appeler une forme de réparation particulière : l'anonymisation totale ou partielle (c'est-à-dire la pseudonymisation). Le dernier chapitre du titre 3 a donc vocation à développer les différents moyens de réparation envisageables et à démontrer l'intérêt de recourir à la suppression des informations nominatives (titre 3, chapitre 3).

TITRE 1^{ER}. LES DÉFINITIONS ET LE CHAMP D'APPLICATION

Chapitre 1^{er}. Les définitions

150. - Comprendre des concepts clés. Il paraît indispensable, avant d'entamer une étude plus précise des formes juridiques de l'oubli d'informations dites journalistiques, de définir les concepts utilisés dans cette analyse. Ces développements portent sur deux notions : le journalisme – ou le journaliste – (section 1^{ère}), ainsi que l'expression de « droit à l'oubli » (section 2).

La première section aborde la notion de journalisme. Elle est importante dans cette étude dès lors qu'elle permet, comme indiqué ci-avant⁸⁵⁷, de distinguer des fondements juridiques pour permettre une application concrète de l'oubli d'informations⁸⁵⁸. La deuxième porte sur l'expression « droit à l'oubli » et les diverses définitions et sens que la doctrine et la jurisprudence donnent à cette prérogative. Il paraît plus opportun de définir cette notion davantage dans cette deuxième partie de la thèse que dans la troisième partie relative à l'oubli d'informations non journalistiques. En effet, les formes que prend cette dernière facette de l'oubli s'inscrivent dans des droits consacrés notamment et essentiellement par le règlement européen général sur la protection des données à caractère personnel (voy., *infra*, la troisième partie), et s'écartent *in fine* de la notion plus traditionnelle – bien qu'elle ne soit pas partagée par tous – que l'on donne au droit à l'oubli.

Section 1^{ère}. Le journalisme

151. - Définir le journalisme. La notion de journalisme est fondamentale dès lors qu'elle permet de structurer les réflexions proposées dans la présente thèse. Ce concept clé n'a pas été choisi au hasard. En effet, il constitue, dans la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, une exception à l'application de certains principes, de quelques

⁸⁵⁷ Voy. *infra*, n° 273. - et s.

⁸⁵⁸ En ce sens, voy. Q.VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 563. L'auteur reprend comme titre d'une de ses sections (dans un chapitre intitulé « [l]a collecte d'informations », (pp. 505 à 700)) « [l]es droits particuliers liés à la collecte journalistique des informations ». Ainsi, il met déjà en exergue le qualificatif de « journalistique » comme élément fondamental dans la détermination des droits applicables.

droits de la personne concernée ainsi que d'une série d'obligations pour le responsable de traitement⁸⁵⁹. En d'autres termes, le traitement exécuté à des fins de journalisme doit être appréhendé différemment des autres types de traitement⁸⁶⁰. Cette particularité s'explique, par la volonté du législateur de concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression, en ce compris la liberté de la presse. L'objectif est bien évidemment louable, personne ne le conteste. Il oblige cependant à devoir penser l'oubli « juridicisé » sous diverses modalités et formes. En d'autres termes, il justifie, pour partie, la présente étude.

Bien que centrale, notamment dans le cadre particulier de la réglementation évoquée ci-avant, la notion de journalisme, à l'instar des termes « média » et « presse » (voy. *supra*, n° 127. - et s.), ne reçoit aucune définition claire et univoque. Comme l'exprime Cécile de Terwangne, « [a] priori limpide, cette notion a perdu de sa clarté une fois placée dans le contexte d'Internet, et des interrogations concernant sa portée et son contour précis dans ce nouvel environnement se sont rapidement fait jour »⁸⁶¹. Les développements proposés démontrent que ce terme, même avant le développement d'internet, présente déjà quelques difficultés à être simplement et unanimement défini. Cela s'explique, en grande partie, par le fait que le métier de journaliste n'est, en Belgique, nullement réglementé, à l'exception d'une loi créant un statut professionnel⁸⁶². Malgré ces constats, des précisions ont cependant été apportées par certains textes et décisions, internationaux (§ 1^{er}) européens (§ 2) et belges (§3), par quelques décisions jurisprudentielles, ainsi que par la déontologie journalistique (§ 4). Il importe encore de proposer quelques lignes relatives à la compréhension de ce terme en sciences de la communication (§ 5). Ces éclaircissements doivent permettre de déterminer les éléments caractéristiques du journalisme tel qu'utilisé dans la thèse (§ 6).

152. - Le journalisme dans son sens courant. Avant d'entamer cette étude juridique, il est intéressant de comprendre le journalisme dans son sens usuel. Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, le journalisme est le « [m]étier de journaliste » ainsi que « [l]e genre, le style propre

⁸⁵⁹ Sur cette exception, voy. *infra*, n° 156. - et 628. - et s.

⁸⁶⁰ Outre ce type de traitement, celui effectué sur certaines informations nécessite aussi un examen particulier. Il est dès lors utopique de vouloir établir un unique régime applicable à tous les traitements des données à caractère personnel.

⁸⁶¹ C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy*, C-73/07, R.D.T.I., 2010/38, p. 130.

⁸⁶² Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, M.B., 14 janvier 1964.

aux journaux »⁸⁶³. Compte tenu du renvoi opéré par le dictionnaire, il y a lieu de faire le même exercice pour le terme « journaliste ». Est qualifiée de journaliste, « [c]elui qui fait, publie un journal », ainsi que la « [p]ersonne qui collabore à la rédaction d'un journal » ou, plus globalement encore, la « [p]ersonne qui s'occupe de l'information dans un système de médias »⁸⁶⁴.

Le premier sens semble être trop restrictif. La définition se limite en effet à un unique canal de diffusion de l'information, le papier⁸⁶⁵. Elle aboutit à exclure de son champ le journalisme sur internet ainsi que les journalistes œuvrant pour les médias radiophoniques et télévisuels. En outre, la définition ne paraît pas suffisamment précise. Faire ou publier un journal pourrait parfaitement impliquer des seules modalités techniques. Or, être journaliste ne peut s'assimiler exclusivement à de telles actions. La deuxième définition est, en revanche, trop large. Toute personne collaborant à un journal ne peut être assimilée à un journaliste. A ce titre, la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes (voy. son analyse *infra*, n° 170. -), dans sa première version publiée au *Moniteur belge*, faisait une distinction entre les « journalistes » et les « collaborateurs de rédaction ». Juridiquement au moins, ils ne semblent donc pas assimilables. A la suite d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle⁸⁶⁶, la loi fait désormais la distinction entre « toute personne qui contribue directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public » et les « collaborateurs de rédaction ». *De facto*, on ne peut s'empêcher d'y voir la même distinction que celle existante dans la première version de la loi. Enfin, la dernière définition proposée est à nouveau trop large et manque des précisions nécessaires pour pouvoir être transposée comme telle dans cette étude juridique. Certes, le journaliste « s'occupe » de l'information. Le journaliste doit donc poser une ou plusieurs actions sur l'information. Cela étant, il semble que le terme utilisé dans la définition manque de précision, et permet *in fine*

⁸⁶³ Dictionnaire *Le Petit Robert*, Montréal, Dicorobert, 1996, v° « Journalisme ». Un troisième sens est proposé : « [e]nsemble des journaux, des journalistes ». Celui-ci paraît cependant moins pertinent dans le cadre de l'analyse proposée.

⁸⁶⁴ Dictionnaire *Le Petit Robert*, Montréal, Dicorobert, 1996, v° « Journaliste ».

⁸⁶⁵ Le journal se définit, entre autres, comme la « [r]elation quotidienne des événements ; écrit portant cette relation », comme une « [p]ublication périodique relatant les événements saillants dans un ou plusieurs domaines », ainsi que comme une « [p]ublication quotidienne consacrée à l'actualité ». Dans un sens plus moderne, le journal est encore un « [b]ulletin quotidien d'information », se référant au « [j]ournal parlé (radiodiffusé), télévisé, filmé » (*ibidem*, v° « Journal »).

⁸⁶⁶ C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, *A&M*, 2006/3, p. 295, note ; *M.B.*, 23 juin 2006, p. 32141 (extraits) ; *Juristenkrant*, 2006/132, p. 17 ; *Mediaforum*, 2006/7-8, p. 235 ; *N.j.W.*, 2006/147, p. 645, note P. VALCKE, E. LIEVENS, E. WERKERS, « Bronnengeheim voor bloggers » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/1, p. 83 ; *R.W.*, 2006-07, p. 38 et p. 1349, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid » ; *T.B.P.*, 2007/10, p. 597.

d'inclure dans la notion des personnes n'ayant qu'un rôle purement technique. Ce dernier sens présente néanmoins un caractère transversal, cet élément étant absent dans les deux premières définitions. En réalité, ces trois définitions – davantage les deux premières que la dernière – sont trop attachées à la notion du « journal », entendu comme un support, sans concevoir le journalisme plus largement, indépendamment du support utilisé.

§ 1^{er}. La notion de journalisme en droit international

153. - Le journalisme dans des textes onusiens. Le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies propose une définition dans une observation relative à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette disposition consacre les libertés d'opinion et d'expression, cette dernière comprenant « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix »⁸⁶⁷. L'observation indique, en son paragraphe 44, que « le journalisme constitue une fonction exercée par des personnes de tous horizons, notamment des reporters et analystes professionnels à plein temps ainsi que des blogueurs et autres particuliers qui publient eux-mêmes le produit de leur travail, sous forme imprimée, sur l'internet ou d'une autre manière »⁸⁶⁸.

La définition proposée est intéressante en ce qu'elle reconnaît, implicitement, que la profession n'est pas réglementée lorsqu'elle indique qu'il s'agit d'une « fonction exercée par des personnes de tous horizons ». Elle souligne, dans un premier temps, que le journalisme est bien une fonction qui peut être remplie par un nombre important de personnes au profil différent. Les exemples que donne l'observation sont suffisamment représentatifs de ces différences. Ainsi, un reporter, un blogueur ou un particulier peuvent parfaitement faire œuvre de journalisme. En outre, la définition indique que le support importe peu et ne conditionne pas le fait de faire ou non du journalisme. Elle présente à ce titre le caractère transversal nécessaire. Enfin, la définition soutient que la fonction de journalisme doit aboutir à publier ou diffuser le produit du travail de toute personne se qualifiant de journaliste. Il faut donc qu'il y ait un

⁸⁶⁷ Le troisième paragraphe admet que des limitations existent, pour autant qu'elles soient « expressément fixées par la loi » et qu'elles soient « nécessaires : a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

⁸⁶⁸ Observation relative à l'« Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression », 102^e session, Genève, CCPR/C/34, 12 septembre 2011, § 44

« travail », c'est-à-dire, un traitement effectué. Cependant, là où la définition peut étonner, c'est dans son absence de l'utilisation du terme « information ». Autrement dit, la définition n'explique pas suffisamment l'objet même de la fonction, si ce n'est le fait de « publier » le produit d'un travail. Peut-on alors considérer, par exemple, que la diffusion d'une publicité effectuée par le département commercial d'une grande entreprise permet à ce département de considérer qu'il fait œuvre de journalisme ? La question paraît devoir recevoir une réponse positive, ce qui est dérangeant. Il est difficile de nier le fait qu'une publicité puisse être considérée comme une information au sens large. Cela étant, la simple publication de celle-ci ne doit pas permettre de qualifier son émetteur de journaliste. Dans le cadre de cette thèse, la définition proposée par le Comité des droits de l'homme ne peut dès lors être retenue.

Il importe encore de pointer l'existence de la résolution 33/2 adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 29 septembre 2016 et relative à la sécurité des journalistes. Ce texte ne définit pas la notion de journalisme. Cependant, le groupe de travail « Article 19 » apporte quelques éclaircissements sur cette notion en indiquant que « [s]elon le Comité des droits de l'Homme, le journalisme est une fonction. Celle-ci peut être remplie par un professionnel travaillant à plein temps pour un organe de presse écrite, ou par un blogueur qui pulie son propre contenu en ligne. Un journaliste est simplement tout individu régulièrement engagé dans la collecte et la diffusion d'informations au public – indépendamment du fait qu'il soit officiellement reconnu en tant que “journaliste” par le gouvernement du pays où il réside »⁸⁶⁹.

§ 2. La notion de journalisme en droit européen

A. Les textes européens

154. - Le journalisme dans les textes européens. En droit européen, il n'existe aucun texte définissant cette notion. Seul un texte de *soft law* semble s'être risqué à une telle entreprise. Selon la recommandation du Conseil de l'Europe sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'informations, le terme journaliste « désigne toute personne physique ou morale pratiquant à titre régulier ou professionnel la collecte et la diffusion d'informations au public

⁸⁶⁹ Groupe de travail « Article 19 », Pour la mise en œuvre de la résolution 33/2 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur la sécurité des journalistes. Prévenir – Protéger – Traduire en justice, 2017, p. 14.

par l'intermédiaire de tout moyen de communication de masse »⁸⁷⁰. L'exposé des motifs de cette recommandation⁸⁷¹ est intéressant en ce qu'il apporte des précisions complémentaires. Ainsi, le journaliste doit répondre à plusieurs critères, ceux-ci devant être analysés en ayant en mémoire le dessein de la recommandation, à savoir la protection des sources journalistiques⁸⁷². La première exigence indique qu'« [u]n journaliste est normalement une personne physique », admettant cependant que des personnes morales puissent être assimilées à des journalistes dès lors qu'elles doivent pouvoir bénéficier, elles aussi, de la protection de leurs sources d'informations (point 13, (i)). Il faut donc comprendre que l'extension du champ aux personnes morales ne vaut que dans le cadre de la protection des sources, et non en règle générale. Un journaliste doit ensuite pratiquer « à titre régulier ou professionnel » sa profession, impliquant *de facto* un certain professionnalisme (point 13, (ii))⁸⁷³. Cependant, l'exposé précise qu'il n'y a pas lieu d'exclure « les journalistes travaillant en indépendants ou à temps partiel ». Dit autrement, le statut importe peu, la finalité étant davantage déterminante. Il est à ce titre intéressant de souligner que les exigences de régularité et de professionnalisme sont initialement présentes dans le texte belge, mais ont fait l'objet d'une annulation par la Cour constitutionnelle⁸⁷⁴. La recommandation semble à cet égard plus restrictive que la loi belge en exigeant la professionnalisation du journalisme. Enfin, l'exigence de « collecte et diffusion d'informations » implique une mise à disposition des informations à un vaste public, quelle que soit la technique de communication utilisée (presse périodique ou non, audiovisuel, internet, radio, photographe, etc.) (point 13, (iii)). Outre le fait que la recommandation adopte à raison un point de vue transversal, sans s'attacher à un support en particulier, elle exige de la part du journaliste qu'il exécute plusieurs actions autour de l'information, à tout le moins la collecte et la diffusion. L'information doit être réellement traitée.

155. - La directive 95/46/CE. Outre cette recommandation, d'autres textes européens évoquent la notion de journalisme sans toutefois la définir. Il ne paraît pas intéressant d'énumérer l'ensemble de ces textes, mais seulement d'analyser ceux qui ont un intérêt dans le cadre de la présente recherche doctorale. Dès lors, il s'agit essentiellement d'aborder la

⁸⁷⁰ Recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée le 8 mars 2000.

⁸⁷¹ Exposé des motifs de la recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée le 8 mars 2000.

⁸⁷² L'Exposé des motifs semble à plusieurs reprises l'indiquer directement ou indirectement, laissant penser que la définition proposée ainsi que ces critères ne sont peut-être pas généralisables. Voy. les points 10 ; 13, (i) et 14.

⁸⁷³ Voy., à ce sujet, C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006 (analysé *infra*).

⁸⁷⁴ Voy. *infra*.

réglementation européenne relative à la protection des données à caractère personnel. La directive 95/46/CE⁸⁷⁵, qui a désormais cédé sa place au règlement 2016/679, oblige les Etats membres à prévoir « pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au chapitre VI dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression »⁸⁷⁶. Cette disposition aboutit, comme l'indique le considérant n° 17 de ce texte, à une application « d'une manière restreinte » de certains principes de la directive. Quant au considérant n° 37 de la même directive, il mentionne que « le traitement de données à caractère personnel à des fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, [...] doit bénéficier de dérogations ou de limitations de certaines dispositions de la présente directive dans la mesure où elles sont nécessaires à la conciliation des droits fondamentaux de la personne 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ajoutant enfin « qu'il incombe donc aux États membres, aux fins de la pondération entre les droits fondamentaux, de prévoir les dérogations et limitations nécessaires en ce qui concerne les mesures générales relatives à la légalité du traitement des données, les mesures relatives au transfert des données vers des pays tiers ainsi que les compétences des autorités de contrôle, sans qu'il y ait lieu toutefois de prévoir des dérogations aux mesures visant à garantir la sécurité du traitement »⁸⁷⁷.

Il est intéressant de noter que la proposition de directive ne recourait pas à la notion de journalisme⁸⁷⁸. Elle indique, en son article 19, dans un chapitre relatif aux « [d]ispositions spécifiques pour certains secteurs », que « [l]es Etats membres peuvent prévoir pour les organismes de presse et de l'audiovisuel des dérogations [...] », soutenant qu'elles sont

⁸⁷⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L. 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

⁸⁷⁶ Le présent chapitre (qui est le chapitre II de la directive) concerne les « [c]onditions générales de licéité des traitements de données à caractère personnel », le chapitre IV vise le « [t]ransfert de données à caractère personnel vers des pays tiers », et le chapitre VI porte sur l'« [a]utorité de contrôle et groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ».

⁸⁷⁷ Le considérant n° 37 se poursuit encore comme suit : « qu'il conviendrait également de conférer au moins à l'autorité de contrôle compétente en la matière certaines compétences a posteriori, consistant par exemple à publier périodiquement un rapport ou à saisir les autorités judiciaires ».

⁸⁷⁸ Proposition de directive du Conseil du 27 juillet 1990 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, COM(90) 314 final, 90/C, *J.O.U.E.*, C 277 du 5 novembre 1990, p. 3. Voy. aussi le considérant n° 18 de ce texte.

nécessaires pour concilier la protection de la vie privée et les libertés d'information et de presse. Dans des conclusions rédigées par l'Avocate générale Juliane Kokott dans le cadre d'une affaire décrite ci-après⁸⁷⁹, il est indiqué que le remplacement de ces secteurs par « la notion de fins de journalisme est le résultat de plusieurs propositions subséquentes, qui ont détaché le champ d'application de la dérogation des entreprises de médias, pour les étendre à toutes les personnes ayant une activité de journalisme »⁸⁸⁰. La volonté est semble-t-il déjà d'appliquer cette dérogation plus largement qu'au seul secteur médiatique.

156. - Le RGPD. Quant au règlement général sur la protection des données à caractère personnel⁸⁸¹, il reprend cette même restriction en son article 85. Cette disposition intitulée « [t]raitement et liberté d'expression et d'information » est reprise dans un chapitre relatif à des « situations particulières de traitement »⁸⁸². L'article 85, § 1^{er}, rappelle l'objectif de la restriction : il y a lieu, pour les Etats membres, de concilier, « par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». Ce régime particulier doit aboutir à développer « des exemptions ou des dérogations au chapitre II (principes), au chapitre III (droits de la personne concernée), au chapitre IV (responsable du traitement et sous-traitant), au chapitre V (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales), au chapitre VI (autorités de contrôle indépendantes), au chapitre VII (coopération et cohérence) et au chapitre IX (situations particulières de traitement) si celles-ci sont nécessaires pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information » (article 85, § 3). Enfin, le dernier paragraphe de l'article 85 est davantage d'ordre procédural : il évoque l'obligation des Etats membres de notifier ces exemptions et/ou dérogations « sans tarder » à la Commission. A

⁸⁷⁹ Voy., *infra*.

⁸⁸⁰ 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, § 65.

⁸⁸¹ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.*, L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

⁸⁸² Il s'agit du chapitre IX. Celui-ci évoque encore la conciliation d'un traitement et de l'accès du public aux documents officiels (article 86) ; d'un traitement et du numéro d'identification national (article 87) ; d'un traitement dans le cadre des relations de travail (article 88) ; d'un traitement et des dérogations en matière de recherche historique, statistique ou scientifique ainsi que pour les traitements à des fins archivistiques (article 89) ; d'un traitement face à l'obligation de secret (article 90) ; et enfin d'un traitement face aux « règles existantes des églises et associations religieuses en matière de protection des données » (article 91).

l'instar de la directive 95/46/CE, les considérants offrent quelques développements complémentaires relatifs à ce régime dérogatoire.

Le considérant n° 153 rappelle la nécessité de concilier liberté d'expression, au sens large, et protection des données personnelles : « [t]el devrait notamment être le cas des traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives d'actualités et bibliothèques de la presse »⁸⁸³. Outre le domaine audiovisuel – dont il était aussi fait mention dans le considérant n° 37 de la directive 95/46/CE –, le règlement évoque spécifiquement, certes à titre d'exemple⁸⁸⁴, les « documents d'archives d'actualités et bibliothèques de presse ». L'impact de cette indication est important à l'heure où la plupart des journaux traditionnels ont désormais un site internet reprenant, souvent en libre accès, leurs archives. Notons encore que le considérant n° 153 *in fine* apporte une dernière précision fondamentale : « [p]our tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme ». Il est intéressant de noter que le considérant n° 121 de la proposition de règlement⁸⁸⁵, devenu le considérant n° 153 dans le règlement tel qu'adopté en 2016, ajoute une définition qui a donc été supprimée de la version finale du texte européen. Ainsi, il faut « 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 », tout en ajoutant qu'il convient « de ne pas limiter cette catégorie aux seules activités des entreprises de médias et d'y inclure tant celles qui poursuivent un but lucratif que celles qui n'en poursuivent pas ».

157. - De la directive au règlement : quelques constats. Plusieurs constats peuvent d'ores et déjà être dressés suite à la brève analyse des textes européens en matière de protection des données à caractère personnel.

⁸⁸³ La référence au domaine de l'audiovisuel et aux documents d'archives peut surprendre, la Cour de justice ayant précisé dans sa jurisprudence que la notion de journalisme n'était pas conditionnée par l'utilisation d'un support particulier.

⁸⁸⁴ L'utilisation de l'adverbe « notamment » permet de concevoir ces domaines de conciliation entre la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel comme des exemples, la liste de ceux-ci n'étant évidemment pas exhaustive.

⁸⁸⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

Premièrement, le passage d'une directive européenne, avec pour objectif une harmonisation des législations des Etats membres, à un règlement européen, avec pour objectif l'uniformisation de la réglementation en matière de traitement de données à caractère personnel, n'a pas emporté la généralisation de ce régime de dérogation en faveur de la liberté d'expression. En effet, le règlement se limite à requérir, de la part des Etats membres, l'adoption d'un régime dérogatoire à certaines dispositions du règlement, sans aller plus loin. Alors que le considérant n° 153 ne fait que proposer aux Etats membres l'instauration de ce régime (« [l]e droit des Etats membres *devrait* concilier [...] »⁸⁸⁶), l'article 85 oblige, semble-t-il, les Etats à organiser ces dérogations (« [l]es Etats membres *concilient* [...] » ; « les Etats membres *prévoient* des exemptions ou dérogations [...] »⁸⁸⁷). Cependant, cette obligation n'est assortie d'aucune sanction. Tout au plus, la Commission pourrait donc requérir l'insertion d'un tel régime dérogatoire sous peine d'introduire un recours en manquement contre l'Etat défaillant⁸⁸⁸.

Deuxièmement, la définition de la notion de journalisme, reprise dans la proposition de règlement, a été supprimée dans la version finale du texte européen. La définition proposée était extrêmement large, confondant quasiment cette notion à un usage de la liberté d'expression. Le texte semblait assumer clairement le vaste champ de cette définition en sanctuarisant la liberté d'expression. C'est d'ailleurs ce que reprend le considérant n° 153 *in fine*. Il reste que, malgré la suppression de la définition, ces largesses accordées à ce concept clé semblent s'inscrire en filigrane des différents considérants et dispositions cités.

Troisièmement, les exceptions prévues par les législateurs nationaux doivent être justifiées par la nécessité de concilier le droit à la protection des données personnelles et le droit à la liberté d'expression et d'information. A nouveau, un parallèle – voire une assimilation – semble ici être effectué par le législateur européen entre liberté d'expression et journalisme. Alors que les exceptions sont applicables dans le cadre d'un traitement « réalisé à des fins journalistiques », ces mêmes dérogations doivent être justifiées au regard de la liberté d'expression et d'information. Autrement dit, l'expression journalistique constitue une des

⁸⁸⁶ Nous soulignons.

⁸⁸⁷ Nous soulignons.

⁸⁸⁸ Voy., dans un sens identique, Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 790, n° 22.

formes d'expression, au même titre que les expressions artistique, universitaire ou littéraire, elles-aussi bénéficiaires de ce régime dérogatoire. En effet, l'article 85, § 1^{er}, indique que la protection des données doit se concilier avec la liberté d'expression et d'information, « y compris le traitement à des fins journalistiques »⁸⁸⁹. En d'autres termes, ce dernier ne constitue qu'un élément de la liberté d'expression. L'assimilation ne paraît donc pas totale. Toutefois, le texte semble encore reconnaître la spécificité propre du journalisme, en se détachant de la notion globale de liberté d'expression, dès lors qu'il évoque un traitement « à des fins journalistiques », et non « à des fins d'expression journalistique », comme c'est le cas pour l'« expression universitaire, artistique ou littéraire »⁸⁹⁰. Peut-être faut-il y voir une considération particulière du législateur européen pour le journalisme, ce qui viendrait à nuancer l'interprétation extensive de cette notion constatée ci-avant⁸⁹¹.

Quatrièmement, les exceptions et/ou dérogations organisées par les législations nationales ne sont envisageables qu'à une condition. L'article 85, § 2, souligne qu'elles doivent être prévues « si celles-ci sont nécessaires »⁸⁹² pour opérer la conciliation évoquée ci-avant. En d'autres termes, à défaut d'un tel dessein, une dérogation ne peut être prévue. Cela étant et à l'instar de toute autre dérogation organisée par le législateur, dès lors qu'elle est précisée dans la législation nationale et justifiée par cette conciliation, son application concrète ne semble pas être, à nouveau, conditionnée à la vérification de cet objectif (sous réserve de la formulation choisie par le législateur national). Par ailleurs, la condition évoquée par l'article 85, § 2, ne semble pas en être réellement une. En effet, dès lors que la notion de « journalistique » est entendue largement, il n'y a aucun doute qu'en l'état actuel, tout usage de la liberté d'expression

⁸⁸⁹ Nous soulignons. Le texte anglais utilise le terme « including », le texte néerlandais « daaronder begrepen ».

⁸⁹⁰ L'expression universitaire est une nouveauté du règlement européen, elle ne figurait pas dans la directive 95/46/CE. Sur cette expression, voy. entre autres C. ROMAINVILLE, « La liberté académique devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan et al. c. Turquie*, req. 346/04 et 39779/04, *Rev. trim. D.H.*, 2015/104, pp. 1021 à 1051 ; M. NIHOUL, « La liberté d'expression académique des acteurs de l'enseignement et de la recherche (enseignants, chercheurs et étudiants) selon la Cour européenne des droits de l'homme », in A.-C. RASSON, N. RENUART, H. VUYE (coord.), *Six figures de la liberté d'expression*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 67 à 113.

⁸⁹¹ Sur cette question, voy. aussi Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 780, n° 12. Il indique que « [l]a référence à "l'expression universitaire, artistique ou littéraire" en comparaison avec la formulation plus large des finalités journalistiques pourrait indiquer que seule la phase expressive serait protégée dans ce cadre, ce qui serait évidemment difficilement explicable puisqu'une diffusion de données à caractère personnel ne se conçoit pas sans collecte préalable de ces données. On rappellera qu'en son temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait refusé de considérer que les chercheurs universitaires se trouvaient dans une situation similaire à celle des journalistes, en rejetant l'idée d'un droit pour les premiers de préserver l'anonymat des participants à une étude scientifique dont les contours auraient pu se calquer sur le droit à la protection des sources journalistiques, solodement arrimé à la jurisprudence strasbourgeoise » (l'auteur renvoyant à Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, req. 41723/06).

⁸⁹² Nous soulignons.

se fasse « à des fins journalistiques ». C'est pourquoi, il y a lieu de préconiser une définition plus retreinte de la notion de journalisme (voy. *infra*, n° 181. -).

Enfin, pointons encore une évolution du texte européen. L'article 9 de la directive prévoyait que les exemptions devaient être organisées « dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ». L'article 85, § 2, du règlement prévoit dorénavant que la conciliation doit se faire entre le « droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information »⁸⁹³. Le droit à la vie privée est remplacé par le droit à la protection des données personnelles. Ceci s'explique sans doute par le développement du droit des données personnelles, encore balbutiant en 1995, date de l'adoption de la directive. Sa consécration réelle, comme un droit fondamental à part entière, est effectivement bien plus récente⁸⁹⁴. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui consacre explicitement ce droit est adoptée en 2000, sa valeur contraignante ne lui ayant été reconnue qu'avec le Traité de Lisbonne en 2007. Toutefois, l'on pourrait interpréter la modification entre la directive 95/46/CE et le RGPD comme une restriction de la portée des dérogations, dès lors que ces deux droits ne s'assimilent pas totalement⁸⁹⁵.

B. La jurisprudence européenne

1. La notion de *journalisme* dans l'affaire *Satamedia*

158. - Le journalisme dans la jurisprudence européenne : l'affaire *Satamedia*. Les décisions jurisprudentielles européennes sont, elles aussi, peu nombreuses à s'attarder sur la notion de journalisme. La Cour européenne des droits de l'homme, bien que régulièrement confrontée à des affaires relatives à des journalistes, indique rarement ce qu'elle entend précisément par cette notion. Elle dessine les contours de l'activité de journalisme à travers les droits et obligations que la profession doit respecter sans pour autant en offrir une définition précise. Sa jurisprudence relative à la liberté de la presse permet toutefois d'affirmer que les

⁸⁹³ Précisons encore que le règlement assimile désormais l'expression universitaire aux autres formes d'expressions reprises déjà dans la directive européenne de 1995.

⁸⁹⁴ Voy. *infra* ou *supra*.

⁸⁹⁵ Sur la différence entre « vie privée » et « données à caractère personnel », voy. *supra*.

juges strasbourgeois entendent largement cette notion, considérant qu'il n'y a, *a priori*, pas de restriction particulière devant être appliquée à la définition du journalisme. Une décision rendue le 27 juin 2017 s'attarde néanmoins davantage sur la notion, cet arrêt étant l'aboutissement d'une longue procédure menant les requérants devant les juridictions finlandaises, la Cour de justice de l'Union européenne (par des questions préjudicielles) et la Cour européenne des droits de l'homme (en chambre et en grande chambre). Il est intéressant de revenir sur ces différentes étapes.

L'affaire dite *Satamedia OY c. Finlande*⁸⁹⁶ concerne deux entreprises finlandaises – dont les actionnaires sont identiques – qui diffusent des informations sur les revenus imposables ainsi que sur le patrimoine de personnes physiques. La publication de ces informations, qui ne se fait pas exclusivement par les sociétés requérantes, a lieu dans un magazine local en version papier, ce journal ayant pour vocation première la diffusion de ces renseignements de nature fiscale. Communiquées sous forme d'une liste alphabétique, ces données concernent 1,2 million de personnes physiques, reprenant leur identité ainsi qu'une série d'informations d'ordre pécuniaire et fiscal. Par la suite, les deux entreprises finlandaises étendent le partage de ces données via un programme de diffusion par messagerie téléphonique contre paiement. Ainsi, ce service permet en envoyant le nom d'une personne d'obtenir des informations fiscales sur cet individu, pour autant que les données en question soient disponibles et aient déjà été diffusées dans le magazine papier. Afin de garantir la protection de la vie privée, le système permet néanmoins de demander à ce que des données soient retirées de ces deux formes de diffusion. Malgré cette faculté, plusieurs plaintes se fondant sur le non-respect du droit à la protection de la vie privée, parviennent aux deux autorités finlandaises chargées de veiller à la protection des données à caractère personnel (le « tietosuojavaltuutettu » et la « tietosuojalautakunta »). Une procédure visant à interdire ces diffusions est alors lancée par l'un de ces médiateurs finlandais chargés de la protection des données à caractère personnel⁸⁹⁷. Ayant essuyé un refus de la part des deux entreprises, une action judiciaire est introduite devant un tribunal administratif. Ce dernier rejette le recours, estimant que le traitement de données ainsi que la diffusion des informations fiscales entrent dans l'une des exceptions en faveur du journalisme insérée dans la réglementation finlandaise. Selon cette juridiction, « la dérogation

⁸⁹⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13 ; Cour eur. D.H., 21 juillet 2015, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13. Pour un commentaire de ce dernier arrêt, voy. S. MIHAIL, « Does Privacy Overpower Journalistic Freedom ? », *European Data Protection Law Review*, 2016/1, pp. 130 à 134.

⁸⁹⁷ L'autre autorité refuse d'interdire la poursuite de ces activités autour des données fiscales à caractère personnel.

concernant les activités de journalisme [...] ne [doit] pas faire l'objet d'une interprétation trop stricte, laquelle favoriserait la protection de la vie privée au détriment de la liberté d'expression » (§ 17). Il ajoute que le magazine qui publie les informations fiscales poursuit bien un but journalistique, que ces données sont d'intérêt général et qu'elles avaient d'ores et déjà été rendues précédemment accessibles au public. Le médiateur, non content de la décision rendue, décide alors de saisir la Cour administrative suprême. Cette dernière, afin de pouvoir se prononcer correctement, saisit la Cour de justice de l'Union européenne afin de lui poser plusieurs questions préjudicielles.

159. - Le journalisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : les questions préjudicielles posées dans l'affaire *Satamedia*. Interrogée à la suite d'un recours en question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 16 décembre 2008⁸⁹⁸, s'est largement étendue sur cette notion et son interprétation.

Plusieurs demandes d'éclaircissements sont posées par les autorités judiciaires finlandaises à la juridiction européenne à propos de l'application concrète de la directive 95/46/CE :

- la première porte sur la notion de « traitement de données à caractère personnel »,
- la deuxième a trait à l'exception de journalisme,
- la troisième à l'article 17 de la directive qui concerne la « [s]écurité des traitements »,
- et enfin la quatrième question porte sur l'impact d'une publication antérieure des informations sur l'application de la directive.

Il importe de s'attarder sur la deuxième question préjudicielle. Celle-ci pose concrètement la question de la définition exacte de l'expression contenue à l'article 9 de la directive 95/46/CE : les « traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ».

S'appuyant sur divers enseignements tirés de l'application de cette directive – repris ensuite dans le règlement européen et justifiant notamment l'adoption de ce nouveau texte –, la

⁸⁹⁸ C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*. Pour des commentaires de cet arrêt, voy. C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », *R.T.D.L.*, 2010, pp. 130 à 144 ; B. DOCQUIR, « Arrêt *Satamedia* : la (re)diffusion d'informations publiques dans les médias et les exigences de la protection des données », *R.E.D.C.*, 2009, pp. 560 à 581.

Cour de justice de l'Union européenne souligne d'emblée qu'« [a]fin de tenir compte de l'importance que détient la liberté d'expression dans toute société démocratique, il convient [...] d'interpréter les notions y afférentes, dont celle de journalisme de manière large », tout en ajoutant que « les dérogations et limitations de la protection des données [...] doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire » (§ 56). De cette généralité, la Cour dresse trois constats.

Le premier porte sur le champ d'application de l'article 9, celui-ci s'appliquant « non seulement aux entreprises de média, mais également à toute personne exerçant une activité de journalisme » (§ 58). On peut en conclure qu'à l'instar de la recommandation du Conseil de l'Europe sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources⁸⁹⁹, la Cour semble admettre qu'une entreprise, personne morale, puisse exercer des activités journalistiques⁹⁰⁰. Ensuite, elle indique que le caractère lucratif d'une publication « n'exclut a priori pas qu'elle puisse être considérée comme une activité “aux seules fins de journalisme” » (§ 59). La Cour va même plus loin en admettant qu'« [u]n certain succès commercial peut même constituer la condition sine qua non de la subsistance d'un journalisme professionnel » (§ 59)⁹⁰¹. Sur ce point, l'on ne peut qu'abonder dans le sens de la Cour tant aujourd'hui la perspective économique des médias doit être prise en compte. Enfin, la Cour rappelle l'évolution importante et « la multiplication des moyens de communication et de diffusion d'informations », pour aboutir à constater le caractère non-déterminant du support de transmission des données « pour apprécier s'il s'agit d'une activité “aux seules fins de journalisme” » (§ 60). La Cour opte donc pour une vision transversale de la notion, indépendamment du support utilisé pour la diffusion d'informations. Ces trois constats permettent ensuite à la Cour de conclure son raisonnement en soutenant qu'il y a lieu de comprendre les activités de journalisme comme celles ayant « pour finalité la

⁸⁹⁹ Voy. *supra*.

⁹⁰⁰ Une question mérite d'être posée : si la Cour avait dû se prononcer sur la notion de journaliste – et non sur l'expression d'activités journalistiques –, aurait-elle admis dans le même sens les personnes morales ? Une réponse positive est plus difficile à tenir dès lors que la notion de journaliste renvoie, dans son sens commun, à une personne physique.

⁹⁰¹ Cet enseignement met en exergue le fait qu'il est aujourd'hui illusoire de ne parler des médias qu'en termes de liberté d'expression. Ainsi, « [c]oncevoir l'audiovisuel [et a fortiori internet] uniquement en termes d'opinion et d'expression constitue une fiction qui ne correspond plus à la réalité. [...] Les entreprises de médias ne cherchent plus simplement à véhiculer un message, mais sont en quête d'une audience la plus large possible, laquelle permet d'accroître les recettes publicitaires. [...] Une logique fondée sur le souci d'alimenter le “marché des idées” pour renforcer la liberté d'expression a parfois fait place à une logique de “marché de produits sacrifiant à une vision ‘économiste’” » (F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 93, n° 130. Les auteurs renvoient aux propos tenus par Patrick Le Lay, alors Président-Directeur Général de TF1.

divulgarion au public d'informations, d'opinions ou d'idées sous quelque moyen de transmission que ce soit » (§ 61)⁹⁰².

Il est intéressant de noter que, sur cette définition, la Cour n'a pas suivi les conclusions proposées par l'Avocate générale Juliane Kokott rendues dans cette affaire. A propos du champ d'application de l'article 9 de la directive, la magistrate refuse de valider l'interprétation selon laquelle ladite disposition « couvrirait [...] tous les conflits imaginables entre la liberté d'expression et la protection des données » (§ 56). Elle soutient qu'une telle interprétation aboutit à ce que « [l]es termes de fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, utilisés à cet effet, n'auraient plus de fonction propre à côté de la notion de liberté d'expression, si l'on considérait que, pris dans leur ensemble, ils équivalent à la liberté d'expression » (§ 57). Elle indique en outre qu'il « doit être déterminé à partir des notions de fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ayant une signification propre qui n'est pas identique au domaine de protection de la liberté d'expression » (§ 64). Ainsi, dès l'entame de ses réflexions, l'Avocate générale cherche à distinguer la notion d'activités journalistiques de la liberté d'expression. Sans doute la suite de son raisonnement est-elle empreinte de ce postulat de départ. Elle poursuit ainsi son analyse en mentionnant que « [p]our étoffer la notion de fins de journalisme, on peut y inclure la mission des médias dans une société démocratique » (§ 66). Reprenant les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme, elle rappelle que la presse est « tenue de communiquer des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public » (§ 66). L'Avocate générale a donc recours à un critère supplémentaire, non retenu *in fine* dans l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne. Cela étant, elle ajoute en outre que la « simple mise à disposition de données prises telles quelles peut contribuer à la diffusion publique et donc être d'intérêt public. Le choix des données diffusées constitue, par ailleurs, déjà l'expression d'une appréciation subjective de celui qui diffuse les données. Ce choix comporte en effet, pour le moins, l'appréciation que ces données sont intéressantes pour le destinataire » (§ 66). Autrement dit, l'Avocate générale considère qu'entre dans la notion de journalisme le simple fait de faire le choix de diffuser des informations – pour autant qu'elles soient d'intérêt public – sans requérir des actions supplémentaires (telles que le traitement, l'analyse, le recoupement, etc. des informations).

⁹⁰² Voy. aussi le § 62 et la formulation quelque peu différente. A ce propos, voy. Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 775, n° 12, note 32.

La Cour n'a donc pas tenu compte de cet élément complémentaire, aboutissant alors à faire 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 »⁹⁰³, finalité « qui [relève] du droit fondamental de la liberté d'expression »⁹⁰⁴. La Cour interprète donc largement la notion de journalisme, l'assimilant en réalité et en définitive à la liberté d'expression et ce, conformément à la réglementation relative à la protection des données personnelles⁹⁰⁵. Notons dès à présent que la définition proposée par l'Avocate générale Juliane Kokott ne peut être considérée comme étant d'interprétation stricte, tant le critère des « questions d'intérêt public » peut se concevoir largement.

160. - Le journalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : les conséquences de l'arrêt *Satamedia* de la CJUE. L'affaire *Satamedia Oy c. Finlande* se poursuit, suite à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, devant la Cour administrative suprême finlandaise. Cette dernière annule les décisions rendues par les organes de protection des données ainsi que le Tribunal administratif. Une nouvelle procédure est alors engagée par les entreprises finlandaises en vue de remettre en cause des décisions de la commission de protection des données visant à interdire le traitement des informations fiscales. Un recours est introduit par les sociétés requérantes, mais sera rejeté par le Tribunal administratif, ce que confirme ensuite la Cour administrative suprême. L'affaire est alors portée devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Devant cette juridiction européenne, les entreprises requérantes allèguent une violation de leur droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles considèrent que l'ingérence, à savoir l'interdiction de diffusion et de traitement de ces données fiscales, ne répond pas aux trois conditions énumérées à l'article 10,

⁹⁰³ C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, R.T.D.I., 2010/38, p. 142. Voy. également les pp. 140 et s. sur l'opportunité d'une telle définition et la pertinence de la position de la C.J.U.E.

⁹⁰⁴ C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, § 55. L'arrêt poursuit en établissant que la notion de journalisme est afférente à celle de la liberté d'expression.

⁹⁰⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, §§ 55 et 56.

§ 2, du texte européen. Dans un premier arrêt rendu le 21 juillet 2015⁹⁰⁶, la Cour conclut à la non-violation de l'article 10 et valide par conséquent l'interdiction de diffusion. La notion de journalisme est relevée à deux reprises dans le raisonnement de la Cour. Premièrement, dans l'analyse de la légalité et de la légitimité de l'ingérence : pour les sociétés requérantes, « la loi sur les données à caractère personnel ne [prévoit] aucune restriction à la liberté d'expression », ajoutant que cette disposition législative n'est « nullement censée être appliquée aux données personnelles destinées à être publiées » (§ 54). Elles interprètent « l'exception journalistique » comme devant « s'appliquer aux fichiers de données à caractère personnel visant à étayer une publication » (§ 54). Selon la Cour, l'ingérence est prévue par la loi sur les données à caractère personnel. Elle précise ensuite que la question soulevée devant les juridictions finlandaises porte sur « l'applicabilité à la situation des sociétés de l'«exception journalistique» prévue par cette loi » (§ 55). La Cour admet qu'il y a lieu de s'interroger sur l'existence d'« exceptions au droit à la protection de la vie privée au bénéfice de la liberté d'expression » (§ 55). La Cour conclut alors à l'existence d'un but légitime. Il est intéressant de souligner la retranscription faite par la Cour. Elle passe en effet d'une problématique initiale d'un traitement de données à caractère personnel et son éventuelle admissibilité dès lors qu'il s'exécute à des fins journalistiques, à une problématique de balance de droits fondamentaux – sans doute plus traditionnelle à ses yeux – entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Tacitement, la Cour semble déjà admettre une interprétation large de l'exception visée. Sans doute s'appuie-t-elle dès cette étape de son raisonnement sur les enseignements tirés de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne.

Ces enseignements sont d'ailleurs le point de départ de l'analyse proposée par la Cour de la notion de journalisme dans son examen de la nécessité dans une société démocratique. Il s'agit du second moment où cette notion entre dans le raisonnement de la Cour. La haute juridiction européenne reconnaît explicitement que « [l]a question centrale est donc la notion de journalisme » (§ 68), tout en reprenant ensuite la définition proposée par la Cour de justice⁹⁰⁷. La Cour valide le raisonnement tenu par les juridictions internes finlandaises. Ces dernières considèrent « que la publication de l'intégralité de la base de données collectées à des fins journalistiques ne [peut] être considérée comme une activité de journalisme » (§ 70), d'une part

⁹⁰⁶ Cour eur. D.H., 21 juillet 2015, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13.

⁹⁰⁷ Pour rappel, la Cour de justice entend les activités journalistiques comme celles ayant pour « finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce fût » (§ 69 de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme).

parce que l'intérêt général ne nécessite pas une telle publication, d'autre part parce que la dérogation prévue dans la directive et retranscrite dans la loi finlandaise doit être interprétée restrictivement, de sorte qu'il faut « interpréter la liberté d'expression des sociétés requérantes de manière stricte afin de protéger le droit au respect de la vie privée » (§ 71). L'on perçoit ici toute l'ambivalence entre une définition excessivement large de la notion de journalisme, et une volonté non dissimulée de la part des juridictions finlandaises de l'interpréter strictement. La Cour européenne semble adhérer à un tel raisonnement. Dans l'opinion concordante du juge Nicolaou, cette pirouette est quelque peu justifiée : en effet, il appartient « aux juridictions nationales de déterminer si ces activités [sont] pratiquées “aux seules fins de journalisme” ou, en d'autres termes si “lesdites activités [ont] pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées” », compte tenu du fait encore que ces dérogations s'opèrent « dans les limites du strict nécessaire » (§ 2)⁹⁰⁸. Dans une opinion dissidente, la juge Tsotsoria revient longuement sur la notion de journalisme. Elle reproche notamment à l'arrêt de prendre en compte la quantité d'informations publiées pour déterminer si les activités relèvent d'une activité de journalisme (§ 5). Elle considère en effet qu'en l'espèce, les activités des sociétés requérantes relèvent du journalisme. Elle écrit à ce propos qu'il « convient de rappeler que les éléments inaliénables du journalisme sont la collecte et l'interprétation des données et la présentation des informations sous forme de récit. Or, le présent arrêt pourrait laisser croire que les limitations apportées au traitement de données par les journalistes sont si strictes que l'activité journalistique dans son ensemble en perd sa raison d'être. Cela pourrait notamment être le cas lorsque des efforts persistants sont déployés pour restreindre la liberté d'expression, en particulier à la lumière du caractère dynamique et évolutif des médias. L'arrêt n'applique pas le postulat selon lequel les exceptions à la liberté d'expression appellent une interprétation étroite et que le besoin de restreindre doit se trouver établi de manière convaincante » (§ 9)⁹⁰⁹. Elle ajoute, sur la question de la quantité d'informations diffusées, qu'« en liant l'activité journalistique à la quantité d'informations publiées, l'arrêt risque de conduire à des restrictions supplémentaires à la liberté d'expression [...] ». Pareille interprétation

⁹⁰⁸ Le juge Nicolaou constate encore que la décision d'interdiction de diffusion des informations fiscales a entraîné des pertes économiques pour les entreprises requérantes. Il considère, à ce propos, que c'est à bon droit que la Cour administrative suprême a estimé « que cette question ne devait pas être prise en compte. Y accorder de l'importance, c'eût été envisagé la possibilité de voir la protection offerte par la directive ne pas s'appliquer en cas de perte importante [...] mais être maintenue uniquement dans le cas d'une perte faible ». Autrement dit, il semble admettre, en pareille circonstance, une prévalence du droit à la protection des données à caractère personnel sur le droit d'entreprise. C'est un raisonnement que la Cour de justice de l'Union européenne a tenu dans son arrêt *Google Spain*.

⁹⁰⁹ La juge s'appuie, pour rappeler les éléments inaliénables du journalisme, sur B. VAN DER HAAK, M. PARKS, M. CASTELLS, « The Future of Journalism: Networked Journalism », *International Journal of Communications*, 2012/6, p. 2927.

de l'expression "activité de journalisme" ne peut servir les intérêts supérieurs d'une société démocratique tels qu'interprétés par la Cour dans sa jurisprudence [...]. La Cour aurait dû interpréter et évaluer les activités journalistiques des sociétés requérants en tenant compte du rôle essentiel que les médias, y compris la presse, jouent dans une société démocratique et du fait que toute personne qui exerce sa liberté d'expression assume des "devoirs et des responsabilités" dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique » (§ 10).

161. - Le journalisme devant la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. L'affaire a été à nouveau jugée par les juges de la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme⁹¹⁰. Les sociétés requérantes considèrent que leurs activités doivent être considérées comme du journalisme et « se demandent quelle est la quantité d'informations publiées à partir de laquelle les informations perdent leur caractère publiable » (§ 105).

Afin de pouvoir appréhender correctement cette affaire, la grande chambre entend plusieurs observations de tiers intervenants⁹¹¹. Ces derniers plaident pour une interprétation large de la notion de journalisme. L'*European Information Society Institute*⁹¹² évoque le « journalisme de données [qui] consiste à rendre des informations existantes plus utiles pour le public », tout en soulignant que « le traitement et l'analyse de données disponibles sur un sujet particulier constituent également une activité de journalisme importante en soi » (§ 114). L'institut plaide pour une extension de « la protection de l'article 10 à des formes novatrices de journalisme » (§ 115). L'association *NORDPLUS law and Media Network*⁹¹³ appuie elle aussi une révision de la définition existante du journalisme, souhaitant que la Cour prenne en compte la neutralité des médias ainsi que la neutralité technologique dans son raisonnement (§ 116).

⁹¹⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13. Voy., à ce propos, Q. VAN ENIS, « Protection des données et liberté d'expression : (re)diffusion de données publiques ne rime pas toujours avec activités journalistiques », *Rev. trim. D.H.*, 2018/116, pp. 953 à 984.

⁹¹¹ Outre les deux associations citées, la Cour a encore entendu les associations suivantes : *Article 19*, *Access to Information Programme*, *Társaság a Szabádágjogokért*. Elles plaident, elles-aussi, pour une conception large de la notion de journalisme.

⁹¹² Il s'agit d'un Institut créé en 2010 qui s'intéresse aux problématiques qui touchent le droit, les technologies et la société de l'information. Il se définit comme un centre non-académique de recherche sur internet et sur la propriété intellectuelle, avec un axe important relatif aux droits et libertés des utilisateurs d'internet, des consommateurs et des fournisseurs de service. Voy. leur site internet, <http://www.eisionline.org/index.php/en/>.

⁹¹³ L'association réunit plusieurs universités afin de renforcer la coopération académique dans le domaine du droit et des médias.

La grande chambre confirme le raisonnement tenu par les juridictions administratives finlandaises ainsi que l'arrêt rendu en 2015 par la cinquième chambre de la Cour. Elle considère premièrement que l'ingérence est bien prévue par la loi et que la dérogation à des fins de journalisme est suffisamment prévisible (§ 149). Il était par conséquent possible pour les entreprises requérantes de prévoir l'interdiction de diffusion d'une base de données fiscales : « [l]a quantité et la forme des données publiées ne [peut] excéder la portée de la dérogation, et celle-ci, de par sa nature même, [doit] être interprétée de manière restrictive, ainsi que la CJUE l'a clairement indiqué » (§ 149). En outre, elle estime encore que les sociétés requérantes étaient en mesure de comprendre que la diffusion des informations ne se faisait pas « aux seules fins de journalisme », comme le précise la directive européenne 95/46/CE ainsi que la loi finlandaise de transposition. Ensuite, la grande chambre de la Cour, dans son analyse de la proportionnalité, reprend en substance ce que la Cour a consacré dans son arrêt du 21 juillet 2015. A la question relative à la participation au débat d'intérêt général, les juges européens distinguent l'accessibilité de données fiscales de leur collecte et leur diffusion (§ 176). S'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi finlandaise de transposition, la Cour affirme que « les bases de données établies à des fins de journalisme ne sont pas censées être mises à la disposition de personnes qui n'exercent aucune activité de journalisme, ce qui met en évidence que le privilège journalistique en question concerne le traitement de données effectué en interne. Cette distinction entre le traitement de données à des fins de journalisme et la diffusion des données brutes auxquelles les journalistes ont accès dans des conditions privilégiées a été clairement établie par la Cour administrative suprême [...] » (§ 175). Elle ajoute encore que la dérogation ne vaut que lorsque le traitement est exercé aux *seules* fins de journalisme, constatant qu'en l'espèce, tel ne peut être le cas (§ 176).

Dans une opinion dissidente, deux juges (les juges Sajó et Karakaş) remettent en cause le constat posé par la grande chambre de la Cour, lorsque cette dernière se refuse à considérer les activités comme étant de nature journalistique. Ils rappellent que la « question de savoir si un requérant mène une “activité de journalisme” revêt une importance cruciale puisque, dans l'affirmative, les moyens employés pour obtenir de telles données et l'usage qui en est fait n'ont aucune pertinence » (§ 6). Ils soutiennent que la conclusion de la grande chambre est incohérente notamment au regard de la jurisprudence européenne « qui n'a jamais énoncé qu'une société de presse enregistrée qui publie des données dans un journal ne mène pas des “activités de journalisme” » (§ 7) et qui n'a « jamais exigé qu'un journaliste se livre à une “analyse” pour considérer qu'il satisfait à ses obligations en matière de diffusion d'informations

au public » (§ 8). Et d'ajouter encore que « [l]e journalisme est avant tout une affaire de collecte et de présentation des faits et non d'apport "analytique". Le fait prime l'opinion » (§ 8). Des critiques sont aussi portées contre le critère de la quantité d'informations publiées. Les juges rappellent que « [l]a diffusion des informations est l'un des objectifs habituels de la décision de rendre la collecte de données accessible au public », soutenant que ce critère quantitatif sur lequel se base la Cour n'existe nulle part. Enfin, les juges semblent reconnaître la nécessité de définir la notion de journalisme, cette tâche ne pouvant être laissée aux Etats membres (§§ 20 et 21). Ils estiment qu'une telle définition ne peut entrer dans la marge d'appréciation des Etats membres. Les deux juges considèrent donc que l'exercice de définition auquel s'est attelée la grande chambre était nécessaire, mais qu'il a cependant été mal exécuté⁹¹⁴.

2. La notion de *journalisme* dans d'autres affaires européennes

162. - Le journalisme dans d'autres arrêts européens. L'affaire *Satamedia OY c. Finlande* apporte des précisions intéressantes relatives à la notion de journalisme. Dès lors qu'elle a été traitée non seulement par la Cour de justice de l'Union européenne – par le biais de questions préjudicielles posées par les juridictions finlandaises – et qu'elle a ensuite fait l'objet de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'affaire semble centrale. Elle ne doit toutefois pas écarter d'autres décisions qui, bien qu'analysant la notion de *journalisme* de façon moins frontale, donnent des indications intéressantes.

163. - Le journalisme dans un autre de la Cour européenne des droits de l'homme. En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* peut être cité. La grande chambre de la Cour précise que « [l]a collecte d'informations serait une partie essentielle du travail de journalisme et l'État serait tenu de ne pas faire obstacle à la circulation des informations », tout en relevant aussi que « [l]a fonction de "chien de garde",

⁹¹⁴ Les juges font ici un parallèle avec la notion de « journalisme responsable » « qui a été utilisée, quoique de manière non explicite, pour autoriser l'analyse moins stricte de la mise en balance accomplie par l'Etat et la proportionnalité de la mesure adoptée [...] ». La notion de « journalisme responsable » a récemment été utilisée comme l'un des facteurs permettant d'accorder une marge d'appréciation plus large, ce qui a eu pour résultat d'amoindrir la liberté de la presse » (§ 21 ; les juges renvoient à Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, req. 11882/10, § 90 ; Cour eur. D.H. (déc.), 5 janvier 2016, *Erdtmann c. Allemagne*, req. 56328/10, § 20 ; Cour eur. D.H., 8 mars 2016, *Rusu c. Roumanie*, req. 25721/04, § 24 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2016, *Bédar c. Suisse*, req. 56925/08, §§ 49 à 54 ; Cour eur. D.H. (déc.), 10 mai 2016, *Salihu et autres c. Suède*, req. 33628/15, §§ 53 à 56 ; Cour eur. D.H., 13 décembre 2016, *Kunitsyna c. Russie*, req. 9406/05, § 45 ; Cour eur. D.H. (déc.), 24 janvier 2017, *Travaglio c. Italie*, req. 64746/14, § 36).

qui consisterait à générer un débat public et à y contribuer, ne serait pas l'apanage des journalistes professionnels ; elle serait aussi exercée par les ONG, les chercheurs et les militants »⁹¹⁵.

164. - Le journalisme dans d'autres arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

En ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, l'arrêt *Google Spain* apporte des précisions supplémentaires. La Cour refuse en effet de reconnaître qu'un moteur de recherche agisse à des fins de journalisme⁹¹⁶. Quentin Van Enis met en perspective cet arrêt avec l'arrêt *Satamedia* de la Cour de justice. Soulignant le rôle *a priori* semblable des parties en cause, soit « faciliter l'accès à des informations disponibles par d'autres biais »⁹¹⁷, l'auteur justifie la différence de traitement par le fait que *Satamedia* opère une sélection du contenu, ce qui n'est pas le cas du moteur de recherche *Google*⁹¹⁸.

Il importe de révéler encore l'affaire *Sergejs Buivids*, l'arrêt datant du 14 février 2019⁹¹⁹. L'affaire porte sur la publication d'une vidéo sur le site internet www.youtube.be. La vidéo montre des membres de la police dans le cadre de leurs activités dans le commissariat, ces images ayant été prises à l'occasion d'une déposition faite par Sergejs Buivids, le requérant dans la présente affaire. Ce dernier a fait l'objet d'une décision prise par l'autorité de protection des données lettone, celle-ci estimant qu'il n'a pas respecté ses obligations de responsable de traitement. Le requérant soutient que ces obligations ne lui sont pas imputables dès lors que le traitement de données s'inscrit dans le cadre de l'exception figurant à l'article 9 de la directive 95/46/CE relative aux traitements effectués « aux seules fins de journalisme ». Confirmant le raisonnement proposé dans les conclusions de l'avocate générale⁹²⁰, la Cour de justice de l'Union européenne confirme, dans un premier temps, l'application de la directive européenne : l'on est bien en présence d'un traitement effectué sur des données à caractère personnel (§§ 28 à 47). Dans un second temps, elle s'interroge sur l'éventuelle application de ladite dérogation en se référant notamment aux enseignements proposés dans l'arrêt *Satamédia* du 16 décembre

⁹¹⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. 18030/11, § 109.

⁹¹⁶ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 85.

⁹¹⁷ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 779, n° 12, note 51.

⁹¹⁸ *Ibidem* ; Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 178 et 179, note 28.

⁹¹⁹ C.J.U.E., 14 février 2019, C-345/17, *Sergejs Buivids*.

⁹²⁰ Conclusions de l'Avocate générale Eleanor Sharpston présentées le 27 septembre 2018, C-345/17, *Sergejs Buivids c. Datu valsts inspekcija*.

2008. Elle rappelle que le bénéfice de la dérogation de l'article 9 n'implique pas nécessairement d'être un journaliste de profession⁹²¹. Cela étant, « il ne saurait être considéré que toute information publiée sur Internet, portant sur des données à caractère personnel, relève de la notion d'«activités de journalisme» » (§ 58). Et la Cour de justice d'insister sur le fait que la dérogation n'est applicable que lorsqu'elle la traitement poursuit une seule et unique finalité, le journalisme. S'il s'avère que plusieurs d'autres finalités entrent en jeu, la dérogation n'est alors plus d'application, le régime « normal » de protection des données à caractère personnel devant alors s'appliquer pleinement. Cette condition d'unique finalité, présente dans la directive, n'est pas présente dans le RGPD. Enfin, la Cour de justice rappelle que la dérogation prévue à l'article 9 ne s'applique que lorsqu'elle est nécessaire en vue de concilier la protection du droit à la vie privée et la liberté d'expression (§ 64 à 66), revenant sur les critères pertinents évoqués par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*⁹²².

§ 3. La notion de journalisme en droit belge

165. - Introduction. Dans le cadre de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, la notion de journalisme fait l'objet d'une définition (A.). D'autres textes font de même. Tel est le cas de la loi créant un statut de journaliste professionnel (B.) et de la loi offrant une protection des sources journalistiques (C.). Enfin, des décrets organisant le subventionnement des instances déontologiques offrent, eux-aussi, une définition de la notion de journalisme (D.).

A. La notion de journalisme dans la réglementation relative aux traitements de données à caractère personnel

1. La loi du 8 décembre 1992

⁹²¹ C.J.U.E., 14 février 2019, C-345/17, *Sergejs Buivids*, § 55 (« la circonstance que M. Buivids ne soit pas un journaliste de profession n'apparaît pas de nature à exclure que l'enregistrement de la vidéo en cause ainsi que la publication de celle-ci sur un site Internet de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager celles-ci puissent relever de [l'article 9 de la directive 95/46/CE] »).

⁹²² Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13.

166. - Le journalisme dans la loi relative au traitement des données à caractère personnel : la loi du 8 décembre 1992. La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁹²³, telle que modifiée en 1998 afin de transposer la directive 95/46/CE⁹²⁴ comprend un article 3, § 3, qui transpose, en droit belge, les dérogations « aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ». A nouveau, définir précisément ces mots semble extrêmement important dès lors qu'ils conditionnent, pour partie, le champ d'application de la loi du 8 décembre 1992. Le projet initial transposant la directive⁹²⁵ précisait d'une part que l'application de cette exception était conditionnée au fait que les traitements devaient contribuer « à la libre formation de l'opinion publique », et d'autre part que l'exactitude des informations traitées devait avoir été vérifiée « avant leur publication, par tous les moyens dont le responsable du traitement peut raisonnablement disposer ». Ces éléments ont toutefois été supprimés dans la version finale de la loi. Selon les rapporteurs, ces deux conditions auraient abouti à « priver le juge de la faculté d'interprétation dont il dispose [...] en matière de liberté d'expression »⁹²⁶ et auraient permis en définitive au pouvoir judiciaire de contrôler préalablement la publication d'un article⁹²⁷, un tel contrôle étant évidemment interdit par l'article 25 de la Constitution⁹²⁸.

2. La loi du 30 juillet 2018

167. - Le journalisme dans la loi relative au traitement des données à caractère personnel : de la loi du 8 décembre 1992 à la loi du 30 juillet 2018. Cependant, la loi du 8 décembre 1992 a été abrogée, une nouvelle loi ayant été adoptée le 30 juillet 2018⁹²⁹ dans le

⁹²³ 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.

⁹²⁴ 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.

⁹²⁵ Projet de loi 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 des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, séance du 20 mai 1998, n° 1566/1, pp. 253 et s.

⁹²⁶ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par MM. L. Willems et R. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, séance du 5 novembre 1999, n° 1566/10, p. 75.

⁹²⁷ M. FLAMMÉE, T. LÉONARD, « La liberté de la presse à l'aune de la loi sur la protection des données : liberté responsable ou liberté surveillée ? », *R.G.D.C.*, 1997, p. 33, n° 54.

⁹²⁸ L'article 25, al. 1^{er} de la Constitution porte que « [l]a presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ».

⁹²⁹ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616. C'est l'article 280, al. 1^{er} qui abroge la loi du 8 décembre 1992.

cadre de la mise en œuvre du règlement européen relatif à la protection des données personnelles. Cette nouvelle loi organise en son article 24 un régime particulier pour les traitements à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire. Dès l'avant-projet, le texte belge propose une définition des traitements effectués à des fins de journalisme. Ainsi, l'article 29 précise qu'un tel traitement doit s'entendre comme « un traitement ayant comme finalité la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations d'intérêt général, par le biais de média, au profit du public »⁹³⁰. La Commission de la protection de la vie privée est la première institution à se prononcer sur ce texte. Dans son avis 33/2018 du 11 avril 2018⁹³¹, elle estime que la définition est « claire », mettant « l'accent sur le fond de l'information et non sur sa forme » (p. 51/129)⁹³². Cependant, elle propose que le texte soit complété d'une mention visant à ce que le responsable du traitement s'engage à respecter la déontologie journalistique, s'appuyant sur la loi française relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁹³³. L'article 67 de cette loi précise que l'exemption d'application de certains droits de la personne concernée est d'application lorsque les traitements sont « mis en œuvre aux seules fins [...] [d]'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession »⁹³⁴. Par conséquent, le régime particulier applicable lors d'un traitement à des fins journalistiques emporte la nécessité de respecter les règles déontologiques.

168. - Le journalisme dans la loi du 30 juillet 2018 : de l'avis de la SLCE au travail parlementaire. Quant à la section de législation du Conseil d'Etat, elle propose quelques modifications. L'avis rendu le 19 avril 2018⁹³⁵ s'étonne de ce que l'archivage ne soit pas repris

⁹³⁰ Avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, disponible à l'adresse suivante, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192/projet>. L'avant-projet figure en outre dans les documents parlementaires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001, pp. 258 à 395). Voy. aussi l'exposé des motifs de l'avant-projet.

⁹³¹ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), disponible à l'adresse suivante, https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_33_2018.pdf. L'avis se retrouve en outre dans les documents parlementaires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001, pp. 736 à 864).

⁹³² La Commission fait référence à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *Satamedia* du 16 décembre 2008 (voy. son analyse *supra*).

⁹³³ Loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227.

⁹³⁴ L'article 67 de la loi a été modifié par l'article 34 de la loi française n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *J.O.R.F.*, 21 juin 2018.

⁹³⁵ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', disponible à l'adresse suivante, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf>.

dans le cadre de la définition alors que cette action sur des données est clairement inscrite comme entrant dans la notion de journalisme dans le considérant n° 153 du règlement européen (p. 27/105). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est à cet égard extrêmement claire aussi⁹³⁶. En outre, la section de législation s'interroge sur l'utilisation de l'expression « informations d'intérêt général » (p. 27/105). Autrement dit, elle estime que la définition proposée est trop restrictive, soutenant qu'on ne peut déduire de la jurisprudence européenne relative à la présence d'un intérêt général dans l'information traitée par les journalistes « que seul le traitement d'informations qui seraient elles-mêmes directement d'« intérêt général », participe à l'exercice de l'activité journalistique » (p. 28/105). Il est difficile de partager totalement cette volonté d'augmenter le champ de la notion de journalisme et considérons que le recours à cette précision complémentaire de l'intérêt général est nécessaire⁹³⁷, d'autant que l'expression demeure suffisamment large pour y inclure de nombreuses et diverses informations. Le Conseil d'Etat ajoute d'ailleurs que seule l'option visant à ne pas retenir la qualification d'intérêt général « permet, conformément au considérant n° 153 précité, “de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme” » (p. 28/105). Plus qu'une conviction de la part de la section de législation, cette phrase témoigne d'une volonté de s'inscrire dans le prescrit du règlement européen, sans pour autant – peut-être – partager pleinement cette interprétation.

Ces remarques ont partiellement été prises en compte par le législateur. Le projet initial de loi du 11 juin 2018 définit le traitement à des fins journalistiques comme englobant « la préparation, la collecte, la rédaction, la production, la diffusion ou l'archivage à des fins d'informer le public, par le biais de tout média et dont le responsable du traitement s'impose des règles de déontologie journalistique »⁹³⁸. Les remarques principales évoquées tant par la Commission de protection de la vie privée que la section de législation du Conseil d'Etat sont ainsi prises en compte. D'une part, l'archivage entre désormais dans l'objet d'un traitement à des fins de journalisme et d'autre part, le lien avec la déontologie est formalisé. En outre, le législateur supprime le caractère d'intérêt général des informations travaillées et diffusées à des fins de journalisme. Dans le commentaire des articles⁹³⁹, il est cependant fait mention de la définition de journalisme proposée par le Code de déontologie journalistique qui maintient cette

⁹³⁶ Voy. *infra*.

⁹³⁷ Voy. aussi le raisonnement tenu par l'Avocate générale Juliane Kokott, *supra*.

⁹³⁸ Projet de loi du 11 juin 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001, p. 50.

⁹³⁹ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001, p. 51.

qualification des informations⁹⁴⁰. Ce commentaire ajoute une justification complémentaire sur le régime dérogatoire prévu pour les traitements à des fins journalistiques. Conformément à la législation belge, les mesures préventives sont interdites à l'encontre des excès d'un journaliste. Cette interdiction des mesures *a priori* est confirmée par la jurisprudence et « a pour conséquence que pour réconcilier la protection des données avec la liberté de la presse, comme l'impose l'article 85 du Règlement, les traitements à des fins journalistiques doivent être exonérés de toutes les dispositions du règlement dont l'application pourrait constituer un contrôle a priori des traitements à des fins journalistiques. Cet article examine donc une par une tou[te]s les dispositions du règlement pour examiner si leur application peut constituer un contrôle a priori et, dans ce cas, il exempte les traitements à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire »⁹⁴¹. Un raisonnement similaire est tenu au regard de la loi du 7 avril 2005 sur la protection des sources journalistes : toute disposition qui contreviendrait à la loi doit être exemptée lorsque les traitements de données sont effectués aux mêmes fins que celles énumérées ci-avant.

La rédaction de la définition a fait l'objet de deux amendements qui ont *in fine* été rejetés. Laurette Onkelinx (PS) propose de réécrire la définition de la sorte : « la préparation, la collecte, la rédaction, la production, la diffusion ou l'archivage à des fins d'informer le public, par le biais de tout média, sur un sujet d'intérêt public ou visant à apporter une contribution à un débat d'intérêt public relatif à une question d'intérêt général »⁹⁴². Cette nouvelle formulation est, selon l'auteure, doublement justifiée. D'une part, elle prend en compte la jurisprudence de la Cour européenne en faisant mention de l'intérêt général. Paradoxalement, l'avis de la section de législation, tout en rappelant l'existence d'une jurisprudence similaire, avait abouti à la suppression d'une telle mention de peur de s'inscrire dans une interprétation trop restrictive et donc contraire au prescrit du règlement européen. D'autre part, elle souhaite supprimer toute référence à la déontologie, estimant cette notion trop floue, constatant la diversité de compréhension de ces règles à travers les Etats membres de l'Union européenne, et soutenant enfin qu'une telle mention induirait une application restreinte des exceptions en faveur des traitements journalistiques. Seraient en effet exclus les « lanceurs d'alerte ou ONG et associations “chiens de garde” [...] (tels qu'Amnesty International, Greenpeace, etc.) » dès lors

⁹⁴⁰ Sur cette définition, voy. *infra*.

⁹⁴¹ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001, p. 51.

⁹⁴² Amendement n° 9 déposé par Mme Laurette Onkelinx (PS), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/002, p. 19.

qu'ils ne sont pas soumis au respect de la déontologie⁹⁴³. La question du respect des règles déontologiques dans la qualification du journaliste avait déjà été abordée notamment lors de l'élaboration de la loi du 7 avril 2005 sur la protection des sources journalistes ainsi que par l'arrêt de la Cour constitutionnelle rendu le 2 juin 2006⁹⁴⁴. Le second amendement est proposé par Benoît Hellings. Il souhaite que l'on définisse ledit traitement comme celui « ayant comme finalité la collecte, la rédaction, la production, la diffusion ou l'archivage d'informations visant à informer le public, par le biais de tout média, sur un sujet d'intérêt public ou visant à apporter une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général »⁹⁴⁵. L'objectif rejoint le deuxième objectif énoncé par Laurette Onkelinx (PS). Cela étant, il n'explique aucunement le retrait de la finalité de préparation de l'information.

Les amendements ayant été refusés, le texte n'aurait pas dû être modifié. Et pourtant, dans la version finale et publiée de la loi, l'article 24, § 1^{er}, propose la définition suivante : « [o]n entend par traitement de données à caractère personnel à des fins journalistiques la préparation, la collecte, la rédaction, la production, la diffusion ou l'archivage à des fins d'informer le public, à l'aide de tout média et où responsable de traitement s'impose des règles de déontologie journalistique »⁹⁴⁶. L'on remarque rapidement que cette définition est extrêmement mal rédigée. L'expression « à l'aide de tout média » ne paraît pas adéquate et la formulation « et où responsable de traitement s'impose des règles de déontologie » semble tout simplement grammaticalement incorrecte. Il manque un déterminant (« et où *le* responsable ») et la phrase est mal rédigée. Les versions précédentes paraissaient être nettement mieux rédigées, quant à la forme. On ne peut dès lors que se désoler du manque de précision de la définition proposée tant elle présente un intérêt certain, ce que les rédacteurs de la loi ne pouvaient dénier. Peut-être – sans doute – est-ce dû à l'empressement⁹⁴⁷ de devoir adopter une

⁹⁴³ Ces considérations proviennent d'une audition par le Directeur de Recherche du CRIDS.

⁹⁴⁴ Voy. *infra/supra*.

⁹⁴⁵ Amendement n° 54 déposé par Mme Laurette Onkelinx (PS), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/002, p. 67.

⁹⁴⁶ La définition dans l'avant-projet de loi était la suivante : « [o]n entend par traitement de données à caractère personnel aux fins de journalisme un traitement ayant comme finalité u [sic] la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations d'intérêt général, par le biais de média, au profit du public » (avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, publié sur le site du Conseil d'Etat, parallèlement à l'avis n° 63.192 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel').

⁹⁴⁷ Le projet de loi date du 11 juin 2018, la loi est adoptée le 30 juillet 2018. L'avant-projet de loi est soumis à la section de législation du Conseil d'Etat le 20 mars 2018, l'examen ayant eu lieu le 19 avril 2018. En outre, la demande d'avis est introduite en urgence (sur base de l'article 84, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat (*M.B.*, 21 mars 1973, p. 3461)), ceci limitant notamment l'ampleur de l'examen de légalité.

loi pour se conformer au règlement européen entré en vigueur le 25 mai 2016 et en application dès le 28 mai 2018. Cet empressement et cet amateurisme semblent caractériser l'ensemble du texte. L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat est on ne peut plus clair dans ses observations préalables. Sur le délai⁹⁴⁸, elle souligne qu'elle a été dans un « délai d'examen de trente jours », sans prolongation possible, alors que celle-ci « aurait été indispensable en raison de l'importance quantitative et qualitative de l'avant-projet faisant l'objet du présent avis ». En conséquence, le Conseil d'Etat n'a pas pu « se livrer à un examen exhaustif de l'avant-projet, au regard spécialement de sa compatibilité avec le droit au respect de la vie privée »⁹⁴⁹.

L'avis poursuit en précisant encore que « tous les aspects juridiques des questions posées [n'ont pas] pu être pris en compte », en particulier « l'examen de l'importante question de l'admissibilité [...] des limitations, apportées par l'avant-projet » à certains droits de la personne concernée, ceux-ci comprenant notamment la question relative aux limitations à des fins journalistiques⁹⁵⁰. La Commission de protection de la vie privée regrette, elle aussi, « de devoir donner son avis sur un texte d'une telle ampleur et importance pour l'encadrement des données à caractère personnel dans un délai extrêmement court »⁹⁵¹. Quant au contenu et à la forme, la section de législation présente à nouveau des critiques importantes. Elle estime le texte « formellement inabouti », celui-ci comportant « de nombreuses erreurs » et démontrant une méconnaissance des « règles de légistique formelle », constatant encore que « le commentaire des articles est tout autant déficient, certaines dispositions en étant totalement dépourvues »⁹⁵².

B. La notion de journalisme dans la loi relative au titre de journalisme professionnel

⁹⁴⁸ Outre les éléments repris, la section de législation rappelle que le règlement a été adopté et publié le 4 mai 2016 et que le législateur disposait par conséquent de deux années complètes pour établir son projet de loi et le soumettre au contrôle de légalité qui s'avère essentiel « au regard de l'effectivité du droit au respect de la vie privée garanti notamment par l'article 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

⁹⁴⁹ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', disponible à l'adresse suivante, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf>, p. 3/105.

⁹⁵⁰ *Ibidem*.

⁹⁵¹ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 3/129, § 6.

⁹⁵² Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', disponible à l'adresse suivante, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63202.pdf>, p. 4/105.

169. - Le journalisme dans la loi du 30 décembre 1963 relative au titre de journaliste professionnel. Outre la loi relative à la protection des données à caractère personnel, une deuxième loi peut être évoquée afin d’apporter des précisions sur la notion de journalisme : il s’agit de la loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel⁹⁵³. Celle-ci se limite à reprendre les conditions permettant d’obtenir ce statut particulier et ne propose aucune définition⁹⁵⁴. Il peut cependant être rappelé, faisant écho à l’un des débats précédant l’adoption de la définition précitée dans la loi du 30 juillet 2018, qu’il n’est pas nécessaire de démontrer que l’on respecte la déontologie journalistique pour pouvoir bénéficier de ce statut de journaliste professionnel⁹⁵⁵.

C. La notion de journalisme dans la loi relative la protection des sources journalistiques

170. - Le journalisme dans la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques. Le troisième texte belge évoquant la notion de journalisme est la loi relative à la protection des sources journalistes du 7 avril 2005⁹⁵⁶. C’est sans doute ce texte législatif qui offre – ou du moins offrait dans sa première version – la définition la plus précise de la notion de journalisme. Pourtant, les discussions relatives à cette notion centrale ont été nombreuses, parfois laborieuses, et empreintes d’une certaine cacophonie, les parlementaires – tant ceux de la Chambre des représentants que du Sénat – relatant à plusieurs reprises des choses contradictoires⁹⁵⁷.

⁹⁵³ Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295. Pour quelques développements sur cette loi, voy. F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 149 à 152, n° 221 à 225.

⁹⁵⁴ Voy., dans la législation française la définition donnée : « [e]st journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources » (article L711-3, § 1^{er} du Code du travail français) ; « [s]ont assimilés aux journalistes professionnels les collaborateurs directs de la rédaction, rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-réviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes, à l'exclusion des agents de publicité et de tous ceux qui n'apportent, à un titre quelconque, qu'une collaboration occasionnelle » (article L711-4 du Code du travail français) ; « [l]es journalistes exerçant leur profession dans une ou plusieurs entreprises de communication au public par voie électronique ont la qualité de journaliste professionnel » (article L711-5 du Code du travail français).

⁹⁵⁵ La loi relative au statut de journaliste professionnel ne conditionne en effet pas ce titre au respect des règles déontologiques.

⁹⁵⁶ Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes, *M.B.*, 27 avril 2005.

⁹⁵⁷ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 629, n° 493. Voy., en outre, l’analyse importante faite par l’auteur des travaux préparatoires (pp. 628 à 649, n° 492 à 508).

171. - De propositions de loi à la loi du 7 avril 2005. La loi adoptée en 2005 est le fruit de deux propositions de loi de 2003, l'une déposée par Geert Bourgeois (NV-A)⁹⁵⁸, l'autre par Olivier Maingain (DéFI) et Martine Payfa (DéFI)⁹⁵⁹. La première porte sur la protection des sources d'information du journaliste. La seconde, composée de deux articles, vise à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information. D'emblée, on le voit, l'une des notions centrales – si non la plus déterminante dès lors qu'elle détermine le champ d'application *ratione personae* – de ce 'nouveau' droit est le journaliste. Cependant, seul le premier texte se risque à proposer une définition et à l'intégrer dans la loi. Le second se limite à présenter quelques considérations sur son champ d'application dans les développements précédant le contenu de la proposition de loi. Ces lignes introductives ne s'attardent néanmoins pas à définir la notion de journaliste : elles posent essentiellement la question d'une limitation éventuelle du champ d'application aux seuls journalistes professionnels, ce qui aboutirait à créer une discrimination entre les journalistes professionnels et ceux démunis de ce titre⁹⁶⁰. Ces deux propositions feront l'objet d'une même procédure législative.

C'est ainsi que la proposition Bourgeois (NV-A), en son article 2, définit le journaliste comme « quiconque collabore ou a collaboré à la préparation, à la rédaction ou à la création d'une forme de publication accessible au public »⁹⁶¹. Plusieurs autres définitions ont été proposées, notamment à travers le dépôt d'amendement. Ainsi, Geert Bourgeois (NV-A) lui-même propose, à la suite de discussions, de modifier sa définition en ces termes : il s'agit désormais de « quiconque collabore ou a collaboré au traitement de l'information en vue d'une forme de publication accessible au public »⁹⁶². Démontrant une difficulté certaine à définir correctement cette notion, l'auteur de la proposition de loi a, par deux fois, amendé cette définition : l'amendement n° 9 entend le journaliste comme toute personne collaborant ou ayant

⁹⁵⁸ Proposition de loi du 25 juin 2003 de M. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0024/001.

⁹⁵⁹ Proposition de loi du 15 juillet 2003 de M. Maingain (DéFI) et Mme Payfa (DéFI) visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0111/001.

⁹⁶⁰ Rappelons qu'il n'est évidemment pas obligatoire de disposer de ce titre pour être considéré comme journaliste. Voy. la proposition de loi du 15 juillet 2003 de M. Maingain (DéFI) et Mme Payfa (DéFI) visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0111/001, pp. 5 à 7. Dans le même sens, voy. aussi l'avis du Conseil d'Etat rendu le 24 juin 1987 sur la proposition de loi garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1986-1987, n° 786/2, p. 2.

⁹⁶¹ Proposition de loi du 25 juin 2003 de M. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0024/001, p. 14. La définition est elle-même reprise d'une proposition antérieure (proposition de loi du 28 octobre 2002 de G. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2102/001, p. 14).

⁹⁶² Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 6, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/006.

collaboré « à la collecte et au traitement de l'information en vue d'une forme de publication accessible au public »⁹⁶³, l'amendement n° 16 – proposé par Geert Bourgeois (NV-A) et d'autres parlementaires – le comprend comme étant « quiconque traite l'information sous forme de communication régulière au public »⁹⁶⁴. Cette définition est aussi reprise par Olivier Maingain (DéFI) qui, par un amendement, décide d'ajouter une définition à son texte⁹⁶⁵. Justifiant son amendement, Olivier Maingain s'appuie sur un mémorandum de l'Association Générale des Journalistes Professionnels de Belgique (l'AGJPB) qui indique que le journaliste « recueille, vérifie, complète et analyse ce qu'il estime devoir porter à la connaissance du public »⁹⁶⁶, concluant que le journaliste effectue un « véritable travail » sur l'information. Le député Melchior Wathelet (cdH) a lui aussi proposé de redéfinir la notion. Dans un septième amendement proposé dans le cadre de la proposition Bourgeois (NV-A), le journaliste devient celui qui « participe ou a participé régulièrement au traitement d'informations et les communique régulièrement à un large public »⁹⁶⁷, tout en soutenant, dans les discussions générales précédant le rapport fait au nom de la Commission justice, que la protection des sources puisse s'appliquer à toute personne accomplissant des actes journalistiques⁹⁶⁸.

Cependant, les bouleversements plus substantiels seront proposés par les sénateurs. Le texte a en effet fait l'objet d'une procédure d'évocation qui a permis au Sénat d'y apporter quelques suggestions modificatives. Philippe Mahoux (PS) élargit le champ d'application en permettant aussi aux collaborateurs de la rédaction de bénéficier de la protection des sources⁹⁶⁹. En outre, il suggère que la notion de journaliste s'entende « des personnes traitant l'information sous forme de communication régulière au public »⁹⁷⁰, reprenant en grande partie l'esprit de la

⁹⁶³ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 9, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/007. M. Bourgeois (NV-A) justifie cet amendement de la sorte : « [L]es termes "traitement de l'information" supposent que l'on dispose déjà de cette information, sinon il serait impossible de la traiter. Il manque dès lors une phase cruciale du processus informationnel. La formulation proposée couvre l'ensemble du processus. Il va de soi qu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, des personnes qui collaborent à l'élaboration "technique" des informations qui aboutissent sur le support d'information, comme, par exemple, le "typographe" ».

⁹⁶⁴ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 16, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/009.

⁹⁶⁵ Proposition Maingain (DéFI) et Payfa (DéFI), amendement n° 2, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0111/004.

⁹⁶⁶ Mémorandum de l'AGJPB, juin 2003, p. 5.

⁹⁶⁷ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 7, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/006.

⁹⁶⁸ Proposition Bourgeois (NV-A), discussions générales, *Doc. parl.*, Ch. repr. sess. ord., 2003-2004, n° 0024/010, p. 10

⁹⁶⁹ Cet élargissement est suggéré par une note de l'AGJBP adressée à la Commission qui indique que « le champ d'application de la protection devrait également couvrir les personnes qui, dans le processus de collecte et de diffusion de l'information, et bien qu'elles ne soient pas journalistes, peuvent prendre connaissance d'informations qui identifient une source confidentielle. Il s'agit essentiellement des collaborateurs rédactionnels et du personnel qui intervient dans le traitement de l'information. » (Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 2, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2003-2004, n° 670/2).

⁹⁷⁰ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 2, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2003-2004, n° 670/2.

définition de Geert Bourgeois (NV-A) et Olivier Maingain (DéFI), évoquée ci-dessus. Philippe Mahoux (PS) est cependant revenu sur cette conception pour préciser encore la notion de journaliste. Dans un sixième amendement, il conçoit les journalistes comme « toute personne, dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale, qui fournit régulièrement contre rétribution une contribution directe et nécessaire à la collecte, la rédaction, à la production ou à la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit de tiers »⁹⁷¹. La justification apportée par Philippe Mahoux (PS) est intéressante, bien que succincte – voire, semble-t-il, lacunaire. Il souscrit à l'idée que la disposition n'a pas vocation à « définir la notion de journaliste, mais bien [à] déterminer les catégories de personnes qui vont pouvoir bénéficier du droit de taire [leurs] sources ». Clotilde Nyssens (cdH) souhaite, elle, entendre par journaliste « toute personne physique ou morale pratiquant à titre régulier ou professionnel la collecte et la diffusion d'information au public par l'intermédiaire de tout moyen de communication de masse »⁹⁷², se calquant sur la définition proposée par la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant le droit pour les journalistes de ne pas révéler leurs sources⁹⁷³.

De retour à la Chambre des représentants, la définition fait l'objet d'un ultime amendement. Patrick De Groote (NV-A), afin de rencontrer les doléances de l'association des journalistes flamands⁹⁷⁴, considère les journalistes comme étant « toute personne exerçant un travail indépendant ou salarié, ou toute personne non rémunérée, ainsi que toute personne morale, qui contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public »⁹⁷⁵. L'avis du Conseil d'Etat, en reprenant les termes du commentaire des articles, souligne que semblent visés par cette définition non seulement les journalistes professionnels au sens de la loi du 30 décembre 1963, mais aussi « les journalistes *free-lance*, les correspondants, les photographes qui les accompagnent, etc. »⁹⁷⁶, concluant que « [c]elui qui écrit occasionnellement dans un journal doit bénéficier d'une protection aussi grande que le journaliste professionnel »⁹⁷⁷. Quant

⁹⁷¹ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 6, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2003-2004, n° 670/3.

⁹⁷² Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 14, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2003-2004, n° 670/4.

⁹⁷³ Recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée le 8 mars 2000.

⁹⁷⁴ La Vlaamse journalistenvereniging (VJV).

⁹⁷⁵ Proposition Bourgeois (NV-A), amendement n° 22, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/019.

⁹⁷⁶ Proposition de loi du 28 octobre 2002 de G. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 51-0024/001, p. 11.

⁹⁷⁷ Avis du Conseil d'Etat n° 35.989/2 et 25.990/2, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/002, p. 10, reprenant la proposition de loi du 28 octobre 2002 de G. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2102/001,

au Conseil Supérieur de la Justice, il soutient la définition proposée initialement dans la proposition Bourgeois (NV-A) en considérant cependant qu'« [i]l appartient à la jurisprudence de compléter cette notion, en appliquant bien sûr le critère pertinent d'une réelle collaboration dans le processus de rédaction »⁹⁷⁸. D'autres abondent dans un sens identique en évoquant le rôle du juge dans la fixation des contours de cette notion, reconnaissant quasiment leur incapacité à la définir⁹⁷⁹.

Les discussions préparatoires démontrent encore le fait que la notion est discutée dans le cadre d'un contexte précis, le champ d'application du droit de taire ses sources. Cet élément est d'ailleurs rappelé par Philippe Mahoux (PS) dans la justification de l'un de ses amendements. C'est donc en tenant compte de cet objectif que le processus de définition se dessine. Sans pour autant aboutir à rejeter les définitions proposées, elles doivent être analysées en gardant à l'esprit qu'elles servent un objectif particulier. Cela se reflète d'ailleurs dans les discussions concrètes relatives au champ d'application *ratione personae* de la protection des sources. On s'écarte ici d'un travail de définition – quoiqu'il ne soit jamais loin – de la notion de journaliste pour s'interroger sur des qualifications qu'une personne doit présenter pour jouir de ce droit⁹⁸⁰. Plusieurs critères sont ainsi proposés par les parlementaires qui, pour la plupart, ne souhaitent pas ouvrir trop largement cette protection particulière. Steve Vandenberghe (Sp.a) constate qu'accorder la protection des sources aux journalistes entendus comme « quiconque exerce la liberté d'expression par voie de publication » serait une « dérive impensable »⁹⁸¹. Pour Melchior Wathelet (cdH), cette prérogative devrait protéger les personnes exerçant une

p. 11. L'avis poursuit en évoquant l'exclusion du champ d'application de la protection des personnes collaborant ou ayant collaboré à la diffusion d'information (l'avis se fonde sur un autre avis du Conseil d'Etat rendu sur la proposition de la loi garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1986-1987, n° 786/2)).

⁹⁷⁸ Proposition de loi du 28 octobre 2002 de G. Bourgeois (NV-A) relative à la protection des sources d'information du journaliste, avis du Conseil supérieur de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 0024/005, p. 5.

⁹⁷⁹ En ce sens, voy. notamment Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 632 et 633, n° 495.

⁹⁸⁰ Voy. les développements plus larges proposés par Quentin Van Enis (Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 633 et 634, n° 496).

⁹⁸¹ Proposition Bourgeois (NV-A), Rapport Mahoux (PS), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2004-2005, n° 670/6, p. 12. Il ajoute que « [s]i l'on étend trop le champ d'application de la protection du secret des sources, la loi ne sera pas respectée. Si tout le monde peut invoquer le secret professionnel, ce dernier n'existera plus. Ce genre de protection doit donc être appliquée d'une manière sélective ». Remarquons que le parlementaire semble confondre secret professionnel et droit de taire ses sources, confusion que l'on retrouve à de nombreuses reprises dans les discussions préparatoires. Voy. encore une intervention de Steve Vandenberghe (Sp.a) qui estime qu'une « extension trop grande du champ d'application *ratione personae* pourrait entraîner sa "dilution" » (Proposition Bourgeois (NV-A), Rapport Mahoux (PS), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2004-2005, n° 3-670/6, p. 40).

« activité journalistique “sérieuse” »⁹⁸². Dans un sens identique, Geert Bourgeois (NV-A), l’auteur de la première proposition de loi, souligne qu’il ne faudrait pas alourdir la définition de journalisme, mais qu’il y a lieu de « faire en sorte qu’il ressorte de manière irréfutable des travaux préparatoires de la loi qu’il ne s’agit pas, en l’occurrence, de “journalistes occasionnels”. Les indicateurs, les cafetiers, etc., ne peuvent être considérés comme des “journalistes” parce qu’il leur arrive de “collaborer” à une publication. Leur contribution doit d’ailleurs relever de la responsabilité d’un “véritable” journaliste, lequel peut quant à lui se prévaloir du droit au secret de ses sources »⁹⁸³. Nathalie de T’Serclaes (MR) abonde dans un sens identique en affirmant qu’il ne doit pas y avoir de « confusion entre ceux qui font de la communication au public [...] et ceux qui professent le métier réglementé de journaliste »⁹⁸⁴.

172. - L’adoption de la loi et la détermination de la définition du journaliste. En définitive, dans sa version publiée au *Moniteur belge*, l’article 2, 1^o indique que la protection des sources profite aux « journalistes, soit toute personne qui, dans le cadre d’un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale, contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d’informations, par le biais d’un média, au profit du public ».

173. - Une définition partiellement annulée par la Cour constitutionnelle. Malgré les discussions intenses préalables à l’adoption du texte, la loi a fait l’objet d’un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle⁹⁸⁵. L’un des moyens, le premier, vise l’article 2 de la loi. Les requérants qui sont notamment des bloggeurs, estiment que, la protection des sources ne bénéficiant « qu’aux indépendants, aux salariés et aux personnes morales, et non aux personnes physiques qui ne sont ni indépendantes ni salariées », il existe « une différence de

⁹⁸² Proposition Bourgeois (NV-A), Rapport Wathelet (cdH), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/010, p. 28.

⁹⁸³ Proposition Bourgeois (NV-A), Rapport Wathelet (cdH), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2003-2004, n° 0024/010, p. 14.

⁹⁸⁴ Proposition Bourgeois (NV-A), Rapport Mahoux (PS), *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2004-2005, n° 670/6, p. 38. Reprenant cet extrait, Quentin Van Enis souligne que la formulation est maladroite dès lors qu’en Belgique, le métier de journaliste n’est pas réglementé (Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l’ère numérique*, op. cit., p. 634, n° 496).

⁹⁸⁵ C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, A&M, 2006/3, p. 295, note ; M.B., 23 juin 2006, p. 32141 (extraits) ; *Juristenkrant*, 2006/132, p. 17 ; *Mediaforum*, 2006/7-8, p. 235 ; N.j.W., 2006/147, p. 645, note P. VALCKE, E. LIEVENS et E. WERKERS, « Bronnengeheim voor bloggers » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/1, p. 83 ; R.W., 2006-07, p. 38 et p. 1349, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid », T.B.P., 2007/10, p. 597.

traitement, qui ne peut être raisonnablement justifiée, entre les journalistes professionnels et les journalistes qui travaillent sans aucun but lucratif »⁹⁸⁶.

Dans son arrêt du 7 juin 2006, la Cour donne raison aux requérants et tient le raisonnement suivant. Elle évoque, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la portée restrictive du champ d'application *ratione personae* en concluant qu'« [u]ne personne physique ne peut donc bénéficier de la protection organisée par la loi que si elle exerce des activités journalistiques à titre professionnel, soit comme travailleur indépendant, soit comme salarié. La personne qui ne réunit pas ces conditions ne peut se prévaloir du droit accordé par la loi [...]. Il résulte du terme “régulièrement” [...] qu'il en est de même pour les personnes qui n'exercent pas leurs activités journalistiques de façon régulière » (B.8.). Après avoir confirmé les fondements des libertés d'expression et de presse, la Cour rappelle que la protection des sources ne constitue pas une protection des « intérêts des journalistes en tant que professionnel » mais doit « permettre à la presse de jouer son rôle de “chien de garde” et d'informer le public sur des questions d'intérêt général. [...] Il s'ensuit que toute personne qui exerce des activités journalistiques puise dans les dispositions constitutionnelles et conventionnelles précitées un droit à la protection de ses sources d'information » (B.12. et B.13.).

En définitive, la Cour annule certains mots de la définition proposée dans l'article 2, 1° de la loi du 7 avril 2005, de sorte que, désormais, la protection des sources journalistes s'applique à « toute personne qui contribue directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public ».

174. - Une définition critiquée par la doctrine. Pour Quentin Van Enis, « [c]ette définition large permet sans aucun doute d'inclure aussi bien les journalistes “traditionnels” que les contributeurs occasionnels des médias et les blogueurs dans le dispositif de protection de la loi »⁹⁸⁷. La notion de « journaliste » est donc tout simplement supprimée, les débats relatifs à sa

⁹⁸⁶ C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, § A.5. La partie requérante ajoute que « le moyen ne serait pas fondé si la notion d'“indépendant” utilisée dans la loi était interprétée en ce sens qu'elle comprendrait également les journalistes qui travaillent sans but lucratif ». Ce moyen renvoie notamment aux enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'affaire précitée du 16 décembre 2008 (affaire C-73/07) qui indique que le caractère lucratif d'une publication « n'exclut a priori pas qu'elle puisse être considérée comme une activité “aux seules fins de journalisme” » (§ 59). Voy. *supra*.

⁹⁸⁷ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 647 et 648, n° 507. Voy. aussi les références citées par cet auteur dans sa note 2592. L'auteur parle à tort d'une définition donnée par la Cour, dès lors que celle-ci n'a finalement fait que déterminer un champ d'application *ratione personae*, en se passant de la définition.

définition étant par la même occasion mis de côté. Cependant, la Cour évoque comme critère d'application de la loi les « activités journalistiques » (B.13.) sans prendre la peine d'expliciter cette expression⁹⁸⁸. A l'instar de Quentin Van Enis, « [o]n peut donc penser que ces dernières visent “la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'information” mentionnées dans la loi. Si la Cour adopte une formulation pouvant laisser croire que plusieurs de ces activités doivent être conjointement exercées pour bénéficier de la garantie de la loi (“des activités journalistiques”), on le voit, par l'utilisation de la conjonction de coordination “ou”, le texte légal recourt à une formulation alternative des différentes activités journalistiques énoncées. A notre estime, rien ne s'oppose dès lors à ce que le simple relais d'une information sur un réseau social ou la mise en ligne d'une vidéo sur un site de partage de contenu puissent être considérés comme des “activités journalistiques” offrant à celui qui les exerce le droit au secret des sources »⁹⁸⁹. L'analyse proposée par l'auteur semble être correcte. Cependant, il faut déplorer ses conséquences au regard de la notion de journalisme.

D. La notion dans journalisme dans la réglementation relative au subventionnement de l'instance d'autorégulation de la déontologie journalistique

175. - Le journalisme dans les décrets reconnaissant et subventionnant l'instance d'autorégulation de la déontologie journalistique. Le décret de la Communauté française du 30 avril 2009 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique⁹⁹⁰ définit le journaliste comme suit : « toute personne physique qui, dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public » (article 1^{er}, § 1^{er}, 1^o, du décret). Cette définition a en outre été reprise par le décret de la Communauté germanophone du 25 mars 2013 portant reconnaissance et subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique⁹⁹¹. Par ce décret, la Communauté germanophone adhère à l'instance

⁹⁸⁸ Concrètement, la Cour supprime le terme « journaliste » pour lui préférer l'expression « activités journalistiques ». Cette expression a été évoquée à plusieurs reprises dans les discussions parlementaires, en ce qu'elle permet notamment de se passer plus facilement d'une définition.

⁹⁸⁹ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 648, n° 507.

⁹⁹⁰ Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique, *M.B.*, 10 septembre 2009, p. 61629.

⁹⁹¹ Décret de la Communauté germanophone du 25 mars 2013 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique, *M.B.*, 7 mai 2013, p. 26649.

d'autorégulation de la déontologie journalistique créé, au départ, à l'échelle de la Communauté française.

La définition présente dans les deux décrets est tirée de celle donnée dans la loi précitée du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes, à la seule différence que dans la définition de la loi du 7 avril 2005, il est fait mention des personnes morales, référence qui est absente des textes communautaires. Est-ce à dire que ces définitions doivent être considérées comme inconstitutionnelles compte tenu de l'arrêt rendu le 7 juin 2006 annulant certains termes de la définition proposée dans la loi du 7 avril 2005 ? La question doit recevoir une réponse négative. En effet, la Cour constitutionnelle propose son analyse compte tenu des enjeux relatifs à la protection des sources journalistiques. En ce sens, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle estime que la protection des sources ne peut être limitée aux seuls journalistes, entendu au sens strict. A ce titre, la Cour supprime d'ailleurs le terme « journaliste ». Les deux décrets communautaires s'inscrivent dans la reconnaissance et le subventionnement du Conseil de déontologie journalistique. A l'heure actuelle, seules les journalistes entendus au sens strict – et donc tels que définis dans ces décrets – sont soumis au respect de la déontologie journalistique⁹⁹².

§ 4. La notion de journalisme selon la déontologie

176. - Introduction. Dès lors que la profession fait l'objet d'une déontologie, peut-être les journalistes se sont-ils attelés eux-mêmes à définir leur profession. Lorsqu'on analyse la Déclaration des devoirs et des droits des journalistes adoptée en 1971 à Munich⁹⁹³, force est de constater que ce texte à vocation internationale ne propose aucune explication. Juridiquement, ces règles déontologiques ne sont pas contraignantes dès lors qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune reconnaissance par un acte législatif ou réglementaire⁹⁹⁴.

⁹⁹² Certains critiquent cependant ce point de vue et estiment notamment que le fait de bénéficier de la protection des sources journalistiques implique le respect de la déontologie.

⁹⁹³ Déclaration des devoirs et des droits des journalistes, adoptée par les représentants des syndicats des journalistes des six pays membres de la Communauté Européenne à Munich, le 24 et 25 novembre 1971, et adopté ensuite par la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ) au Congrès d'Istanbul en 1972.

⁹⁹⁴ A ce sujet, voy. notamment E. CRUYSMANS, L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? », *op. cit.*, n° 15025.

177. - La déontologie journalistique belge. En Belgique, il existe un Code de déontologie – le Code de principes de journalisme⁹⁹⁵ – datant de 1982 applicable à la presse écrite. Ce texte assez court s’abstient de toute définition. En 2013, un nouveau Code est adopté par le Conseil de déontologie journalistique, le texte ayant été mis à jour en octobre 2017. Ce texte propose – enfin – une définition : le journaliste s’entend de « toute personne qui contribue directement à la collecte, au traitement éditorial, à la production et/ou à la diffusion d’informations, par l’intermédiaire d’un média, à destination d’un public et dans l’intérêt de celui-ci »⁹⁹⁶. En outre, dans une définition du terme « rédaction », le code précise qu’il s’agit de toute personne chargée « de la collecte et du traitement des contenus journalistiques au sein d’un média »⁹⁹⁷. Autrement dit, le Code de déontologie reconnaît l’existence d’un contenu qualifié de journalistique et, par conséquent, d’un contenu qui ne peut être qualifié de la sorte. Cela rejoint notamment la distinction faite dans le cadre de cette thèse entre les informations journalistiques et celles qui ne le sont pas. Une autre définition intéressante est proposée dans ce texte issu de l’autorégulation, il s’agit de l’intérêt général. Bien que l’expression ne soit pas reprise dans la définition du journaliste, elle est cependant utilisée à plusieurs reprises dans les définitions proposées ci-avant, sans pour autant recevoir un sens précis⁹⁹⁸. Selon ce Code, « [d]u point de vue de la déontologie journalistique, est d’intérêt général une information qui évoque un ou plusieurs enjeux pour la vie en société dans son ensemble ou pour une de ses composantes », et d’ajouter que « l’intérêt général ne se confond pas avec la simple curiosité de la part du public ».

André Linard, à l’époque Secrétaire général du Conseil de déontologie journalistique, s’est exprimé sur cette définition en soulignant que, ce qui est pris en compte, c’est bien la nature de l’activité exercée par une personne, et non le statut de cette personne⁹⁹⁹. Il admet que le « terme clé est celui de *traitement éditorial* »¹⁰⁰⁰, impliquant « une démarche, un état

⁹⁹⁵ Ce code est adopté par l’ABEJ (Association Belge des Editeurs de Journaux), la FNHI (Fédération Nationale des Hebdomadaires d’Information - devenue, en 1999, FEBELMA) et l’AGJPB (Association générale des journalistes professionnels de Belgique).

⁹⁹⁶ Voy. cette définition reprise dans la deuxième partie du Code de déontologie journalistique.

⁹⁹⁷ Cette notion de contenu journalistique est en outre reprise dans plusieurs avis du Conseil de déontologie journalistique relatifs à des plaintes.

⁹⁹⁸ Sur cette notion, voy. les développements proposés *infra*.

⁹⁹⁹ A. LINARD, « Un code de déontologie actualisé pour les journalistes », *A&M*, 2014/1, p. 74.

¹⁰⁰⁰ Voy. aussi la définition de la « décision éditoriale » insérée dans la directive SMA lors de sa dernière révision. Il s’agit d’« une décision prise régulièrement dans le but d’exercer la responsabilité éditoriale et liée au fonctionnement du service de médias audiovisuels au quotidien » (article 1^{er}, § 1^{er}, *bter* de la directive SMA, tel qu’inséré par l’article 1^{er} de la directive 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l’évolution des réalités du marché, *J.O.U.E.*, L 303 du 28 novembre 2018, p. 69).

d'esprit : prendre de la distance par rapport à l'information, la vérifier, la mettre en perspective, réfléchir à sa pertinence, en sélectionner les aspects significatifs non pour soi mais pour le public... Ce *traitement éditorial* n'est plus l'apanage des journalistes professionnels mais n'est pas non plus synonyme de simple diffusion d'information »¹⁰⁰¹. A lire cependant la définition présente dans le Code, il paraît difficile de partager totalement l'interprétation donnée par André Linard. En effet, rien n'indique que le traitement éditorial constitue l'élément principal qui caractérise le journaliste. Peut-être le Secrétaire général du Conseil a-t-il souhaité, par ce commentaire, restreindre quelque peu la portée d'une définition jugée trop large.

Dans un avis du 13 avril 2016¹⁰⁰², le Conseil de déontologie journalistique s'interroge sur sa compétence pour sanctionner, éventuellement, des articles diffusés sur le site internet satirique www.nordpresse.be. Pour répondre à cette question le Conseil propose quelques développements intéressants sur la notion de journalisme. Ainsi, il écrit que cette dernière évolue : « [e]lle déborde du schéma traditionnel d'une activité salariée dans un média ayant pignon sur rue. Le journalisme peut être l'œuvre de personnes isolées sur des supports nouveaux tel un site, un blog... ». L'instance déontologique précise ensuite que « [l]e site www.nordpresse.be n'est cependant pas comparable à un média de nature journalistique. Sa raison d'être consiste à donner des informations fausses, parodiques. Le créateur et responsable de NordPresse a déjà expliqué qu'il "fait ce qu'il veut" sur son site. Il se place donc en dehors de la démarche journalistique dans laquelle personne ne fait "ce qu'il veut". On ne peut comparer NordPresse à des médias satiriques pour lesquels le CDJ a déjà conclu que la liberté de satire doit reposer sur une base factuelle exacte ». L'avis se conclut en déclarant la plainte irrecevable dès lors qu'il ne s'agit en l'espèce pas d'« un média de nature journalistique »¹⁰⁰³.

178. - La déontologie journalistique étrangère. Il est intéressant de pointer l'existence d'une prise de position du Conseil suisse de la presse, celui-ci définissant la notion de journalisme comme « [l]'activité de personnes qui, d'un point de vue indépendant, rassemblent, choisissent et traitent des éléments, éventuellement aussi les précisent, les interprètent et les commentent. Cela pour les transmettre à travers un média périodique au public sous une forme compréhensible, à titre d'information ou de divertissement. Comptent comme journalisme en

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰⁰² Conseil de déontologie journalistique, 13 avril 2016, plainte 16-17, *Divers c. V. Herregat et NordPresse*.

¹⁰⁰³ Voy. aussi Conseil de déontologie journalistique, 12 décembre 2012, plainte 12-40, *Palais Royal c. F. Deborsu*. L'avis porte sur un livre rédigé par un journaliste dans lequel l'auteur rapporte de nombreuses insinuations à l'égard de membres de la famille royale belge.

ligne les contenus qui ont été sélectionnées et traités selon des critères journalistiques professionnels, pour être transmis au public »¹⁰⁰⁴. Dans une autre prise de position, le Conseil précise que, sur internet, entrent dans cette définition « les sites web de médias classiques (journaux, périodiques, agences de presse, stations radio et TV, etc.) et les offres journalistiques en ligne spécifiques (magazines, journaux et agences en ligne). Ne sont pas considérés comme journalistiques, et n'entrent donc pas dans le champ de compétence du Conseil de la presse, les informations d'apparence journalistique répandues par des portails, des outils de recherche et les sites web d'entreprises et d'organisations diverses »¹⁰⁰⁵.

§ 5. Le journalisme en sciences de la communication

179. - Définir le journalisme en sciences de la communication. Sans entrer dans de larges développements dans une discipline scientifique différente de celle dans laquelle s'inscrit la plupart des analyses proposée dans cette étude, il est intéressant de pointer le sens qui est donné à la notion de journalisme en sciences de la communication. Dans son *Dictionnaire du journalisme et des médias*, Jacques Le Bohec entend comme journalisme comme un « [e]nsemble de conceptions et de pratiques liées à la présentation au public d'informations récentes »¹⁰⁰⁶. Plusieurs commentaires peuvent être proposés. Premièrement, le journalisme renvoie à des conceptions et des pratiques. Ces pratiques semblent non seulement faire référence à des types de journalisme, mais sont aussi assimilables en partie aux opérations de traitement effectuées par le journaliste sur l'information. Cependant, et c'est un deuxième commentaire, ces conceptions et pratiques ne sont liées qu'à la présentation des informations. Sauf à tomber dans une définition qui paraît être trop restrictive – qui impliquerait que les pratiques qualifiées de journalistiques ne sont que celles qui permettent la présentation –, les opérations de traitement servent cet objectif d'une présentation, c'est-à-dire une divulgation, des informations. Enfin, la définition du journalisme est ancrée dans un temps présent : les informations doivent être récentes. Cet élément dénote au regard de ce qui a été évoqué précédemment.

¹⁰⁰⁴ Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2000 du 18 août 2000, *éthique journalistique sur internet*, disponible en version allemande sur le site www.presserat.ch, consulté le 20 novembre 2018.

¹⁰⁰⁵ Conseil suisse de la presse, prise de position n° 52/2011 du 23 novembre 2011, *commentaires anonymes en ligne*, disponible sur le site www.presserat.ch, consulté le 9 mai 2019.

¹⁰⁰⁶ J. LE BOHEC, *Dictionnaire du journalisme et des médias*, coll. Didac. Communication, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 327.

Dans ce même ouvrage, plusieurs autres définitions intéressantes sont proposées. Il y a d'abord le journaliste qui est toute « [p]ersonne rémunérée pour présenter au public des informations récentes (actualité) »¹⁰⁰⁷. L'on remarque qu'il faut être rémunéré pour être qualifié de journaliste ce qui, au regard du droit, ne constitue pas une exigence à part entière. Il y a ensuite des définitions de certains types de journalisme : le journalisme de marché, le journalisme conflictuel, le journalisme couché, le journalisme de larcin, et le journalisme d'investigation¹⁰⁰⁸.

Cette notion de pratique se retrouve dans d'autres définitions. A titre d'exemple, dans un ouvrage intitulé *Nature et transformation du journalisme*, le journalisme y est défini à travers « deux traits essentiels : premièrement, il recouvre une pratique discursive sur des objets réels d'intérêt public telle qu'elle se manifeste dans les journaux depuis qu'ils existent ; deuxièmement, il renvoie à une pratique interdiscursive en ce sens que le journalisme est à la rencontre sur un même support matériel (d'abord le journal, auquel s'ajoute plus tard d'autres types de médias) de plusieurs discours et de plusieurs sources [...] »¹⁰⁰⁹. Les auteurs ajoutent que ces dimensions permettent de concevoir le journalisme comme une « pratique de production, de collecte et de mise en forme, dans un journal ou un autre média, de discours relatifs à des objets réels d'intérêt public »¹⁰¹⁰. Il est intéressant de pointer, dans cette dernière définition non seulement l'indication d'opérations particulières de traitement de données, et ce préalablement à la seule diffusion au public, mais aussi de souligner le caractère d'intérêt public des objets traités, un tel élément n'étant pas toujours présent dans les définitions données dans le monde juridique.

§ 6. Vers une définition du journalisme

180. - Le journalisme en pleine évolution, voire mutation. Les difficultés inhérentes à ce travail de définition, et mises en lumière par l'analyse des textes législatifs, s'expliquent notamment par les évolutions et bouleversements que connaît la profession. Sans aucun doute,

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 328.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁹ C. BRIN, J. CHARRON, J. DE BONVILLE, « Introduction », in C. BRIN, J. CHARRON, J. DE BONVILLE (dir.), *Nature et transformation du journalisme. Théorie et recherches empiriques*, Laval, Les presses universitaires de Laval, 2004, p. 5.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*.

l'avènement d'internet ainsi que du *web* participatif ont eu des conséquences importantes sur le travail des journalistes, remettant quasiment en question cette profession dès lors que l'ère 2.0 permet à tout qui le souhaite de diffuser des informations sur internet. Ces évolutions sont en outre tangibles pour les lecteurs, téléspectateurs et auditeurs. En effet, on ne consomme plus l'information comme il y a quelques années. Le temps où elle ne se partageait que par le biais d'un journal écrit ou lors du rendez-vous télévisuel quotidien est bien révolu. Pour ces raisons, les journalistes doivent désormais alimenter en permanence le fil de l'actualité, avec le risque de ne pas pouvoir prendre le temps de traiter, analyser, recouper l'information obtenue. Cette mutation s'explique aussi par les évolutions que connaissent les médias, entendus comme des entreprises qui doivent générer des bénéfices¹⁰¹¹. Ainsi, « [l]es entreprises médias ne cherchent plus simplement à véhiculer un message, mais sont en quête d'une audience la plus large possible, laquelle permet d'accroître les recettes publicitaires [...]. Une logique fondée sur le souci d'alimenter le "marché des idées" pour renforcer la liberté d'expression a parfois fait place à une logique de "marché de produits sacrifiant à une vision 'économiste'" »¹⁰¹².

Certains relativisent cette crise du journalisme, estimant qu'il s'agit en réalité seulement d'une crise du modèle traditionnel de diffusion de l'information par les canaux de la presse écrite et de l'audiovisuel¹⁰¹³. Certes, il est difficile de leur donner tort. Cela étant, la remise en cause de ce modèle implique inévitablement une remise en cause, peut-être partielle, du journalisme lui-même. Ou du moins, à défaut d'une remise en cause, une re-définition de cette fonction.

L'exercice de définition du terme journaliste n'a pas été souvent effectué par la doctrine. En se basant sur les textes législatifs évoqués ci-avant, les auteurs semblent définir le journaliste en se fondant sur les composantes du processus qui consiste à informer¹⁰¹⁴, c'est-à-dire essentiellement la collecte d'information, son traitement et/ou sa diffusion. Selon Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe, le journaliste est toute personne qui « participe à la collecte, à la

¹⁰¹¹ Il semble cependant difficile de pouvoir affirmer que cette évolution est la cause ou la conséquence des nouvelles technologies comme moyen de communication de l'information.

¹⁰¹² F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 93, n° 130. Les auteurs renvoient aux propos tenus par Patrick Le Lay, alors Président-Directeur Général de TF1.

¹⁰¹³ Voy. par exemple, B. VAN DER HAAK, M. PARKS, M. CASTELLS, « The Future of Journalism: Networked Journalism », op. cit., 2012/6, p. 2925.

¹⁰¹⁴ Voy. la définition proposée dans le Code de déontologie journalistique adopté le 16 octobre 2013 par le Conseil de déontologie journalistique. Voy. aussi S. HOEBEKE et B. MOUFFE *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., p. 49, n° 80 ; S. HOEBEKE, *La liberté d'expression. Pour qui, pour quoi, jusqu'où ?*, Limal, Anthemis, 2015, p. 9.

rédaction et au traitement de l'information diffusée au moyen de la presse. Il est chargé de la recherche, de la sélection, de la mise en forme, de la présentation, de l'interprétation de l'explication, du commentaire et de la mise en perspective de l'information et de l'actualité, comprises dans leur sens le plus large »¹⁰¹⁵. Bien que les auteurs soient connus pour partager des conceptions larges de ce qui touche à l'usage de la liberté d'expression, on constate qu'il s'agit là sans doute d'une des définitions proposées les plus restrictives dès lors que les fonctions qui sont énumérées le sont cumulativement (utilisation du pronom « et »). A titre de comparaison, la définition reprise dans le Code de déontologie du Conseil de déontologie journalistique présente une liste soit cumulative soit non cumulative (utilisation des pronoms « et/ou »). *In fine*, le Code ne se prononce donc pas sur ce caractère cumulatif. Proposant une définition plus abstraite, Jean Charron voit le journalisme comme « un ensemble institutionnalisé de pratiques discursives médiatisées portant sur l'actualité et sur les affaires d'intérêt public et visant la description ou la modification de l'environnement naturel et social, ces pratiques étant réalisées dans le cadre d'organisations commerciales et industrielles visant à la fois un objectif concret de rentabilité et un objectif déclaré d'informations des citoyens »¹⁰¹⁶. De façon plus pragmatique, l'on peut encore citer la proposition d'André Gide qui écrit ceci : « [j]'appelle 'journalisme' tout ce qui sera moins intéressant demain qu'aujourd'hui »¹⁰¹⁷...

181. - Le journalisme entendu dans la présente thèse. Définir, c'est forcément enfermer une notion dans un sens bien particulier. Or, les enjeux autour du journalisme sont à ce point nombreux que l'exercice visant à proposer une définition claire et unique semble des plus complexes. Pourtant, on l'a dit précédemment, la notion est essentielle dans le cadre de la présente thèse.

On considère que cette notion doit s'interpréter restrictivement. Sans être arrimée à un acteur ou une profession particulière, le journalisme fait en réalité référence à une activité – voire à des activités – particulière(s)¹⁰¹⁸. Le journalisme, c'est davantage que la seule

¹⁰¹⁵ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, p. 49, n° 80. Dans un sens identique, voy. A. ADAM, J. ENGLEBERT, « Le néo-journalisme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.I.*, 2013/2, spéc. pp. 9 et 10.

¹⁰¹⁶ J. CHARRON, « La nature politique du journalisme politique », *Les études de communication politique*, cahier n° 15, Laval, 2000, pp. 5 et 7.

¹⁰¹⁷ A. GIDE, *Journal, 1889-1939*, coll. Bibliothèque de la Périade, Paris, Gallimard, 1970, p. 720.

¹⁰¹⁸ Dans ce sens, C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », *op. cit.*, p. 130.

« divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées sous quelque moyen de transmission que ce soit ». Ces informations, pour qu'elles puissent être qualifiées de journalistiques, doivent participer au débat d'intérêt général, comme le suggérait l'Avocate générale Kokott. En effet, il paraît difficile de se conforter dans une définition trop large, sous peine de ne pas reconnaître la spécificité même de ce qui constitue encore un métier à part entière, lorsque les activités journalistiques sont exercées professionnellement. Pratiquer des activités journalistiques, c'est bien plus que simplement diffuser des informations par des canaux. L'on rejoint dès lors l'Avocate générale Kokott – et d'autres – pour ajouter des éléments complémentaires.

Le journalisme implique un traitement de l'information. A ce titre, la dérogation organisée dans la réglementation relative aux données à caractère personnel permet de justifier cette condition de traitement. En effet, c'est bien le traitement effectué à des fins journalistiques qui fait l'objet de la dérogation. Il ne faut toutefois pas se méprendre : le traitement tel que conçu dans la définition du journalisme et le traitement tel que défini par la réglementation relative à la protection des données personnelles ne se recoupent pas pleinement.

Dans le cadre des travaux préparatoires à la loi sur le secret des sources journalistiques, Olivier Maingain (DéFI) « estime que les écrivains et les personnes qui expriment leur opinion dans les tribunes ou les courriers des lecteurs, n'entrent pas dans le champ d'application de la proposition de loi à l'examen. Ces personnes expriment tout simplement leur opinion. En revanche, les photographes de presse peuvent, sans conteste, bénéficier de la protection : au moyen d'un mode de communication certes spécifique, ils traitent en effet l'information qui peut être photographiée »¹⁰¹⁹. Il poursuit en estimant « qu'un journaliste qui rédige un ouvrage ne peut, quant à lui, faire valoir cette protection. Une définition plus large est-elle nécessaire ? [...] La protection doit-elle en effet s'appliquer au metteur en page, au graphiste, au typographe, à la personne qui collabore à l'élaboration d'une publication accessible au public sans traiter l'information ? ». A ces questions, Olivier Maingain répond négativement dès lors qu'un traitement de l'information suppose sa collecte préalable, sa vérification ainsi que son analyse.

Il ne faut pas perdre de vue que le droit ces considérations sont proposées dans le cadre particulier d'une réglementation visant à protéger les sources journalistiques et que dès lors

¹⁰¹⁹ *Doc. parl.*, sess. ord., 2003-2004, n° 0024/010, p. 30.

l'objectif de cette intervention est notamment de restreindre le champ de cette protection. Cela étant, l'extrait est intéressant au regard de la notion de traitement éditorial. Le métier de journaliste implique qu'un travail soit effectué sur l'information. A ce propos, André Linard écrit que « [c]'est ce traitement éditorial, impliquant une vérification, un recoupement, une mise en perspective, une analyse, une sélection de l'information... qui marque la différence entre une activité journalistique et la simple diffusion d'informations »¹⁰²⁰. Il faut partager son intérêt pour cette notion clé qu'est le traitement éditorial. Cet élément figure aussi dans la recommandation du Comité des Ministres sur une nouvelle conception des médias¹⁰²¹. Le texte évoque la « responsabilité éditoriale »¹⁰²², faisant découler de ce principe les différents devoirs et obligations auxquels la Cour européenne des droits de l'homme soumet les journalistes (exactitude, recoupement, objectivité, respect des droits d'autrui, etc.).

En définitive, on peut considérer le journalisme comme des activités menées par une personne, physique ou morale, qui, avec ou sans but de lucre, quel que soit son statut, contribue au traitement éditorial de l'information qu'il estime être d'intérêt général dans le but de la porter à la connaissance du public quel que soit le support médiatique utilisé. L'information est alors qualifiée de journalistique lorsqu'elle fait l'objet d'un traitement – celui-ci devant être éditorial –, c'est-à-dire lorsqu'elle est collectée, recueillie, choisie, vérifiée, complétée, recoupée, analysée, synthétisée, interprétée et/ou diffusée¹⁰²³. De telles définitions impliquent, comme l'écrit notamment André Linard que « [l]e simple fait de mettre des informations à disposition du public permet d'invoquer la liberté d'expression mais n'est pas pour autant constitutif de journalisme parce que des informations, il y en a de toute nature (publicitaire, journalistique, artistique, militante, imaginaire, de l'ordre de l'opinion, du sentiment, de l'impression...) »¹⁰²⁴.

Section 2. Le droit à l'oubli

¹⁰²⁰ A. LINARD, « Un code de déontologie actualisé pour les journalistes », *op. cit.*, p. 75.

¹⁰²¹ Recommandation Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, adoptée le 21 septembre 2011.

¹⁰²² Notons qu'il évoque aussi le critère du « [c]ontrôle éditorial », celui-ci s'apparentant davantage à la politique éditoriale d'un quotidien, ainsi qu'au traitement éditorial, celui-ci s'apparentant davantage au contrôle effectué par exemple par un modérateur.

¹⁰²³ L'on rejoint ici davantage le sens donné à la notion de traitement par la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel, en se détachant alors d'une vision plus restrictive du traitement effectué sur une information.

¹⁰²⁴ A. LINARD, « Un code de déontologie actualisé pour les journalistes », *op. cit.*, p. 74.

182. - Introduction. Dans la présente section, est proposée une revue des définitions du droit à l'oubli proposées par la doctrine (§ 1^{er}) et la jurisprudence (§ 2) – bien qu'elles soient en réalité peu nombreuses –. Ces développements doivent permettre de confirmer son existence et de déterminer plus précisément la prérogative juridique analysée dans cette deuxième partie. Relevons d'emblée la difficulté de définir le droit à l'oubli puisqu'il s'agit « de donner un sens juridique à une notion psychique. Qui plus est, lorsque le juriste envisage une application d'un droit à l'oubli aux nouvelles technologies – un droit à l'oubli numérique – il se heurte à une contradiction : il recourt à un instrument juridique pour parvenir à un résultat psychique, résultat que la technologie est précisément destinée à combattre »¹⁰²⁵.

§ 1^{er}. Le droit à l'oubli réfléchi et défini par la doctrine

183. - Introduction. Les termes « droit à l'oubli » ont fait l'objet de nombreuses réflexions et définitions dans la doctrine. Il est intéressant de les passer en revue afin, *in fine*, de se risquer à une définition concordante avec l'approche proposée dans cette étude.

184. - La paternité de l'expression. La paternité de cette l'expression est attribuée par plusieurs auteurs¹⁰²⁶ à Gérard Lyon-Caen qui y en aurait eu recours dans une note datant de 1965¹⁰²⁷.

Préalablement à cette première trace explicite, Louis Brandeis et Samuel Warren, dans leur article sur le droit à la vie privée, consacraient le « right to be left alone », à savoir le « droit d'être laissé seul » ou le « droit à être laissé tranquille »¹⁰²⁸. On ne peut s'empêcher d'y voir une trace du droit à l'oubli, celui-ci traduisant la volonté d'être laissé tranquille. Seule la temporalité semble différente : le droit à l'oubli s'inscrit à moyen ou long terme alors que la protection « traditionnelle » du droit à la vie privée s'inscrit généralement à plus court terme. Des auteurs

¹⁰²⁵ M. BOIZARD, A. BLANDIN, C. CORGAS-BERNARD, G. DEDESSUS LE MOUSTIER, S. GAMBS, *et al.*, *Le droit à l'oubli*, recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, février 2015, p. 12. Dans le même sens, A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 7 (évoquant le droit à l'oubli, l'auteure écrit que « l'expression a fait florès chez les juristes comme chez les profanes. Il faut dire qu'elle possède le charme ambivalent de toute formule alliant à la rigidité du droit le flou d'un processus psychologique »).

¹⁰²⁶ Voy. notamment A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 8.

¹⁰²⁷ G. LYON-CAEN, note sous T.G.I. Seine, 14 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, I, n° 14482.

¹⁰²⁸ S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *op. cit.*, pp.193-220.

plus contemporains reprennent ce cadre de la tranquillité pour y inscrire le droit à l'oubli, entendu comme « une des composantes du droit à la tranquillité »¹⁰²⁹.

Cette expression découle de la juxtaposition entre deux termes. Roseline Letteron remet en cause le bienfondé de cette association. Elle constate le caractère inconciliable de l'oubli avec l'approche juridique, cette dernière supposant « une référence constante au passé »¹⁰³⁰. Elle estime que « l'association des deux termes dans la notion de “droit à l'oubli” devrait en conséquence être exclue »¹⁰³¹. L'on ne peut pas tout à fait donner tort à cette auteure tant il apparaît, dans certaines circonstances, difficile de concevoir réellement l'oubli comme un droit particulier. Pourtant, l'expression « droit à l'oubli » s'est confirmée et parfois imposée dans et hors de cénacles juridiques, sans pour autant effacer les controverses qui l'entourent¹⁰³².

185. - Définir et/ou expliquer le droit à l'oubli. Les auteurs sont peu nombreux à en proposer une définition. Préalablement à l'analyse des réflexions doctrinales, l'on peut proposer quelques propos plus généraux portés par certains auteurs.

Ainsi, Guillaume Lécuyer évoque, de façon théâtrale, le droit à l'oubli comme une prérogative « qui permettrait de faire retomber sur le théâtre de l'information le rideau qui s'était levé inopinément au détriment de ses acteurs involontaires »¹⁰³³. Théo Hassler indique lui que « l'oubli c'est le goût du secret, et en cela il se heurte au principe, lui incontestablement fondamental, de la liberté d'expression, qui induit l'absence de barrières aux diffusions de données »¹⁰³⁴. L'auteur semble à première vue donner un poids trop important au droit à la liberté d'expression¹⁰³⁵.

¹⁰²⁹ Voy., par exemple, N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *Rev. trim. D.H.*, 2012/89, pp. 206.

¹⁰³⁰ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 386.

¹⁰³¹ *Ibidem*. L'auteure poursuit cependant en affirmant qu'« [i]l n'en est rien, dès lors que l'oubli auquel on se réfère s'inscrit dans le cadres des libertés publiques. Si le droit ne peut lui-même connaître l'oubli, rien n'interdit, en revanche, d'utiliser un dispositif juridique pour garantir au citoyen le droit de jouir de l'oubli ». Elle résume finalement parfaitement bien l'objectif de cette thèse.

¹⁰³² Ces controverses justifient notamment cette étude.

¹⁰³³ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006, p. 439, n° 365.

¹⁰³⁴ T. HASSLER, « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *Recueil Dalloz*, 2007/40, p. 2829.

¹⁰³⁵ Il poursuit d'ailleurs son raisonnement de la sorte : « [d]ans cette lutte, la victoire de la liberté d'expression ne pouvait faire de doute et il faut bien avouer que, peu à peu, le droit à l'oubli est tombé... dans l'oubli, en particulier depuis un arrêt de 1990 de la Cour de cassation qui l'a balayé en tant que règle générale de droit » (*ibidem*).

186. - L’oubli comme un objectif à atteindre ? Un site internet dont le nom de domaine est www.droit-oubli.eu tente de répondre à la question suivante, « [d]roit à l’oubli, qu’est-ce que c’est ? ». Il importe, avant même de répondre à cette interrogation de préciser que le site appartient à l’entreprise *Reputation Squad*, une société spécialisée dans l’apport de « solutions de communication globales qui s’insèrent dans des environnements complexes et internationaux », ceci pouvant avoir un impact sur les définitions proposées. La tentative de définition débute par une mise en garde tout en faisant office de définition transversale : « [i]l n’existe pas de définition officielle de ce qu’est exactement le droit à l’oubli. La notion peut recouvrir différentes réalités concourant toutes à un même objectif : celui pour un individu de pouvoir décider qu’une information relative à son passé sorte de la sphère publique ». Ces termes confortent l’analyse du droit à l’oubli proposée dans cette thèse¹⁰³⁶. En effet, l’un des postulats de départ est précisément le fait d’affirmer que l’oubli est davantage perçu comme un objectif à atteindre par la mise en œuvre d’autres droits particuliers. Les réalités dont il est question renvoient précisément aux diverses situations particulières dans lesquelles l’oubli d’informations peut être requis en impliquant le recours à des fondements distincts. Tel est le postulat qui amène à distinguer les deux types d’oubli.

Les développements proposés sur le site internet précité indiquent encore que « [q]uand on parle classiquement du droit à l’oubli, on évoque en fait plus précisément le droit à l’oubli numérique. Il ne s’agit bien sûr pas d’altérer la mémoire des hommes, ni même de modifier des archives ou de réécrire l’histoire : il s’agit d’empêcher une information ancienne de bénéficier de la publicité d’une information fraîche ». Cet extrait peut faire l’objet de plusieurs commentaires. Premièrement, il renvoie à l’objectif même que l’on retrouve dans les deux formes d’oubli juridique proposées dans cette étude. En outre, il place la volonté de protéger le droit à la vie privée sur un pied d’égalité avec le droit à la liberté d’expression, ce dernier comprenant la constitution d’archives. Une telle égalité découle principalement du fait que les droits fondamentaux en jeu ne sont pas hiérarchisés. Troisièmement, l’extrait réfute les arguments visant à considérer le droit à l’oubli comme une mesure censurant l’histoire. Il limite cependant cette appropriation du passé au seul univers numérique : en cela, la définition paraît trop restrictive.

¹⁰³⁶ De même, ils s’inscrivent dans le postulat de Roseline Letteron décrit ci-avant. L’oubli est un objectif devant être atteint par la mise en œuvre de prérogatives juridiques particulières, mais il ne s’agit pas en tant que tel d’un droit.

Ce site internet précise encore que « [l]e droit à l'oubli numérique n'est pas véritablement la question de l'oubli ou de la mémoire. C'est la question de la publicité de l'information et donc de son affichage. Une question fondamentale à l'heure où les possibilités de stockage sont infinies et où l'image d'une personne est essentiellement définie par quelques algorithmes qui sélectionnent l'information à mettre en avant ». Là encore, l'extrait est intéressant à plusieurs égards. Il faut admettre que la question de la publicité de l'information est essentielle. Cela étant, l'on ne peut nier les dimensions d'oubli et de mémoire qui sont présentes lorsqu'on évoque le droit à l'oubli. La publicité illimitée d'une information permet la constitution d'une mémoire, notamment sur internet. Certes, cette mémoire numérique – puisqu'il ne semble être dans ces extraits question que du numérique – ne peut être assimilée totalement à la mémoire humaine telle qu'on la conçoit. Cependant, certains éléments se recourent.

Voir l'oubli comme un objectif à atteindre par la mise en œuvre d'autres prérogatives, c'est ce qu'a correctement résumé Azeene Aramazani : « [l]e droit à l'oubli est une notion issue de la doctrine qui fait référence à la protection des droits des personnes contre les risques du temps et de la mémoire activée [...]. Le droit à l'oubli numérique peut être envisagé sous différents aspects. Il peut s'agir : de la traduction du droit d'opposition dont disposent les personnes dont les données ont été collectées ; du droit à l'oubli sur internet des erreurs du passé ; du droit de la personne à obtenir la suppression de plein droit de l'ensemble des données la concernant qui circulent sur Internet »¹⁰³⁷.

187. - Le droit à l'oubli, ou la disparition de données. De nombreuses définitions et réflexions relatives au droit à l'oubli s'inscrivent dans une opposition avec le droit à la liberté d'expression, avec *in fine* pour objectif la soustraction de certaines informations de la sphère publique.

Dans le cadre d'un vaste projet de recherche sur le droit à l'oubli, plusieurs coauteurs écrivent que « [l]orsqu'est invoqué le droit à l'oubli, est revendiquée une prérogative qu'aurait l'individu d'exiger que ne soient plus accessibles à tous certains événements ou certaines données le concernant qui ne sont plus d'actualité. C'est une soustraction à la mémoire collective. Il ne s'agit cependant pas d'une soustraction totale car même si telle est la volonté

¹⁰³⁷ A. ARAMAZANI, « Le droit à l'oubli et internet », *R.D.T.I.*, 2011/2, p. 36.

de l'individu, il reste débiteur d'obligations envers la société à laquelle il appartient et peut nécessairement se heurter aux droits contraires opposés par d'autres individus. Par conséquent, si un droit à l'oubli devait être consacré, il ne saurait l'être de façon absolue »¹⁰³⁸. L'analyse proposée est intéressante en ce qu'elle part du postulat que la revendication de l'oubli se heurte à d'autres droits. Autrement dit, les auteurs placent le droit à l'oubli dans le cadre d'une balance des intérêts entre des droits fondamentaux *a priori* opposés et qu'il y a lieu de concilier. En outre, ces développements rappellent qu'une personne revendiquant l'oubli demeure potentiellement débitrice d'obligations envers la société. Ces nuances paraissent indissociablement liées à l'existence même du droit à l'oubli.

Pour Anne-Blandine Caire, « l'oubli juridique ne serait pas vraiment un phénomène mémoriel ; il correspondrait aux effets que produit habituellement un tel phénomène, à savoir la mise de côté voire l'effacement de certaines données »¹⁰³⁹. Elle ajoute que « [d]u point de vue rhétorique, l'expression de droit à l'oubli est proche de la métonymie : elle ne désigne pas réellement des cas d'oubli mais la situation de celui qui “obtiendra, par une norme juridique, la disparition définitive de certaines informations la concernant” »¹⁰⁴⁰. Roseline Letteron soutient que ce « droit d'être oublié [...] est une prérogative dont peut se prévaloir son titulaire, qui souhaite voir respecter son anonymat, ou qui aspire simplement à être laissé en paix »¹⁰⁴¹. L'auteure ajoute qu'une des fonctions « du droit à l'oubli se trouve dans la volonté d'octroyer à l'individu le droit d'obtenir un silence définitif sur son passé »¹⁰⁴².

Dans cette même optique, Charles-Edouard Sénac affirme que le droit à l'oubli est le « droit d'une personne de réclamer la disparition d'informations diffusées ou conservées par un tiers »¹⁰⁴³. Pour Agathe Lepage, cette prérogative juridique permet « de s'opposer à la reprise sans [...] consentement d'informations qui dans leur temps furent licitement révélées au public mais dont l'actualité ne justifie plus la diffusion »¹⁰⁴⁴. Il est d'ores et déjà intéressant de

¹⁰³⁸ M. BOIZARD, A. BLANDIN, C. CORGAS-BERNARD, G. DEDESSUS LE MOUSTIER, S. GAMBS, *et al.*, *Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

¹⁰³⁹ A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*. L'auteure cite R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, 1996/2, p. 388.

¹⁰⁴¹ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, 1996/2, p. 388.

¹⁰⁴² *Ibidem*, p. 389. La première fonction mentionnée par l'auteure est la « protection de l'intérêt de l'Etat », renvoyant aux figures juridiques de l'amnistie et de la prescription.

¹⁰⁴³ C.-E. SÉNAC, « Le droit à l'oubli en droit public », *Revue de droit public*, 2012/4, p. 1156.

¹⁰⁴⁴ A. LEPAGE, note sous C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 2079. L'arrêt a fait l'objet d'une publication intégrale : C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 24, note M.-L. RASSAT, C. CARON, « Une personne en instance de jugement ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un

souligner le fait que cette définition ne s'inscrit pas dans un champ particulier d'informations (il sera toutefois généralement question des informations de type judiciaire (voy. *infra*). En outre, la dimension temporelle est bien présente, faisant écho notamment à la notion d'actualité.

Odile Boutléroff définit le droit à l'oubli comme « le droit pour un individu de pouvoir décider qu'une information le concernant, quelle qu'elle soit et pas nécessairement lié à son passé, sorte de la sphère publique, que ce soit l'individu ou non qu'il l'ait rendue publique »¹⁰⁴⁵. Emmanuel Derieux consent à reconnaître que lorsque des personnes revendiquent le droit à l'oubli, elles souhaitent concrètement « obtenir, sinon l'effacement des informations dans leur édition d'origine, leur retrait des archives et au moins leur “déréférencement”, pour que leur rappel soit rendu plus compliqué »¹⁰⁴⁶. Demeurant dans le contexte d'internet, Nathalie Mallet-Poujol évoque le « droit de repentir » comme une prérogative permettant « à la personne d'obtenir la suppression des données livrées sur un site et dont elle ne souhaite plus la publication »¹⁰⁴⁷. Quant à Napoleon Xanthoulis, il évoque le « right to “cyber-oblivion” » comme le « right of an individual to have full control of the data related to him/her, particularly in regard to the digital world and more practically as an individual's right to delete his/her personal data »¹⁰⁴⁸.

188. - L'oubli justifié par l'absence d'actualité. Agathe Lepage ajoute que le droit à l'oubli est une « facette du droit au respect de la vie privée », ceci impliquant notamment qu' « après une première publication licite, il devrait permettre de s'opposer à une reprise d'informations devenues non pertinentes au regard de l'actualité »¹⁰⁴⁹. L'on retrouve, dans cette conception du

roman inspiré de son histoire ». La décision de première instance est la suivante, T.G.I. Paris (ord. réf.), 16 août 2000.

¹⁰⁴⁵ O. BOUTLÉROFF, *Le droit à être oublié ou le droit à être informé. L'équilibre entre la protection des données personnelles et [la] liberté de l'information*, mémoire rendu dans le cadre du mastère spécialisé Informatique et Libertés, 2014-2015, p. 10.

¹⁰⁴⁶ E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, p. 21.

¹⁰⁴⁷ N. MALLET-POUJOL, « Du droit à l'oubli numérique », *RD&J*, 2011/37, p. 9. L'auteur indique en outre que « [l]a consistance du droit à l'oubli est, on le voit, à géométrie variable et la notion se forge au croisement de divers champs du droit de la communication, dans une permanente recherche de conciliation entre intérêts économiques et sociaux divergents » (p. 10).

¹⁰⁴⁸ N. XANTHOULIS, « The Right to Oblivion in The Information Age : A Human-Rights Based Approach », *US-China Law Review*, 2013, pp. 84 et 85.

¹⁰⁴⁹ A. LEPAGE, note sous C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 2079. Dans le même sens, voy. A. LEPAGE, « L'ampleur de la protection de la vie privée (De la célébrité et du temps qui passe) », *Communication commerce électronique*, 1999, n° 8 et s.

droit à l'oubli, plusieurs notions importantes qui feront l'objet, ci-après, d'une analyse : tel est le cas des notions de première divulgation licite, d'actualité, d'opposition, de consentement¹⁰⁵⁰.

Dans cette dernière définition, l'absence d'actualité justifie l'oubli. En ce sens, Catherine Costaz parle du droit à l'oubli comme de « la prescription des faits qui ne sont plus d'actualité »¹⁰⁵¹.

189. - L'oubli attaché au passé judiciaire. De nombreux développements inscrivent l'oubli dans une dimension judiciaire, soit que ce soit la seule forme d'oubli juridique envisageable, soit qu'il soit opposé à d'autres types d'oubli.

Elise Defreyne distingue la « traditionnelle facette du droit à l'oubli » de celle applicable « à l'effacement des données numériques », et définit la première comme le fait de « reconnaître un droit subjectif aux personnes ayant subi l'évocation fautive d'anciens faits criminels pour lesquels elles ont été condamnées »¹⁰⁵². L'auteure poursuit en proposant une seconde définition pour ce qu'elle dénomme le « droit à l'oubli du passé judiciaire » : il s'agit d'« un droit qui permet à une personne sanctionnée pénalement, ayant purgé sa peine et réhabilitée, de s'opposer à la publication de faits relatifs à sa culpabilité »¹⁰⁵³. Les éléments judiciaires sont fortement présents dans les deux conceptions proposées par Elise Defreyne, sans doute trop pour que ces définitions puissent conforter notre vision du droit à l'oubli. A titre d'exemple, la réhabilitation semble être une condition préalable nécessaire pour obtenir le droit à l'oubli, ce qui paraît excessif¹⁰⁵⁴.

Un même écueil figure dans une définition proposée par Frédéric Krenc et Françoise Tulkens : « le droit à l'oubli a pu être entendu, à l'origine, comme le droit pour une personne condamnée de s'opposer, après l'écoulement d'un certain temps, à ce que la presse fasse à nouveau écho à son passé judiciaire »¹⁰⁵⁵. Les auteurs évoquent ensuite une adaptation de ce droit à la réalité des archives numériques.

¹⁰⁵⁰ Voy. *infra*, n° 306. - et s. pour la première divulgation licite ; n° 421. - et s. pour l'actualité ; n° 781. - et s. pour l'opposition ; n° 476. - et s. et n° 691. - et s. pour le consentement.

¹⁰⁵¹ C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.*, 1995, p. 965.

¹⁰⁵² E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰⁵⁴ Voy. à ce propos *infra*.

¹⁰⁵⁵ F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », in *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 296, n° 16.

Quant à Cécile de Terwangne, ses écrits confirment que « le droit à l'oubli du passé judiciaire est un droit largement reconnu dans nos démocraties »¹⁰⁵⁶, se référant ensuite à une définition proposée par Catherine Costaz. Cette dernière estime que le droit à l'oubli du passé judiciaire permet « d'assurer la protection du passé du sujet en permettant à ce dernier de s'opposer à l'exhumation de faits appartenant à un épisode de sa vie que le temps a rendu secret »¹⁰⁵⁷.

Sandrine Carneroli, dans son ouvrage intitulé *Le droit à l'oubli : du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, reprend la définition précitée d'Agathe Lepage. Cet emprunt est pourtant paradoxal puisqu'elle adopte cette définition pour expliciter ce qu'elle dénomme le « droit à l'oubli judiciaire »¹⁰⁵⁸. Or, la définition d'Agathe Lepage est justement transversale, embrassant tout type d'information. Certes, Agathe Lepage propose cette définition en marge d'une décision dans laquelle est contestée la nouvelle divulgation de faits judiciaires. Cela étant, elle propose, pour le droit à l'oubli, un concept plus large, ce qu'elle confirme d'ailleurs quelques lignes plus loin.

Enfin, deux auteurs suisses vont plus loin encore en ancrant leur définition du droit à l'oubli dans une dimension, non pas simplement judiciaire, mais bien pénale : le droit à l'oubli implique « de ne pas ressasser dans les médias une peine pénale ou administrative exécutée après un certain temps. Laisser reposer le passé facilite la réintégration sociale. La radiation des antécédents du casier judiciaire poursuit le même but »¹⁰⁵⁹.

190. - L'oubli dans sa dimension temporelle. D'autres auteurs se départissent du seul passé judiciaire et fonde davantage le droit à l'oubli sur l'écoulement d'un certain laps de temps, celui-ci induisant en réalité en perte d'actualité de l'information.

Jean-François Henrotte et Alexandre Cassart entendent le droit à l'oubli « comme le droit dont disposerait une personne, physique ou morale, à ce qu'une information la concernant

¹⁰⁵⁶ C. DE TERWANGNE, « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, p. 963.

¹⁰⁵⁸ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, coll. Création Information Communication pratique, Bruxelles, Larcier, 2016.

¹⁰⁵⁹ P. STUDER, M. KÜNZI, *Repères pour un journalisme responsable. Guide pratique du Conseil suisse de la presse*, Interlaken, Conseil suisse de la presse, 2011, p. 118.

soit supprimée, ou ne soit plus diffusée, après l'écoulement d'un certain laps de temps »¹⁰⁶⁰. Ce temps qui passe apparaît aussi central dans la définition proposée par Jacques Englebert. Pour cet auteur qui témoigne une grande réticence face à ce qu'il qualifie de « prétendu "droit à l'oubli" », ce dernier se conçoit comme suit : « [l']imputation exacte d'un fait deviendrait fautive en raison du seul écoulement du temps qui devrait mettre à l'abri l'auteur de celui-ci du rappel d'une réalité qu'il souhaite ne plus devoir assumer »¹⁰⁶¹.

Dans une contribution rédigée par six personnes, ces derniers conçoivent le droit à l'oubli comme exprimant « individuals' desires to be free of information that already exists in the public domain, but that "with the passing of time becomes decontextualized, distorted, outdated, no longer truthful (but not necessarily false)" »¹⁰⁶². Alessandro Mantelero écrit ceci : « the *droit à l'oubli* represents a limit to media activities, forbidding press and TV to make public, once against, aspects of private life (in many cases with a negative connotation) that were the object of public interest in the past »¹⁰⁶³.

191. - Oubli de données à caractère personnel. Certaines définitions, tout en restant très générales, s'inscrivent davantage dans le contexte de la protection des données à caractère personnel. L'on retrouve alors la notion de finalité¹⁰⁶⁴, chère à cette réglementation.

Ainsi, le droit à l'oubli peut être défini « essentiellement par sa finalité : il s'agit d'écarter tout risque qu'une personne soit durablement atteinte par l'utilisation, à son insu, de données la

¹⁰⁶⁰ J.-F. HENROTTE, A. CASSART, *Introduction générale aux droits de l'homme numérique. Droit à l'oubli : une réponse à l'hypermnésie numérique*, 56^{ème} Conférence UIA, Dresde, Allemagne, 31 octobre-4 novembre 2012, p. 4, n° 9.

¹⁰⁶¹ J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, Limal, Anthemis, 2014, p. 94, n° 108.

¹⁰⁶² P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, working paper, panel à la Computers, Privacy and Data Protection Conference 2014, disponible sur le site suivant, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2436436, mis en ligne le 15 mai 2014, consulté le 28 novembre 2018. Ils se réfèrent en outre à N. DE ANDRADE, « Oblivion, the right to be different from oneself. Reproposing the right to be forgotten », in *VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012/13, p. 127. Dans le même sens, voy. Aussi L. SIRY, « Forget Me, Forget Me Not : Reconciling Two Different Paradigms of the Right to Be Forgotten », *Kentucky Law Journal*, 2014-2015/3, pp. 312 et 313 (le droit à l'oubli « would allow cybercitizens to start fresh after a brush with the law, or to forget those embarrassing, somewhat impetuous photos that one posed for back in one's carefree youth »).

¹⁰⁶³ A. MANTELERO, « U.S. Concern about the European Right to Be Forgotten and Free Speech : Much Ado About Nothing ? », *Contratto e Impresa/Europa*, 2012/2, pp. 728 et 729.

¹⁰⁶⁴ Bien que la notion soit caractéristique de la réglementation relative aux données à caractère personnel, « [o]n soulignera, pour rapprocher les deux droits, que c'est également par sa finalité que se définit le droit au respect de la vie privée » (M. BOIZARD, A. BLANDIN, C. CORGAS-BERNARD, G. DEDESSUS LE MOUSTIER, S. GAMBS, *et al.*, *Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 12).

concernant, qu'elles figurent sur la toile à son initiative ou à celle d'un tiers »¹⁰⁶⁵. Une définition quasiment identique est proposée dans un appel à projet : « la notion de *droit à l'oubli* se définit essentiellement par sa finalité : il s'agit d'écarter tout risque qu'une personne, dont des données la concernant ont été déposées sur la toile, par elle-même ou un tiers, soit durablement incommodée par l'utilisation à son insu de ces données. Et ce, quelle que soit l'ancienneté des faits ou des données se rapportant à cette personne »¹⁰⁶⁶. Cette dernière précision efface l'élément temporel du droit à l'oubli d'informations journalistiques et s'inscrit parfaitement dans le cadre du droit à l'oubli d'informations non journalistiques, ce dernier faisant l'objet de la troisième partie de cette thèse.

La CNIL française (la Commission Nationale Informatiques & Libertés) apporte sa définition, se rapportant aux traces numériques : le droit à l'oubli est « la possibilité offerte à chacun de maîtriser ses traces numériques et sa vie en ligne, qu'elle soit privée ou publique »¹⁰⁶⁷.

192. - L'oubli comme un élément du droit à l'identité. Sans faire explicitement écho au temps qui passe, Norberto Nuno Gomes de Andrade définit le droit à l'oubli comme « the right to silence on past events in life that are no longer occurring »¹⁰⁶⁸. Il inscrit cette définition dans une dimension autre que les traditionnels droit à la vie privée ou droit à la protection des données à caractère personnel. Il lie en effet ce droit au « right to identity », le droit à l'identité¹⁰⁶⁹. Dans un sens identique, Meg Leta Jones entend le *right to be forgotten* comme « the right to retroactively create gaps or boundaries to promote emergent subjectively and the dynamic self »¹⁰⁷⁰. Le droit à l'oubli est alors basé « on the autonomy of an individual becoming

¹⁰⁶⁵ La définition est disponible à l'adresse suivante, <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/22955-droit-a-l-oubli-numerique-definition> (mise en ligne en septembre 2018, consultée le 18 septembre 2018).

¹⁰⁶⁶ La définition est proposée dans l'appel à projet lancé par la Mission de recherche Droit et Justice en juin 2011. Elle est reprise dans le rapport final de cette recherche, M. BOIZARD, A. BLANDIN, C. CORGAS-BERNARD, G. DEDESSUS LE MOUSTIER, S. GAMBS, *et al.*, *Le droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁶⁷ CNIL, *Rapport d'activités 2013*, p. 16, disponible à l'adresse suivante, www.cnil.fr.

¹⁰⁶⁸ N. NUNO GOMES DE ANDRADE, « Oblivion : The Right to Be Different ... from Oneself. Reproposing the Right to Be Forgotten », *Revista d'Internet, dret i política*, 2012/13, p. 123. L'auteur reprend en réalité la définition de G. PINO, « The right to personal identity in Italian private law : Constitutional interpretation and judge-made rights », in M. VAN HOECKE, F. OST (dir.), *The harmonization of private law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 237.

¹⁰⁶⁹ N. NUNO GOMES DE ANDRADE, « Oblivion : The Right to Be Different ... from Oneself. Reproposing the Right to Be Forgotten », *op. cit.*, p. 124. Ce droit à l'identité semble, pour partie, recouper le droit à l'autodétermination informationnelle (voy. *infra*).

¹⁰⁷⁰ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, *op. cit.*, p. 93.

a rightholder in respect of personal information on a time scale ; the longer the origin of the information goes back, the more likely personal interests prevail over public interests »¹⁰⁷¹.

§ 2. Le droit à l'oubli défini par la jurisprudence belge

193. - Quand les juges définissent le droit à l'oubli. La jurisprudence a d'ores et déjà abordé la notion de droit à l'oubli, parfois même sans s'en rendre complètement compte. Ce droit n'étant pas expressément consacré, la jurisprudence se montre parfois hésitante, proposant des définitions qui ne témoignent pas toujours d'une compréhension exacte de la distinction opérée dans cette étude. L'appellation même de ce (ou ces) droit(s) n'est pas unanime. Les décisions relatives à l'oubli d'information ne se risquent pas toutes à définir un concept flou et fuyant. Celles qui le font seront analysées lors de l'étude des fondements juridiques du droit à l'oubli (voy. *infra*).

194. - Le droit à l'oubli. Dans une décision du Tribunal de première instance de Namur en date du 17 novembre 1997, le juge définit le droit à l'oubli comme un droit qui « permet à l'individu dont la vie n'est pas consacrée à une activité publique d'exiger le secret et la tranquillité sans lesquels le libre développement de sa personnalité serait entravé »¹⁰⁷². Le juge poursuit son raisonnement en indiquant que « [l]e respect de ce droit, en ce compris par les journalistes se prévalant de l'exercice de la liberté de la presse, doit être considéré comme le principe ; il peut toutefois y être dérogé s'il s'agit, d'une part, de rediffuser des éléments déjà divulgués à l'époque des faits ayant valu condamnation judiciaire et, d'autre part, s'il y a un intérêt contemporain à cette seconde divulgation. Outre que, s'agissant d'exceptions, les dérogations ainsi permises doivent s'interpréter strictement, voire restrictivement, encore doit-il être vérifié dans chaque cas d'espèce, si l'usage qui en a été fait n'est pas écarté des devoirs de prudence et d'objectivité que doivent respecter les journalistes dans le contexte du droit positif de la responsabilité civile aquilienne ».

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 94. L'auteure cite R. H. WEBER, « The right to be forgotten : More than a Pandora's Box », *JIPITEC*, 2011, p. 121.

¹⁰⁷² Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 785.

195. - Le droit à l'oubli judiciaire. Le Tribunal de première instance de Liège¹⁰⁷³ évoque le « droit à l'oubli judiciaire » lorsqu'il se penche sur la problématique « liée à la redivulgation par la presse du passé judiciaire d'une personne ». Cependant, le raisonnement se poursuit en indiquant que « [l]e présent litige, qui concerne la numérisation d'archives journalistiques, est relatif à cette nouvelle problématique du droit à l'oubli, à savoir le droit à l'oubli numérique ». Tout en confirmant l'existence des deux dimensions du droit à l'oubli, entendu dans son sens large, le jugement semble ne pas percevoir totalement la distinction entre ces deux types de droit à l'oubli. Concrètement, alors que toute la suite du raisonnement du juge s'appuie, à raison, sur le « droit à l'oubli judiciaire », le juge qualifie pourtant le droit en cause de « droit à l'oubli numérique » du seul fait que le litige trouve son origine dans des informations disponibles dans des archives numériques. C'est sans doute oublier que le « droit à l'oubli judiciaire » ne peut se concevoir comme étant limité à la presse traditionnelle, mais embrasse tous les types de presse, en ce compris la presse et les archives numériques¹⁰⁷⁴.

D'autres décisions considèrent que « s'il est admis qu'un individu ne pourra s'opposer à la reproduction de ses traits, chaque fois que la scène qui le représente s'intègre dans l'actualité, il ne paraît pas à ce point évident qu'il en irait de même pour des personnes qui, comme les intimés, ne sont pas des personnages publics, mais de simples particuliers qui se sont trouvés le temps du procès sous les projecteurs de l'actualité, ce qui justifiait la reprise de son image dans les médias à cette époque », et d'ajouter que « les impératifs de l'actualité ne paraissent plus justifier aujourd'hui la reproduction des traits du premier intimé »¹⁰⁷⁵.

196. - Le droit au (ou de) repentir. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 25 mai 2011, définit le droit au repentir comme une prérogative « permettant à une personne qui a été sous les feux de l'actualité d'en sortir après un certain temps [...] en raison du temps écoulé depuis les faits concernés »¹⁰⁷⁶. La décision continue par une application succincte de cette définition au cas d'espèce. Elle précise qu'il « n'est pas comparable, puisque

¹⁰⁷³ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

¹⁰⁷⁴ Voy. *infra*.

¹⁰⁷⁵ Bruxelles (réf., 9^{ème} ch.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47. L'appel est dirigé contre une civ. Bruxelles (réf.), 3 mai 1995, *inédit*.

¹⁰⁷⁶ Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 25 mai 2011, *A&M*, 2011/4-5, p. 569. La décision cite, dans cette définition, B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 987).

les demandeurs ont accepté d'apparaître dans un reportage qui concerne non un sujet d'actualité mais un sujet de société qui fait débat depuis des années déjà. Les demandeurs n'affirment par ailleurs pas qu'ils auraient pris des distances par rapport à tel ou tel comportement, ou idée exprimée, de telle sorte que le reportage donnerait d'eux une image dépassée dont ils entendent se distancer ».

Ce droit au repentir a été évoqué dans d'autres décisions. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 29 octobre 2001, l'a ainsi défini comme le droit de pouvoir, à tout moment, retirer unilatéralement le consentement donné¹⁰⁷⁷. Ce droit ne semble toutefois pas pouvoir être comparé au droit évoqué dans le jugement du 25 mai 2011, dès lors qu'il concerne le consentement donné pour des photographies. En revanche, le jugement du 29 octobre 2001 indique que le droit au repentir ne peut être invoqué que pour des futures publications. Cette précision semble pouvoir être appliquée au droit à être oublié¹⁰⁷⁸. Un parallèle peut être fait entre, d'une part, un consentement donné pour la diffusion de photographies dans un contexte donné et à un moment précis, cette autorisation ne valant pas pour des divulgations futures, et d'autre part, le consentement – certes implicite – qu'un particulier serait amené à donner dans un contexte particulier et à un moment donné (essentiellement parce que cet individu accède à une notoriété provisoire). Dans ce dernier cas, on pourrait imaginer que l'autorisation est donnée à un moment particulier, mais ne constitue pas un consentement *ad vitam* permettant aux médias de divulguer à nouveau l'information dans le futur¹⁰⁷⁹.

Section 3. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques : une appellation claire pour une définition précise ?

197. - Le débat relatif à l'appellation. L'une des problématiques relatives à cette consécration juridique de l'oubli est son appellation. Des auteurs écrivent à ce propos qu'« [i]t may not come as a surprise that the concept is subject to different interpretations, which – in turn – have led to a great deal of controversy. [...] The right can either be grounded on the general right to privacy – in which case it can be referred to as the right to oblivion (in French,

¹⁰⁷⁷ Sur le droit au repentir, voy. aussi civ. Bruxelles (21^{ème} ch.), 29 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 184 (de « recht om ten allen tijde eenzijdig op de gegeven toestemming terug te komen »).

¹⁰⁷⁸ Voy. *infra*.

¹⁰⁷⁹ Sur le consentement, voy. *infra*.

droit à l'oubli) – or it can be based on the data protection framework – in which case it can be referred to as the right to erasure »¹⁰⁸⁰. En effet, comme le souligne Elise Defreyne, « la même expression “droit à l'oubli” peut être utilisée pour dénommer sans distinction les deux facettes du droit à l'oubli [...]. Afin de contourner ce problème terminologique, pourrait se concrétiser une distinction entre le “right to forget” pour évoquer les problèmes posés par la revitalisation d'un fait du passé et le “right to be forgotten” qui serait une nouvelle nomination du droit à l'effacement des données. Pour opérer la même distinction, d'autres opposent le “right to oblivion” au “right to erasure”. Enfin, certains contrastent le “droit à l'oubli” (en français dans le texte) avec le “right to be forgotten” »¹⁰⁸¹. Pour Roseline Letteron, « comme la notion d'oubli, celle de droit à l'oubli peut revêtir deux significations, le droit d'oublier ou le droit d'être oublié »¹⁰⁸². Le premier s'inscrit davantage dans un « devoir de ne pas oublier », prenant différentes formes, et renvoie en réalité au devoir de mémoire (voy. *infra*). Le second permet à une personne d'obtenir, « par une norme juridique, la disparition définitive de certaines informations la concernant. [...] C'est une prérogative dont peut se prévaloir son titulaire, qui souhaite voir respecter son anonymat, ou qui aspire simplement à être laissé en paix »¹⁰⁸³. Etienne Montero et Quentin Van Enis énumèrent quatre droits à l'oubli distincts (deux semblant toutefois se recouper) : « le droit à l'oubli du passé judiciaire », « le “droit à l'oubli” et le traitement de données à caractère personnel », « le “droit à l'oubli” au regard des nouvelles formes de dissémination de l'information sur le net », ainsi que « le “droit à l'oubli” à l'encontre des éditeurs d'archives en ligne »¹⁰⁸⁴. Ils ajoutent qu'on « assiste à une multiplication des types de revendications qui se profilent derrière la bannière du “droit à l'oubli” : ne pas voir en permanence rappeler son passé ; pouvoir retirer une information que l'on a soi-même livrée, par exemple sur les réseaux sociaux (“droit au repentir”) ; pouvoir s'opposer à la décontextualisation de données ; obtenir qu'une personne cesse de conserver ou de diffuser des données... »¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁰ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into “time” as a factor in deciding about retention or erasure of data*, op. cit., p. 9/31. Voy. Aussi, N. XANTHOULIS, « The Right to Oblivion in The Information Age : A Human-Rights Based Approach », op. cit., pp. 84 et s., et spec. pp. 86 à 88.

¹⁰⁸¹ E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », op. cit., p. 78. Voy. les références citées par l'auteure en notes 13 à 16.

¹⁰⁸² R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », op. cit., p. 386.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, p. 388.

¹⁰⁸⁴ E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net », *R.G.D.C.*, 2016/5, pp. 246 à 248, n° 13 à 21.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, p. 248, n° 19. Voy. aussi. C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 239 (selon l'auteure, « [t]ous ces aspects d'un droit à ne

Quant à son appellation anglaise, rien n'est moins clair : la littérature académique évoque le *right to forget*, le *right to be forgotten*, le *right to oblivion*, le *right to delete*, le *right to erasure*, ou encore le *right to forget/be forgotten*. Pour certaines auteurs, bien que toutes ces appellations se rejoignent, elles ne couvrent pas toujours exactement la même chose ; alors que d'autres semblent considérer ces termes comme étant interchangeables¹⁰⁸⁶.

198. - Le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Les définitions proposées permettent de concevoir plus précisément ce que l'expression « droit à l'oubli d'informations journalistiques » recouvre. L'appellation paraît, compte tenu des précisions apportées ci-avant, tenir la route. Comme l'écrit Agathe Lepage, « [l]e droit à l'oubli souffre peut-être de son appellation lui donnant l'air d'être un de ces nouveaux droits subjectifs qui viendrait s'ajouter à une liste sans cesse croissante des “droits à...” »¹⁰⁸⁷. Dans le même sens mais tout en étant moins critique, Anne-Blandine Caire admet que « si l'on considère que l'oubli revient à ne pas diffuser voire effacer certaines données, un lien se dessine entre le droit à l'oubli et les droits de la personnalité. Cette catégorie de droits [...] assure la protection de la personnalité et concerne donc ce qui touche à l'intimité. Le droit à l'oubli qui permet de ne pas divulguer certaines données et se décline notamment sous la forme d'un droit à l'anonymat ou d'un droit à la confidentialité appartient donc incontestablement à ce type de droits »¹⁰⁸⁸.

Chapitre 2. Champ d'application

199. - Introduction. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques se conçoit essentiellement en droit des médias, voire plus restrictivement encore dans ce qu'on pourrait appeler le droit de la presse. En effet, il est d'application lorsque l'on se retrouve face au traitement d'une information effectuée à des fins journalistiques, dans le cadre d'activités journalistiques. Comme il a été vu précédemment, la définition à donner à la notion de

pas voir en permanence rappeler son passé, un droit d'obtenir qu'une personne ne conserve plus ce qu'elle savait parce que ce n'est pas légitime, un droit de refuser la décontextualisation des données et un droit au repentir et à changer d'avis, constituent le droit à l'oubli tel que nouvellement dessiné ».

¹⁰⁸⁶ N. XANTHOULIS, « The Right to Oblivion in The Information Age : A Human-Rights Based Approach », *op. cit.*, pp. 86 et 87.

¹⁰⁸⁷ A. LEPAGE, note sous C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 2079.

¹⁰⁸⁸ A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 8. L'auteure se réfère d'ailleurs aux écrits d'Agathe Lepage (A. LEPAGE, « Personnalité (Droit de la) », *Rep. dr. civ.*, janvier 2015).

journalisme constitue un point central dans la détermination du droit applicable en vue de tenter de se faire oublier. Le support importe moins : le droit à l'oubli d'informations journalistiques trouve à s'appliquer tant dans les médias traditionnels (Section 1) que les médias numériques, ces derniers amenant l'inévitable question des archives (Section 2).

Le droit à l'oubli d'informations journalistiques s'inscrit donc dans le cadre de la presse. Il n'y a cependant pas lieu de limiter ce droit à la presse dite traditionnelle, c'est-à-dire la presse écrite et la presse audiovisuelle. Il paraît certain que le droit à l'oubli d'informations journalistiques doit pouvoir trouver une pleine et entière application dans les deux types de presse cités, mais aussi dans le cadre de la presse en ligne. Il permet, à ce titre, de toucher notamment les archives numériques, domaine dans lequel le droit à l'oubli d'informations journalistiques est amené à trouver de nombreuses applications. Cependant, il est bien question de presse en ligne, et non d'internet dans son ensemble. La distinction semble, encore une fois, fondamentale et s'appuie toujours sur la notion de journalisme.

200. - Oubli, internet et archives. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques est applicable aux archives numériques. Comme indiqué préalablement, il n'y a pas lieu de distinguer les formes juridiques de l'oubli en fonction des supports, mais bien en fonction des fondements de droit envisageables. Dès lors, l'oubli d'informations journalistiques s'emploie tant dans les médias traditionnels que pour les informations contenues sur les sites web, diffusées dans les médias du net, etc. Il va de soi que l'une des problématiques principales dans l'univers numérique est le maintien, souvent en libre-service, de celles-ci dans des archives. La doctrine ne semble cependant pas tout à fait unanime quant à l'appréhension du droit à l'oubli indifféremment du support sur lequel l'information litigieuse est diffusée. Bernard Mouffe écrit à ce propos qu'« [à]ux côtés de ce droit à l'oubli *judiciaire* figure la question de la rémanence des articles de presse actant des images et des informations (dont les condamnations) anciennes et la facilité avec laquelle ces images et informations, parfois extrêmement anciennes, sont accessibles “en un seul clic” par le moyen de n'importe quel moteur de recherche sur internet »¹⁰⁸⁹. L'auteur avance « de simples raisons pratiques » pour « admettre que, dans ce nouvel univers, le droit à l'oubli ne peut s'imposer au détriment de l'information : le choix actuel est celui de la valorisation et l'exploitation des archives écrites ou audiovisuelles »¹⁰⁹⁰. Pourtant, sans aller jusqu'à refuser, mais en encadrant fortement le droit à l'oubli sur internet,

¹⁰⁸⁹ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 173, n° 181.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*.

l'auteur nuance rapidement ses propos pour admettre ledit droit. Il exprime que « [s]i, dans un contexte mondial, une personne s'estime lésée, le juge saisi devra, dans la balance des intérêts en présence, certes tenir compte des intérêts de la victime mais aussi de la place concédée au principe du droit général à l'information, dans une société qui a entendu faciliter un accès et un partage global de la mémoire, de l'histoire et du savoir »¹⁰⁹¹. *In fine*, il définit parfaitement l'idée même du droit à l'oubli d'informations, celui-ci devant être mis en œuvre par l'entremise d'un équilibre à trouver entre les intérêts en présence, ces intérêts étant en principe d'une égale valeur. Les droits fondamentaux ne sont en effet pas hiérarchisés. D'autant que ce choix de la société pour un internet ouvert paraît, au départ au moins, avoir été dicté par l'absence de régulation précise et claire en raison des difficultés liées à sa mise en œuvre. La rédaction et l'entrée en vigueur du règlement européen général sur les données à caractère personnel consiste toutefois en un élément démontrant la volonté d'encadrer ce choix.

201. - Définir les archives. Dans son sens courant, le dictionnaire définit le mot « archives » comme étant non seulement un « [e]nsemble de documents anciens, rassemblés et classés à des fins historiques », mais aussi le « [l]ieu où les archives sont déposées, conservées »¹⁰⁹². Deux remarques peuvent d'emblée être faites. Premièrement, le terme est présent dans le dictionnaire dans sa seule forme plurielle, alors qu'il est, en archivistique, utilisé dans une forme singulière. Deuxièmement, il évoque tant un ensemble de documents que le lieu où sont stockés ces documents. Cette dualité de sens se retrouve aussi dans la recommandation R(2000)13 du Comité des ministres aux États membres sur une politique européenne en matière de communication des archives¹⁰⁹³. Précisant d'emblée que son objet porte sur les archives publiques, la recommandation indique dans son annexe que, lorsque le terme « archives » est écrit avec un a minuscule, il comprend « l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale dans l'exercice de son activité et versés aux Archives pour conservation permanente ». En revanche, lorsque le A est majuscule, les archives s'entendent des « institutions publiques chargées de la conservation des archives ».

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 174, n° 181. Il ajoute que « [l]es archives publiques sont constituées “dans un intérêt mondial commun”, en faveur de la libre circulation de toutes les données, qui n'est possible qu'en supposant une autorisation tacite de toutes les personnes concernées à accepter que leur image, leur voix ou leur histoire puissent être accessibles et réutilisées sur d'autres supports » (pp. 173 et 174, n° 181).

¹⁰⁹² *Le Petit Robert*, Dicorobert, Montreal, 1993, v° *Archives*.

¹⁰⁹³ Recommandation R(2000)13 du Comité des Ministres aux États membres sur une politique européenne en matière de communication des archives, adoptée le 13 juillet 2000.

202. - Le rôle important des archives. Cette recommandation souligne rapidement le rôle particulièrement important joué par les archives dans la constitution d' « une partie essentielle et irremplaçable du patrimoine culturel » ainsi que dans la préservation de « la pérennité de la mémoire de l'humanité ». La recommandation évoque encore « l'intérêt croissant du public pour l'histoire » et le fait « qu'un pays n'accède pleinement à la démocratie que lorsque chacun de ses habitants dispose de la possibilité de connaître de manière objective les éléments de son histoire ».

En ce qui concerne les archives en ligne, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît sans détour leur nécessité. Dans son arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*¹⁰⁹⁴, la Cour déclare que « la mise à disposition d'archives sur Internet contribue grandement à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives en question constituent une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites » (§ 45)¹⁰⁹⁵. La Cour distingue d'une part l'actualité et d'autre part, l'information. Autrement dit, ce qui fait l'actualité un jour deviendrait information le lendemain. Or, l'un des éléments qui justifie la diffusion d'informations est précisément le fait qu'elles fassent partie intégrante de l'actualité ou, plus largement, qu'elles participent au débat d'intérêt général. Par conséquent, toute information ne fait pas d'office partie de l'actualité et n'entre pas nécessairement dans le débat d'intérêt général. La Cour poursuit son raisonnement en rappelant la fonction première de la presse, celle de jouer le rôle de « chien de garde » dans une société démocratique. La Cour évoque bien le rôle de la *presse*, et non des médias. Cet élément témoigne, si besoin en est, du fait que la Cour croit en la plus-value apportée par la presse, c'est-à-dire par des personnes faisant œuvre de journalisme. Outre ce rôle, elle indique désormais que la presse doit remplir une « fonction accessoire [...] en constituant des archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à la disposition du public » (§ 45)¹⁰⁹⁶. Elle ajoute, dans un arrêt du 16 juillet 2013, que « [t]he maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role »¹⁰⁹⁷. Consciente non seulement de la valeur que ces archives apportent aux différentes composantes du droit à la liberté d'expression, mais aussi des risques

¹⁰⁹⁴ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03.

¹⁰⁹⁵ Dans le même sens, Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 90 ; Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 59.

¹⁰⁹⁶ Dans le même sens, Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 90 ; Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 59.

¹⁰⁹⁷ Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 59.

qu'un tel amasement d'informations peut avoir sur d'autres droits fondamentaux, en premier lieu le droit à la protection de la vie privée, elle s'empresse d'ajouter 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 » (§ 45). La Cour admet donc que l'examen du conflit des droits fondamentaux, lorsque la composante « archives numérique » est en jeu, puisse donner lieu à un raisonnement particulier, distinct de celui qui aurait été exécuté sans cet élément. Il semble que cet élément plaide en faveur de – ou du moins ne s'oppose pas à – la mise en œuvre de procédés efficaces permettant de défendre le droit à la vie privée dans le cadre spécifique des archives en ligne. Autrement dit, l'on peut y voir une sorte de fondement du droit à l'oubli d'informations. La Cour européenne des droits de l'homme poursuit encore son raisonnement en ajoutant que « le devoir de la presse de se conformer aux principes d'un journalisme responsable en vérifiant l'exactitude des informations publiées est vraisemblablement plus rigoureux en ce qui concerne celles qui ont trait au passé – et dont la diffusion ne revêt aucun caractère d'urgence – qu'en ce qui concerne l'actualité, par nature périssable » (§ 45). La Cour confirme que le journalisme ne se limite pas à la diffusion d'informations d'actualité, mais concerne l'ensemble des sujets d'intérêt général. Cela étant, la diffusion d'informations du passé implique un renforcement des devoirs du journaliste. Ce renforcement passe inévitablement, semble-t-il, par le fait de jauger l'utilité d'un rappel des faits, ce dernier devant être totalement justifié, et par une vérification plus approfondie, dès lors que l'urgence de l'actualité ne conditionne pas une diffusion rapide de l'information. Le droit à l'oubli d'informations permet alors de sanctionner tout rappel qui pourrait être non pas considéré comme inutile, mais comme portant atteinte au droit à la vie privée, cette dernière prérogative devant prévaloir compte tenu du fait que les informations diffusées ont trait au passé.

D'autres développements ont été proposés par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne* du 16 juillet 2013¹⁰⁹⁸, les requérants soutiennent l'argument suivant : « [t]hey argued that the case was important in that it raised new issues which had hitherto not been addressed by judicial practice. They submitted that each new reading of the article on the newspaper's website, which was open to the general public, amounted to a new publication of that article. Traditional principles governing the

¹⁰⁹⁸ Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07.

archiving of various printed materials and documents in traditional archives were not the same as those applicable to the operation of a website, regardless of whether a part of it had been labelled as an “archive” or not. The term “archive” was to be understood as a set of documents which had lost their currency. The Internet was not an instrument for archiving materials, but had to be regarded as a means of communication of information on current topics. The mere fact that a part of a website was called an “archive” did not affect this in any way » (§ 14). Dans l’affaire *Fuchsmann c. Allemagne*¹⁰⁹⁹, il est notamment admis que l’intérêt public s’étend également aux publications figurant dans des archives en ligne des journaux, soutenant que le public a non seulement un intérêt pour les événements de l’actualité, mais aussi « in the possibility of researching important past events » (§ 38). La Cour note « the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available news and information. Such archives constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free » (§ 39).

Enfin, dans l’arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, la Cour affirme encore le rôle essentiel joué par la presse dans une société démocratique. Il se concrétise « également par le biais de ses sites Internet et par la constitution d’archives numériques qui contribuent grandement à améliorer l’accès du public à l’information et à sa diffusion [...]. Par ailleurs, d’après la jurisprudence de la Cour, l’intérêt légitime du public à pouvoir accéder aux archives électroniques publiques de la presse est protégé par l’article 10 de la Convention [...], et toute mesure limitant l’accès à des informations que le public a le droit de recevoir doit être justifiée par des raisons particulièrement impérieuses [...] »¹¹⁰⁰.

203. - Les archives dans les textes. A l’échelle du Conseil de l’Europe, dans la recommandation R(2000)13 sur une politique européenne en matière de communication des archives, le Comité des ministres du Conseil de l’Europe est conscient de la « complexité des problèmes liés à la communication des archives ». Celle-ci est notamment due à « la variété des situations constitutionnelles et juridiques » d’un Etat à l’autre ainsi qu’à une perception différente des problématiques liées aux archives dans chaque pays. Se concentrant sur les

¹⁰⁹⁹ Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13. Pour les faits relatifs à cette affaire, voy. *infra*.

¹¹⁰⁰ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 102. Voy. aussi, dans un sens identique, Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65 ; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, §§ 27 et 41.

archives publiques, le texte soutient que l'accès aux documents qui s'y trouvent est un droit devant être reconnu à tous les utilisateurs¹¹⁰¹. Cela étant, ce texte précise qu'il y a lieu de prévoir soit une ouverture totale des archives, soit un délai de protection. En tous les cas, des mesures peuvent être adoptées afin de protéger notamment « les particuliers contre la divulgation de données relatives à leur vie privée »¹¹⁰². En ce qui concerne les archives privées, la recommandation précise qu'« [i]l convient d'essayer d'aligner, *mutatis mutandis*, chaque fois que cela est possible, les conditions de communication des archives privées sur celles des archives publiques »¹¹⁰³.

A l'échelle de l'Union européenne, le règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016¹¹⁰⁴ évoque à plusieurs reprises les archives dans ses considérants et proposent plusieurs dispositions particulières à leur propos. Le considérant n° 153 est particulièrement intéressant : il indique que « [d]ans le cadre du traitement de données à caractère personnel uniquement à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, il y a lieu de prévoir des dérogations ou des exemptions à certaines dispositions du présent règlement si cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information, consacré par l'article 11 de la Charte. Tel devrait notamment être le cas des traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives d'actualités et bibliothèques de la presse ». Ce considérant semble être l'un des éléments clés qui justifie le fait de distinguer deux fondements juridiques différents pour deux formes d'oubli distincts. Le considérant n° 158 porte, lui, sur les traitements de données exécutés à des fins archivistiques. Il porte notamment que « [l]es autorités publiques ou les organismes publics ou privés qui conservent des archives dans l'intérêt public devraient être des services qui, en vertu du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, ont l'obligation légale de collecter, de conserver, d'évaluer, d'organiser, de décrire, de communiquer, de mettre en valeur, de diffuser des archives qui sont à conserver à titre définitif dans l'intérêt public général et d'y donner accès. Les États membres devraient également être autorisés à prévoir un traitement ultérieur des données à caractère personnel à des fins archivistiques, par exemple en vue de fournir des informations précises

¹¹⁰¹ Voy. l'annexe, partie III, point 5. Le terme « utilisateur » est en outre défini. Il s'agit de « toute personne qui consulte des archives, à l'exception du personnel qui travaille aux Archives ».

¹¹⁰² Annexe, partie III, point 7.1.b.

¹¹⁰³ Annexe, partie IV, point 12.

¹¹⁰⁴ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

relatives au comportement politique sous les régimes des anciens États totalitaires, aux génocides, aux crimes contre l'humanité, notamment l'Holocauste, ou aux crimes de guerre ». L'on voit notamment dans cet extrait une confirmation de la prise en compte, dans l'exécution de la balance des intérêts explicitée ci-après, du critère historique¹¹⁰⁵. Le traitement effectué à des fins archivistiques est ensuite mentionné dans une série de dispositions particulières du règlement¹¹⁰⁶, celles-ci seront analysées dans la troisième partie de cette recherche doctorale.

TITRE 2. LES SOURCES JURIDIQUES

204. - Introduction. Dès lors que le droit à l'oubli s'est construit essentiellement à travers des consécutions jurisprudentielles, l'étude des fondements juridiques de l'oubli est envisagée à travers l'analyse des décisions de jurisprudence qui ont consacré ce droit et qui ont fondé cette prérogative juridique sur certaines dispositions conventionnelles, constitutionnelles et/ou légales. Il faut reconnaître qu'il s'agit là du processus inverse à celui qui veut que l'on dispose de fondements législatifs et que, sur la base de ceux-ci, les juges soient amenés à se prononcer dans des affaires précises.

Le présent titre à vocation à répondre à la question suivante : le droit à l'oubli d'informations journalistiques trouve-t-il un fondement dans la des dispositions juridiques consacrée ? L'examen de la protection du droit à la vie privée (chapitre 1^{er}) débute par une analyse des sources internationales pour ensuite se consacrer à l'étude de la situation nationale, en Belgique ainsi que dans d'autres Etats dans lesquels les réflexions à ce propos semblent pertinentes. Lors de cette seconde étape, il apparaît essentiel de prendre aussi en compte les textes des instances déontologiques ainsi que leurs décisions en la matière. Sera ensuite analysé, le droit à la protection des données à caractère personnel (chapitre 2). Sur base des constats posés, ce titre 2 se conclura en évoquant le fondement retenu pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques (chapitre 3).

Chapitre 1^{er}. L'oubli à travers la protection de la vie privée

¹¹⁰⁵ Voy. *infra*.

¹¹⁰⁶ Voy. notamment les articles 5, § 1^{er}, b. et e. ; 9, § 2, j) ; 14, § 5, b) ; 17, § 3, d) ; 89. Voy., pour une analyse de ces dispositions, *infra*.

205. - Le droit à la protection de la vie privée. Il importe, dans un premier temps, de préciser quels sont les textes qui protègent le droit à la vie privée ainsi que le sens exact donné à cette prérogative juridique (Section 1^{ère}). Compte tenu de ces développements, il sera permis de s'interroger sur l'inclusion, dans ces textes et définitions, d'un droit à l'oubli tel qu'il a été défini préalablement (Section 2).

Section 1^{ère}. Le droit à la protection de la vie privée : textes et définitions

206. - Les consécutions et définitions du droit à la vie privée. Le droit à la vie privée est consacré par de nombreux textes internationaux (§ 1^{er}) et nationaux (§ 2). Ceux-ci se limitent à consacrer une prérogative sans la définir précisément. La doctrine s'est attachée à proposer des définitions, tenant compte des évolutions que ce concept a connu depuis ses premières théorisations (§ 3).

§ 1^{er}. Les consécutions internationales

207. - Le PIDCP. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹¹⁰⁷ consacre, en son article 17, le droit à la vie privée¹¹⁰⁸. Il prévoit que « [n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ». Le second paragraphe précise que « [t]oute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

208. - Les textes du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe consacre le droit à la protection de la vie privée à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme

¹¹⁰⁷ Adopté le 16 décembre 1966 par une résolution n° 2200 A XXI de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, le Pacte est entré en vigueur le 23 mars 1976. En Belgique, il est ratifié le 21 avril 1983 (*M.B.*, 6 juillet 1983), après une loi d'approbation du 15 mai 1983 (loi du 15 mai 1983 portant approbation des Actes internationaux suivants : a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, *M.B.*, 6 juillet 1983). Le Pacte est entré en vigueur en Belgique le 21 juillet 1983.

¹¹⁰⁸ Une autre disposition de ce même texte, l'article 23, aborde lui-aussi des composantes de la vie privée. Evoquant la famille comme « élément naturel et fondamental de la société », l'article 23 permet à toute personne de « se marier et de fonder une famille », tout en mentionnant ensuite certaines considérations relatives au mariage.

et des Libertés fondamentales¹¹⁰⁹. Cette disposition énonce en son paragraphe premier que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Selon le second paragraphe, ce droit n'est pas absolu dès lors que des ingérences peuvent être admises, pour autant qu'elles répondent à trois conditions : la légalité, la légitimité et la proportionnalité. Ainsi, ce paragraphe indique qu'« [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cet article 8 est régulièrement invoqué devant les juridictions des Etats membres, parallèlement aux dispositions nationales consacrant la vie privée. Selon Benjamin Docquir, il « a été le moteur “historique” du développement et de l'expansion du droit à la vie privée devant les cours et tribunaux belges »¹¹¹⁰. En outre, le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la définition de la notion de « vie privée » est important, celle-ci l'interprétant de façon évolutive et non figée¹¹¹¹.

Un deuxième instrument consacre, plus indirectement, le droit à la protection de la vie privée. Le Conseil de l'Europe a adopté, le 28 janvier 1981, une convention n° 108 visant à protéger les personnes à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel¹¹¹². Ce texte, entré en vigueur le 1^{er} octobre 1985, a pour objectif de « garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant » (article 1^{er}). Le préambule indique d'emblée que les Etats membres reconnaissent « la nécessité

¹¹⁰⁹ Ouverte à signature à Rome le 4 novembre 1950, la Convention est entrée en vigueur en 1953.

¹¹¹⁰ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, coll. Droit actuel, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37, n° 31.

¹¹¹¹ L'interprétation que donne la Cour européenne est notamment utilisée par les juridictions belges, en ce compris la Cour constitutionnelle à travers la théorie dite du « tout indissociable ». Selon cette méthode, « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles, “les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause” de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition constitutionnelle, “la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues” » (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 132 ; l'auteur citant un arrêt de la Cour constitutionnelle (C.c., 22 juillet 2004, n° 136/2004)).

¹¹¹² Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (dite « Convention n° 108 »),

de concilier les valeurs fondamentales du respect de la vie privée et de la libre circulation de l'information entre les peuples ». A la lecture de ces deux extraits, on perçoit rapidement que la consécration du droit à la protection de la vie privée s'inscrit directement dans un potentiel conflit avec la liberté d'expression et, plus particulièrement, la libre circulation des informations. Cette convention, à la différence d'autres textes internationaux, semble avoir une portée plus restreinte dès lors qu'elle ne concerne la protection de la vie privée que dans le cadre des traitements de données personnelles, celles-ci étant en outre protégées par le droit de l'Union européenne¹¹¹³.

Cette Convention a fait l'objet d'une modernisation. Le 18 mai 2018, un protocole d'amendement à la Convention est adopté¹¹¹⁴, consacrant la Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. L'instrument nécessitait une remise à jour, compte tenu des évolutions technologiques et numériques et de leur impact dans le domaine de la protection des données à caractère personnel.

Enfin, d'autres textes adoptés par le Conseil de l'Europe peuvent être mentionnés bien qu'ils n'aient pas de valeur contraignante. Il s'agit de résolutions et de recommandations¹¹¹⁵. Plusieurs concernent la vie privée et constituent des prolongements de la convention n° 108. Ces textes se limitent généralement à évoquer davantage la protection des données à caractère personnel dans une série de domaines (notamment dans le cadre des données à des fins d'assurance¹¹¹⁶, à des fins médicales¹¹¹⁷, utilisées par des services de télécommunication¹¹¹⁸,

¹¹¹³ Voy. *infra*.

¹¹¹⁴ Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, conclu à Strasbourg le 10 mai 2018, ouvert à signature le 10 octobre 2018.

¹¹¹⁵ Ces deux types de texte n'ont pas tout à fait le même objectif : « [l]es recommandations comportent des propositions adressées au Comité des Ministres, dont l'application est du ressort des gouvernements », « [l]es résolutions reflètent les décisions de l'Assemblée sur des questions qu'elle est habilitée à régler ou l'expression d'opinions qui engagent sa seule responsabilité » (voy. le site de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, <http://website-pace.net/fr/web/apce/documents> (consulté le 16 janvier 2017)).

¹¹¹⁶ Voy. la recommandation Rec(2002)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance, adoptée le 18 septembre 2002.

¹¹¹⁷ Voy. la recommandation R(97)5 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des données médicales, adoptée le 13 février 1997 ; la recommandation R(81)1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées, adoptée le 23 janvier 1981.

¹¹¹⁸ Voy. la recommandation R(95)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques, adoptée le 7 février 1995.

etc.¹¹¹⁹). Cela étant, deux textes concernent directement la protection de la vie privée. Le premier est une résolution adoptée le 26 juin 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative au droit au respect de la vie privée¹¹²⁰. En réaction aux nombreuses atteintes à la vie privée commises lors de la couverture de l'accident ayant coûté la vie à la Princesse de Galles, la résolution rappelle toute l'importance d'accorder le respect de ce droit fondamental, en ce compris aux personnes publiques¹¹²¹. L'autre texte est une recommandation adoptée le 23 février 1999 sur la protection de la vie privée sur internet¹¹²². Le texte vise à conscientiser tant les utilisateurs que les fournisseurs d'accès à internet des enjeux de la protection de la vie privée dans le cadre du développement des technologies numériques. En cela, cette recommandation s'inscrit elle aussi dans une perspective de protection des données personnelles.

209. - Les textes de l'Union européenne. A l'échelle de l'Union européenne, plusieurs textes protégeant la vie privée peuvent être cités.

Il y a d'abord la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹²³. Son article 7 précise que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». La portée du texte est similaire à celle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 8 de la Charte consacre lui le droit à la protection des données personnelles¹¹²⁴. La Charte est un des rares textes à distinguer

¹¹¹⁹ Voy. encore la recommandation R(97)18 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques, adoptée le 30 septembre 1997 ; la recommandation R(90)19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement et autres opérations connexes, adoptée le 13 septembre 1990 ; la recommandation R(87)15 du Comité des Ministres aux Etats membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987 ; la résolution (73)22 du Comité des ministres relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée le 26 septembre 1973.

¹¹²⁰ Résolution 1165(1998) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, adoptée le 26 juin 1998.

¹¹²¹ Il existe toutefois, pour ces dernières, quelques particularités, aboutissant à une protection moins large que celle accordée à des citoyens *lambda*. Sur ce point, voy. *infra*.

¹¹²² Recommandation R(99)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection de la vie privée sur Internet, adoptée le 23 février 1999. Le sous-titre de ce texte est le suivant : « Lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les "inforoutes" ».

¹¹²³ Sur la Charte, voy., entre autres, 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, 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, pp. 185 à 207.

¹¹²⁴ Pour une analyse de cet article, voy. *infra*.

clairement la protection de la vie privée de celle accordée aux données personnelles. Adoptée le 7 décembre 2000 par les Etats membres, elle est au départ dépourvue de toute force contraignante. Sa valeur n'est alors que politique. Cependant, dès son adoption, elle devient un outil d'interprétation du droit de l'Union européenne, ce qui lui confère *de facto* un statut quasiment contraignant¹¹²⁵. Il faut attendre l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 pour que le texte devienne juridiquement contraignant.

Le droit à la protection de la vie privée s'inscrit aussi, mais plus indirectement, dans le droit primaire et le droit secondaire de l'Union européenne. Dans le droit primaire, les textes font souvent référence à l'ensemble des droits fondamentaux. Le Traité sur l'Union européenne reconnaît globalement le respect des droits fondamentaux consacrés par la Charte européenne et par la Convention européenne des droits de l'homme (article 6). En son article 67, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fait le même constat. Il contient cependant un article 16, § 1^{er}, qui affirme que « [t]oute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant »¹¹²⁶. Dans le droit secondaire, plusieurs textes consacrent non pas directement la vie privée, mais plus précisément le droit à la protection des données à caractère personnel à travers lequel la dimension « vie privée » est reconnue. Ces textes seront analysés *infra*¹¹²⁷.

§ 2. Les sources nationales

210. - En Belgique, une consécration tardive. Le texte initial de la Constitution belge de 1830-1831 ne consacre pas directement la protection de la vie privée. Certes, il existe bien deux dispositions qui abordent cette notion, mais elles évoquent d'une part la protection du domicile et d'autre part, le secret des lettres. L'article 10 (devenu l'article 15) soutient que « [l]e domicile est inviolable ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit ». L'article 22 (devenu l'article 29) dispose que « [l]e secret

¹¹²⁵ N. CARIAT, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, p. 106.

¹¹²⁶ L'article 16, § 2, ajoute que « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes ».

¹¹²⁷ Voy. *infra*.

des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste ». Il faut attendre la révision constitutionnelle de 1994 pour qu'un nouvel article 22 soit intégré au texte assurant à chacun le « droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». A cette même date, la Constitution est entièrement renumérotée. Dans la Constitution belge, c'est donc ce trio d'articles (15, 22 et 29) qui assure aujourd'hui une protection efficace de la vie privée des individus. Une comparaison de ces dispositions avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme permet de constater que les quatre composantes consacrées par le texte européen ont été reprises dans la Constitution belge : la vie privée, la vie familiale, le domicile et la correspondance.

Quant aux normes législatives, plusieurs textes ont été proposés dès 1971 dans le but de protéger la vie privée ou des composantes de celle-ci, sans pour autant être adoptés. Ainsi, une première proposition de loi datant du 19 juillet 1971 entend protéger la vie privée et la personnalité¹¹²⁸. La proposition constate, de façon relativement alarmiste, qu'« [a]u nombre des fléaux que l'intelligence humaine a déchaînés, apparaissent les menaces contre la vie privée, la personnalité et la faculté même de penser de l'individu. [...] Il n'existe en effet pas de pensée libre, donc féconde, si elle ne peut s'élaborer, s'épanouir ou se réfugier dans le secret de l'individu, selon son choix, et ensemble avec ses émotions les plus intimes. Sans cette possibilité permanente du secret et de l'oubli protecteur, il n'existe ni liberté ni dignité et, partant, aucune civilisation »¹¹²⁹. L'oubli est clairement repris comme une composante nécessaire du droit à la vie privée. La proposition s'inscrit en outre dans le sillon des développements technologiques considérés comme des dangers potentiels pour la vie privée, faisant implicitement référence à ce que l'on dénomme aujourd'hui le droit à la protection des données à caractère personnel.

D'autres textes n'ont pas franchi l'ensemble des étapes de la procédure législative. Une proposition est faite le 30 mars 1982 et porte sur l'informatique et la protection de la vie privée¹¹³⁰. Le 30 mai 1985, le ministre de la justice de l'époque, Jean Gol, dépose un projet de

¹¹²⁸ Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1970-1971*, n° 706.

¹¹²⁹ Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1970-1971*, n° 706, p. 2.

¹¹³⁰ Proposition de loi du 30 mars 1982 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl., Ch. repr., sess. ord., 1981-1982*, n° 232.

loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des écoutes et des prises de vues¹¹³¹. Malgré un titre explicite visant à protéger la vie privée, ce deuxième texte vise en réalité la protection des données à caractère personnel.

Enfin, sans entrer dans les détails, plusieurs textes ayant été adoptés et visant à protéger le droit à la vie privée peuvent être cités. En premier lieu, la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹¹³², qui a été abrogée et remplacée – en raison de l'adoption et de l'entrée en application du RGPD – par une loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹¹³³. A l'instar des dispositions internationales en matière de protection des données personnelles, la loi belge s'inscrit plus largement dans un objectif de protection de la vie privée. Cela étant, l'on remarque que l'intitulé des deux lois précitées n'est pas identique. La nouvelle version du texte législatif supprime la référence faite dans son titre à la vie privée. Il faut sans doute y voir une façon de soutenir la distinction entre ces deux droits fondamentaux distincts, à l'instar de ce que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne propose. Le texte de la loi continue cependant à faire de nombreuses références à la protection de la vie privée. De même, la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation des caméras de surveillance¹¹³⁴ fait de nombreuses références à la loi précitée du 8 décembre 1992 afin de limiter les atteintes à la vie privée des citoyens. La loi du 21 mars 2007 a d'ailleurs elle aussi été modifiée par une loi du 30 juillet 2018¹¹³⁵. D'autres lois ont aussi des implications sur la protection de la vie privée. Elles ne consacrent pas en tant que tel le droit, mais vont avoir des conséquences, souvent néfastes – et parfois maîtrisées –, sur la vie privée. Il est permis de penser notamment à l'arsenal législatif développé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et l'élargissement des conditions d'application des méthodes particulières de recherche¹¹³⁶.

¹¹³¹ Projet du 30 mai 1985 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des écoutes et des prises de vues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1227.

¹¹³² 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.

¹¹³³ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

¹¹³⁴ Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation des caméras de surveillance, *M.B.*, 31 mai 2007.

¹¹³⁵ Loi du 30 juillet 2018 modifiant la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, en vue d'améliorer la cohérence du texte et sa conformité avec le Règlement général sur la protection des données (RGPD), *M.B.*, 31 août 2018, p. 67398.

¹¹³⁶ Voy., par exemple, la loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, *M.B.*, 5 août 2015, p. 49326 ; la loi du 18 février 2013, modifiant le livre II, tire *Iter* du Code pénal, *M.B.*, 4 mars 2013, p. 13233 ; la loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée,

211. - Le cas particulier de la France : des consécration civiles et pénales. En France, il faut attendre une loi du 17 juillet 1970¹¹³⁷ pour que le droit à la vie privée fasse l'objet d'une double protection. Civile d'abord, par l'insertion dans le Code civil d'un article 9 énonçant solennellement que « chacun a droit au respect de sa vie privée » (alinéa 1^{er}) et que « [l]es juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé » (alinéa 2). Le Code civil organise donc une action propre, indépendante du fondement relatif à la responsabilité extracontractuelle. Pénale ensuite, avec l'ajout d'un article visant à qualifier de délit toute atteinte à l'intimité et/ou à la vie privée d'une personne¹¹³⁸.

A l'époque, « c'est essentiellement contre les révélations faites par la presse que ce dispositif légal a été mis en place »¹¹³⁹. La loi du 17 juillet 1970, plus qu'une protection du droit à la vie privée, consent à offrir les outils nécessaires pour lutter contre toute divulgation fautive faite par un particulier d'un élément faisant partie de la vie privée¹¹⁴⁰. A ce titre, un auteur français indique que la disposition couvre « l'aspect privatiste du grand problème posé par la protection de la vie privée. Ce n'est pas l'affaire du droit privé, en effet, que d'opposer à l'Etat les Droits de l'Homme et il apparait fondamental de distinguer la question de la protection de l'individu contre les ingérences des pouvoirs publics de celle de la protection de l'individu contre les

M.B., 30 décembre 2005, p. 57397 ; la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, *M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689 ; la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *M.B.*, 12 mai 2003, p. 25351.

¹¹³⁷ Loi fr. n° 77-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.R.F.*, 19 juillet 1970, p. 6751.

¹¹³⁸ Voy. actuellement les articles 226-1 à 226-7, réunis sous une section intitulée « De l'atteinte à la vie privée ». L'article 226-1 indique qu'« [e]st puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ». Sur les dispositions pénales, voy. F. CORDIER, « L'atteinte à l'intimité de la vie privée en droit pénal et les médias », *Legicom*, 1999/4, pp. 85 à 93.

¹¹³⁹ B. ADER, « La protection de la vie privée en droit positif français », *Legicom*, 1999/4, p. 5 ; E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 22. La loi est d'ailleurs adoptée notamment en réaction à la diffusion de photos de Jacques Brel sur son lit de mort.

¹¹⁴⁰ En cela, la loi constitue un outil supplémentaire aux côtés de la loi française du 29 juillet 1881 (*J.O.R.F.*, 30 juillet 1881, p. 4201) et de l'article 1382 du Code civil français fondant l'action en responsabilité civile extracontractuelle. Voy. en ce sens, E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 22.

agressions des simples particuliers. Dans une terminologie rigoureuse, les “Droits de l’Homme” s’affirment à l’égard de l’Etat et relèvent donc du droit public ; dans les rapports entre particuliers, il est préférable, croyons-nous, de parler des “droit de la personnalité” »¹¹⁴¹. Les propos sont tenus avant la vague d’horizontalisation des droits fondamentaux qui permet désormais de les revendiquer en ce compris dans le cadre d’un litige particulier, rendant *de facto*, si l’on suit le raisonnement proposé, la catégorie des « droits de la personnalité » moins nécessaire.

§ 3. Le développement de la notion de « vie privée »¹¹⁴²

212. - La vie privée « à ses débuts ». La notion de « vie privée » est assez récente. A la différence de la protection de l’honneur et de la considération qui existent déjà dans le droit romain, notamment à travers l’*injuria*, le concept de vie privée apparaît beaucoup plus tardivement. Il est théorisé en 1890 dans un article de référence rédigé par Samuel Warren et Louis Brandeis¹¹⁴³. Leur contribution s’inscrit dans l’évolution technologique de l’époque : les appareils photographiques se modernisent et les modèles portables font leur apparition, permettant désormais aux journalistes de capturer aisément des moments de l’intimité. Ces auteurs conceptualisent le « right to be let alone », une expression qu’ils n’ont pas imaginée eux-mêmes mais qu’ils reprennent d’un juge américain Thomas Benton Cooley¹¹⁴⁴. Entendu littéralement comme le « droit à être laissé seul », plusieurs auteurs, essentiellement italiens et espagnols, semblent préférer la traduction « droit à vivre en paix », un concept auquel Koen Lemmens adhère¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ R. NERSON, « La protection de la vie privée en droit positif français », *Revue internationale de droit comparé*, 1971/4, p. 740, n° 4.

¹¹⁴² Cette section reprend, dans les grandes lignes, l’évolution de la notion de « vie privée » sans prétendre à l’exhaustivité. Elle s’inspire notamment de l’ouvrage dans lequel nous avons collaboré, F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet ? Droit européen et belge*, op. cit., p. 386 à 389, n° 572 à 574. Pour de plus amples développements, voy. B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., pp. 27 à 35, n° 11 à 26 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990.

¹¹⁴³ S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », op. cit., pp. 193 à 220.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 195, note 4.

¹¹⁴⁵ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l’individu. Attention aux chiens de garde !*, coll. de thèses, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 242, n° 303, note 746. L’auteur renvoie à plusieurs auteurs italiens et espagnols recourant à cette traduction (en italien : « il diritto ad essere lasciato in pace » ; en espagnol : « el derecho a ser dejado en paz »).

Le concept de « vie privée » s'est quelque peu transformé avec le développement de nos sociétés modernes et des outils informatiques, technologique et numériques. A l'origine, et selon le raisonnement des deux auteurs américains cités ci-avant, la vie privée s'entend restrictivement comme le « droit à être laissé tranquille ». Cette conception, qui semble à plusieurs égards toujours d'actualité aux Etats-Unis¹¹⁴⁶, implique qu'à l'intérieur de son domicile, l'individu jouisse d'une protection particulière issue du droit à la vie privée. A l'extérieur, en revanche, il la perd. L'idée première est de conférer aux citoyens le pouvoir de maintenir le secret sur certains faits de leur vie, c'est-à-dire conserver l'intimité souhaitée sur des moments de leur existence, le lieu propice de cette intimité étant le domicile. Cette volonté de ne pas dévoiler des faits et gestes s'impose petit à petit au cours du XIX^{ème} siècle. Tout individu doit être en mesure, notamment à l'encontre des tiers – et donc de la presse –, de garder pour lui seul sa vie personnelle et familiale, en ce compris sa correspondance et son domicile.

A l'heure actuelle, compte tenu non seulement des mutations mentionnées ci-avant, mais aussi de l'interprétation évolutive que la Cour européenne des droits de l'homme impose, la vie privée ne peut plus être réduite à cette conception restrictive. Elle englobe désormais un nombre important d'aspects différents qui permettent de déterminer la singularité d'un individu. La vie privée regroupe l'ensemble des facteurs en vue d'identifier cet individu : il s'agit des informations relatives au sexe, à la parenté, à l'affiliation, etc. Tout citoyen dans sa communauté, jouit d'une part considérée comme étant privative, celle-ci lui permettant notamment de se construire comme un être particulier et de s'épanouir. Dans cette optique, la vie privée est constituée d'une dimension éminemment relationnelle. Elle couvre la liberté et le pouvoir dont dispose chaque individu de faire des choix qui vont orienter la construction d'une identité propre, qu'elle soit religieuse, sexuelle, politique, etc. En outre, la vie privée sort du seul domicile. Tant la vie repliée sur la personne elle-même (son intimité, sa famille, ses amis) que la vie tournée vers l'extérieur (les rapports sociaux et professionnels, les activités commerciales et publiques) sont protégées notamment contre les incursions par les médias : il y a donc une « vie privée intime » et une « vie privée sociale »¹¹⁴⁷. La Cour européenne des

¹¹⁴⁶ La Constitution américaine ne consacre pas de droit général à la vie privée, mais la Cour suprême s'appuie sur le Quatrième Amendement relatif au « right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects » (protection du domicile et des correspondances) pour s'opposer à certaines immixtions dans la sphère privée.

¹¹⁴⁷ Les expressions sont reprises de S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 2, Articles 7 à 59 de la Convention. Protocoles additionnels, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 18. Dans le même sens, voy. B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 30, n° 17 ; J. BURKELL, « The Future of Privacy Lies in Forgetting the Past », *European Data Protection Law Review*, 2017/4, p. 435.

droits de l'homme confirme cette tendance. Elle écrit que la vie privée « comprend [...] dans une certaine mesure, le droit d'établir et de développer des liens avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour développer et épanouir sa propre personnalité »¹¹⁴⁸. Elle ajoute, dans d'autres arrêts qu'« il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et les tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée » (§ 50)¹¹⁴⁹, et que rien ne permet d'exclure les activités professionnelles et commerciales de la notion de vie privée¹¹⁵⁰. Pour François Jongen et Alain Strowel, « [l]a vie privée englobe tous les aspects qui inscrivent une personne dans les communautés locales, la société civile et l'Etat qui la régit ; c'est ici que des facteurs d'identification comme les informations relatives au nom, sexe, à la parenté, à l'affiliation, etc. d'une personne font partie de sa vie privée. La vie privée est un bien dont jouissent les individus et qui leur permet de se construire et de s'épanouir. Il y a donc une dimension relationnelle à la vie privée »¹¹⁵¹. D'un droit assurant une protection contre les incursions, les divulgations et les investigations illégitimes, la vie privée s'est transformée en une liberté pour chacun de s'épanouir et de développer les différentes facettes de sa personnalité¹¹⁵². Cette évolution impacte nécessairement la traditionnelle distinction faite entre la vie privée et la vie publique d'une personne, que celle-ci soit un particulier ou un personnage public.

La vie privée n'est donc pas un concept figé. Sans doute la conception d'aujourd'hui ne sera pas identique à la conception qu'on en aura dans quelques années¹¹⁵³. A cet égard, Benjamin Docquir qui soutient qu'« [o]n peut même dire que, dans une certaine mesure, ce sont les techniques nouvelles qui ont provoqué la naissance du droit à la vie privée. Hier l'apparition de la photographie et le développement de la presse, aujourd'hui le développement

¹¹⁴⁸ Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 83 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. 40660/08 et 60641/08, § 95 ; Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00 § 50 ; Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2340/02, § 61.

¹¹⁴⁹ Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. 40660/08 et 60641/08, § 95.

¹¹⁵⁰ Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95, § 43 ; Cour eur. D.H., 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. 20605/92, §§ 42 à 46 ; Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88, § 29.

¹¹⁵¹ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 386, n° 572.

¹¹⁵² Voy. P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, op. cit., pp. 11 et s. ; B. DOCQUIR, « Le droit de la vie privée : aperçu général et règle de proportionnalité », in B. DOCQUIR, A. PUTTEMANS (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles Bruylant, 2008, pp. 1 et s.

¹¹⁵³ A ce propos, Emmanuel Derieux écrit, au sujet de l'article 9 du Code civil français, que « [l]a généralité de la formulation des dispositions civiles permet leur adaptation à l'évolution des pratiques, des mentalités et des mœurs [...] » (E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », op. cit., p. 22).

des médias audiovisuels et des réseaux informatiques : dans tous les cas, la technique améliore et accroît les moyens de communication et de traitement de l'information, et met en jeu la vie privée de tous »¹¹⁵⁴ ainsi que le champ d'application de cette prérogative juridique.

213. - Le concept de la vie privée et son impossibilité d'être défini. Définir la vie privée n'est pas chose aisée tant le concept recouvre des dimensions différentes. Elle n'est d'ailleurs pas définie dans les textes internationaux et nationaux (voy. *supra*). Faut-il considérer cette absence comme une carence législative ? *A priori*, non. En effet, une définition législative aurait eu pour conséquence de figer ce concept, et d'obliger le législateur à modifier régulièrement son texte pour que la définition puisse conserver sa cohérence au regard des évolutions sociales, sociétales, techniques et numériques. Cette absence explique pourquoi les cours et tribunaux ont joué un rôle aussi important dans la détermination du contenu de ce droit fondamental. En définitif, sans doute qu'une définition n'aurait pas permis d'appréhender le droit à l'oubli aussi librement.

Pour beaucoup, cette notion est un concept indéfinissable, en constante évolution¹¹⁵⁵, « polymorphe, protéiforme et hétéroclite [...] imprévisible et insaisissable »¹¹⁵⁶, et apparaît même comme un « véritable fourre-tout »¹¹⁵⁷. La Cour européenne des droits de l'homme se refuse d'ailleurs à en apporter une définition. Depuis 1992 et son arrêt *Niemietz c. Allemagne*, elle « ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de “vie privée” »¹¹⁵⁸. La jurisprudence n'en demeure pas moins fondamentale dans l'appréhension de la notion de vie privée et ce, avant même la publication de l'article de Samuel Warren et Louis Brandeis. Tant aux Etats-Unis qu'en Europe, des juges intègrent la protection de la vie

¹¹⁵⁴ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 29, n° 16.

¹¹⁵⁵ Sur l'évolution de la notion, et notamment sa construction par le juge européen, voy. F. SUDRE, « Rapport introductif. La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11 et s. ; RIGAUX F. (dir.), Y. POULLET (collab.), X. THUNIS (collab.), T. LÉONARD (collab.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 1 à 20, n°s 1 à 20.

¹¹⁵⁶ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'irrésistible ascension de la “vie privée” au sein des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 307.

¹¹⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, op. cit., p. 18. Voy. encore K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 242, n° 302 (« [a]vant d'analyser l'interprétation strasbourgeoise de la vie privée, nous devons donc consacrer un peu d'attention aux querelles doctrinales provoquées par l'incertitude conceptuelle de la vie privée »).

¹¹⁵⁸ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88, § 29. Dans d'autres arrêts, la Cour souligne que « la notion de vie privée est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive » (voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 83 ; Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, req. 63737/00, § 36).

privée dans leur raisonnement. A titre d'exemple, en 1849, la Reine Victoria, souveraine du Royaume-Uni, et le Prince Albert obtiennent, par un tribunal anglais, l'interdiction de reproduction et de diffusion d'esquisses représentant les membres de leur famille¹¹⁵⁹. A travers cette jurisprudence embryonnaire, plusieurs éléments du droit à la vie privée sont d'ores et déjà consacrés : c'est, pour reprendre l'exemple cité, notamment le cas de la dimension commerciale de l'exploitation d'images.

La plupart du temps, à défaut de définition, les décisions judiciaires ainsi que la doctrine adoptent une approche énumérative pour décrire la vie privée. L'arrêt précité *Niemietz c. Allemagne* de la Cour européenne indique que la vie privée est « une notion large [...] qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels que l'identification et l'orientation sexuelle, le nom ou des éléments se rapportant au droit à l'image »¹¹⁶⁰. Cette approche descriptive et énumérative du droit à la vie privée n'est pas pour autant exhaustive. La doctrine suit ce raisonnement¹¹⁶¹. Elle entend la notion de vie privée comme « l'ensemble des prérogatives qui apparaissent nécessaires au droit pour permettre le développement de la personnalité de l'individu, son autonomie, dans une société donnée et évolutive afin d'assurer la viabilité de nos démocraties »¹¹⁶². Globalement, l'on peut considérer que le droit à la vie privée comprend la vie familiale et conjugale ; le domicile et l'intimité du foyer ; la correspondance et les communications (téléphoniques, électroniques, etc.) ; le secret et l'anonymat ; l'identité (le nom) ; l'autonomie personnelle (question de l'euthanasie et du droit de refuser un traitement médical) ; l'intégrité physique, morale ou psychologique ; l'orientation sexuelle (question du

¹¹⁵⁹ L'exemple est tiré de B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 27, n° 11. D'autres décisions sont évoquées par l'auteur : une décision d'un tribunal parisien en 1850, une autre prise par la Cour suprême des Etats-Unis en 1886.

¹¹⁶⁰ Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 83 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08, § 95 ; Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00 § 50 ; Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2340/02, § 61.

¹¹⁶¹ Voy. notamment B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2008, p. 65 et s., n° 86 et s. ; RIGAUX F. (dir.), Y. POULLET (collab.), X. THUNIS (collab.), T. LÉONARD (collab.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, op. cit., p. 1 à 20, n°s 1 à 20 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 725 et s. ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 242 et s., n° 302 et s. ; J. VELU, R. ERGEC, « Convention européenne des droits de l'homme », *R.P.D.B.*, n° 652. Ces auteurs soulignent que la vie privée « se sent plus qu'elle se définit ». La plupart de ces auteurs se réfèrent à S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », op. cit., pp. 193 à 220.

¹¹⁶² Y. POULLET, « En guise de préface », in B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 10. Koen Lemmens estime que « les termes d'YVES POULLET sont plus qu'appropriés » (K. LEMMENS, « Respect de la vie privée et de la personnalité », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation* vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 907, n° 10).

transsexualisme) ; les affections et les aventures amoureuses ; les loisirs ; les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ; la race et l'origine ethnique ; l'image d'une personne (et tout identifiant physique comme la voix ou des données personnelles) ; la réputation et l'honneur ; etc.

D'autres auteurs tentent d'apporter une définition plus détachée des différentes composantes du droit à la vie privée. Pour Robert Badinter, la vie privée rassemble « tout ce qui n'est pas la vie publique de l'individu [...] ». Cette définition négative a le mérite de mettre l'accent sur la primauté de la vie privée, celle-ci, interdite à toute intrusion indiscrete, étant pour chacun le sort commun, le reste, c'est-à-dire la vie publique, ouverte à la curiosité de tous, étant l'exception »¹¹⁶³. Selon Emmanuel Derieux, « le respect de la “vie privée” c'est le droit de mener sa vie à l'abri des regards indiscrets, derrière le mur de la vie privée... »¹¹⁶⁴. Il ajoute que la vie privée regroupe « la vie sentimentale, les relations amicales, la nudité, les pratiques sexuelles, l'état de santé, les moyens d'existence, les convictions religieuses... »¹¹⁶⁵. Les auteurs sont nombreux à procéder à une énumération non limitative pour définir – ou plutôt circonscrire – la notion de vie privée¹¹⁶⁶. Se détachant de toute énumération, l'on peut encore concevoir le droit à la vie privée comme suit : « the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about the mis communicated to others »¹¹⁶⁷.

Section 2. Le droit à l'oubli protégé par le droit à la protection de la vie privée

214. - Introduction. Compte tenu de la définition ouverte du droit à la vie privée, rien n'empêche l'oubli d'être consacré dans ce concept. Cette insertion découle d'une interprétation évolutive de la notion de vie privée, impliquant une réévaluation de ses composantes à la lumière des développements technologiques et numériques. Répondre aux risques découlant

¹¹⁶³ R. BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *J.C.P.*, 1968, doctrine 2136, n° 12.

¹¹⁶⁴ E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶⁶ Voy. O. D'ANTIN, L. BROSSOLLET, « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, 1999/4, p. 9.

¹¹⁶⁷ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, *op. cit.*, p. 82. L'auteure reprend la définition proposée par Alan Westin dans son ouvrage *Privacy and Freedom* de 1967.

notamment de la digitalisation des informations et de leur archivage implique inévitablement que le droit à la vie privée puisse être adapté¹¹⁶⁸.

Il importe d'analyser ces traces d'oubli juridique non seulement dans les textes normatifs visant la protection du droit à la vie privée (§ 1^{er}), mais aussi dans la jurisprudence et la doctrine relative à cette même prérogative (§ 2), ainsi que *in fine* dans la « jurisprudence » déontologique journalistique.

§ 1^{er}. Le droit à l'oubli dans les textes visant le droit à la protection de la vie privée

215. - L'oubli dans les textes consacrant le droit à la vie privée. La présentation des textes conférant à la vie privée une protection permet de s'interroger sur une consécration, explicite ou implicite, de l'oubli juridique dans les instruments internationaux (A.), les sources nationales (B.), de même que dans les textes ou décisions provenant des organes de déontologie journalistique (C.).

A. Les textes internationaux

216. - Introduction. Il ne faut pas se leurrer, aucun texte ayant une portée internationale ne reprend le droit à l'oubli tel qu'il est développé dans cette recherche doctorale. La distinction faite s'apparente donc à une construction purement doctrinale, déduite de l'analyse des textes.

217. - Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : du droit à la vie privée au droit à l'autodétermination informationnelle. Comme énoncé préalablement, le droit à la vie privée est une notion à géométrie variable et polymorphe, composé de différentes composantes. Il n'y a aucun doute à pouvoir considérer que la disposition européenne permet une protection du droit à l'oubli d'informations journalistiques¹¹⁶⁹. Un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juin 2018 semble aller en ce sens bien qu'il ne

¹¹⁶⁸ En ce sens, voy. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., pp. 134 à 144.

¹¹⁶⁹ Voy., entre autres, D. MCGOLDRICK, « Developments in the Right to be Forgotten », *Human Rights Law Review*, 2013/4, p. 761.

mentionne pas expressément le droit à l'oubli¹¹⁷⁰. Les juges européens rappellent d'abord que la vie privée est « une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels l'identification et l'orientation sexuelle, le nom, ou des éléments se rapportant au droit à l'image. Cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement » (§ 86)¹¹⁷¹. Ils poursuivent en rappelant « aussi que les considérations liées à la vie privée entrent en jeu dans les situations où des informations ont été recueillies sur une personne bien précise, où des données à caractère personnel ont été traitées ou utilisées et où les éléments en question avaient été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre. Elle a reconnu que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale [...] » (§ 87)¹¹⁷². Et d'ajouter que « l'article 8 de la Convention consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne les données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu »¹¹⁷³. L'assimilation de la protection des données personnelles à l'article 8 de la Convention ne permet pas à la Cour de départir clairement ces deux notions. Peut-être s'estime-t-elle chanceuse de ne pas avoir à le faire. Cela étant, en l'espèce, il s'agit notamment d'informations traitées par la presse dont les requérants tentent d'empêcher une nouvelle divulgation, spécifiquement par le biais des archives.

Auparavant, la Cour a déjà eu l'occasion de reconnaître l'autonomie personnelle contenue dans le prescrit de l'article 8 de la Convention. L'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* est extrêmement clair à ce sujet : « [b]ien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »¹¹⁷⁴. Dans l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, la Cour

¹¹⁷⁰ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

¹¹⁷¹ Voy. aussi Cour eur. D.H., 12 octobre 2010, *Saaristo et autres c. Finlande*, req. 184/06, § 61 ; Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Flinkkilä et autres c. Finlande*, req. 25576/04, § 75.

¹¹⁷² Voy. à ce propos Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13, § 136.

¹¹⁷³ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 87 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13, § 137.

¹¹⁷⁴ Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2346/02, § 61.

affirme que la vie privée « est une notion large englobant, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autodétermination, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur »¹¹⁷⁵. De son article 8, la Cour tire donc l'existence d'un droit à l'auto-détermination informationnelle, c'est-à-dire d'une autonomie individuelle. Cela revient à permettre à chaque individu de pouvoir effectuer ses propres choix, « de prendre des décisions éclairées, en d'autres termes, de garder le contrôle sur certains aspects de sa vie »¹¹⁷⁶. L'auto-détermination informationnelle (ou l'autonomie informationnelle) « signifie la possibilité de contrôler ses propres informations personnelles, c'est-à-dire le droit des individus de déterminer quelles informations les concernant peuvent être communiquées et à quelles fins »¹¹⁷⁷.

Le droit à l'oubli d'informations journalistiques peut se concevoir dans ce concept d'auto-détermination informationnelle¹¹⁷⁸. Pour les juges européens, « le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle » est contenu dans le prescrit de l'article 8. Bien que de nombreux auteurs rattachent ce que l'on dénomme aussi l'autonomie informationnelle au droit à la protection des données à caractère personnel, il est difficile de s'empêcher d'y voir un fondement transversal et commun aux deux types de droit à l'oubli proposé dans cette thèse (voy. *infra*).

218. - La recommandation du 10 juillet 2003. Il importe d'indiquer que le droit à l'oubli d'informations journalistiques trouve encore son fondement dans un texte important bien que n'ayant pas de portée contraignante. Il s'agit de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 10 juillet 2003 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁵ Cour eur. D.H., 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05, § 57. L'arrêt est confirmé par Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05. Voy. dans le même sens, Cour eur. D.H., 1^{er} juillet 2008, *Daroczy c. Hongrie*, req. 44378/05, § 32 ; Cour eur. D.H., 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. 5410/03, § 107.

¹¹⁷⁶ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 253. La notion de contrôle se retrouve en outre dans une définition de la *privacy* : « Privacy is not simply a absence of information about what is in the minds of others ; rather it is the *control* we have over information about ourselves » (M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, *op. cit.*, p. 88, l'auteure reprenant une formule de C. FRIED, « Privacy », *The Yale Law Journal*, 1968/3, p. 482).

¹¹⁷⁷ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁷⁸ L'expression est tirée d'une décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 15 décembre 1983 (BundesVerfassungsgericht, 15 décembre 1983, « Volkszählungsurteil »).

¹¹⁷⁹ Recommandation Rec(2003)13 du Comité des ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales, adoptée le 10 juillet 2003.

Le principe premier de son annexe précise que « [l]e public doit pouvoir recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires [...] à travers les médias. Les journalistes doivent en conséquence pouvoir librement rendre compte de et effectuer des commentaires sur le fonctionnement du système judiciaire pénal [...] ». L'oubli est ici ciblé puisqu'il s'inscrit, compte tenu de la thématique de la recommandation, sur des informations de type judiciaire. Or, le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne doit pas se limiter à cette seule catégorie (voy. *infra*). Cela étant, plusieurs autres principes de la recommandation sont intéressants en ce qu'ils fondent ce droit à l'oubli d'informations judiciaires. Le principe 8 porte sur la « [p]rotection de la vie privée dans le contexte de procédures pénales en cours » et soutient que « [l]a fourniture d'informations sur les personnes suspectées, accusées ou condamnées, ainsi que sur les autres parties aux procédures pénales devrait respecter leur droit à la protection de la vie privée conformément à l'article 8 de la Convention. Une protection particulière devrait être offerte aux parties qui sont des mineurs ou d'autres personnes vulnérables, aux victimes, aux témoins et aux familles des personnes suspectées, accusées ou condamnées. Dans tous les cas, une attention particulière devrait être portée à l'effet préjudiciable que la divulgation d'informations permettant leur identification peut avoir à l'égard des personnes visées dans ce Principe ». Cette dernière phrase pourrait constituer ce fondement. Certes, le texte n'est pas contraignant et il ne s'inscrit en tant que tel ni dans l'oubli – l'on est davantage dans le fait de savoir ce que l'on veut que le public connaisse ou non – ni dans sa temporalité particulière, c'est-à-dire dans le cadre d'une nouvelle divulgation intervenue quelque temps après une diffusion initiale de l'information. Cela étant, ce principe n'exclut pas qu'il puisse aussi s'y inscrire.

La recommandation est encore plus claire en son principe 18 qui indique qu'« [a]fin de ne pas porter préjudice à la réintégration dans la société des personnes qui ont purgé une condamnation, le droit à la protection de la vie privée en application de l'article 8 de la Convention devrait inclure le droit à protéger l'identité de ces personnes en liaison avec le délit qu'elles ont antérieurement commis une fois qu'elles ont purgé leur condamnation, sauf si ces personnes ont consenti explicitement à la divulgation de leur identité ou si ces personnes et le délit qu'elles ont antérieurement commis sont un sujet d'intérêt public ou sont redevenus un sujet d'intérêt public ». On retrouve dans ce principe l'essence même de ce que plusieurs auteurs appellent le droit à l'oubli judiciaire ainsi que plusieurs critères qui sont utilisés par les juridictions pour mettre en balance ce droit avec le droit à la liberté d'expression.

219. - La recommandation du 28 février 2001. Un autre texte non contraignant peut être cité : la recommandation Rec(2001)3 du Comité des ministres aux Etats membres sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies¹¹⁸⁰.

L'un des objectifs de ce texte est d'assurer une accessibilité importante aux sources juridiques grâce aux nouvelles technologies d'information telles qu'internet afin de donner « à chacun la même possibilité de faire valoir ses intérêts ». L'annexe à la recommandation souhaite voir la création de registres électroniques publics dans le domaine juridique, « dans le respect des conditions indispensables de sécurité et de respect de la vie privée ». Outre ces registres « qui contiennent des informations auxquelles le public a le droit d'avoir accès, directement ou indirectement, soit de manière générale soit en ce qui concerne des éléments précis », l'accessibilité doit être garantie pour les informations juridiques et les procédures judiciaires. Les premières incluent « tous les textes officiels de loi, de dispositions réglementaires et d'accord internationaux pertinents liant l'Etat, ainsi que les décisions judiciaires importantes », les secondes reprennent « les informations qui concernent les procédures et les règlements intérieurs des tribunaux, les procès judiciaires et les communications avec les tribunaux ». L'accessibilité des informations juridiques doit être garantie pour tous alors que celle pour les procédures judiciaires doit l'être pour les parties à l'instance et les autres personnes intéressées, moyennant un accès contrôlé. L'annexe à la recommandation requiert en outre que les informations des deux types soient à jour et publiées rapidement. Elle indique à cet égard que « [l']instantanéité est une nécessité en ce qui concerne les décisions de justice importantes, surtout pour les avocats et les magistrats ». Enfin, en ce qui concerne la protection du droit à la vie privée, il est souligné, à propos des informations juridiques que « [l']application de la législation relative au respect de la vie privée dans les décisions de justice diffère selon les Etats. Il faut tenir compte des normes prévues par la Convention pour la protection des données à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. La question de l'anonymat des parties aux procès diffère d'un pays à l'autre, aussi est-il nécessaire de revoir la question dans un contexte européen ». Quant aux procédures judiciaires, la protection du droit à la vie privée devrait, selon l'annexe à la

¹¹⁸⁰ Recommandation Rec(2001)3 du Comité des ministres aux Etats membres sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies, adoptée le 28 février 2001.

recommandation, être garantie par un accès « limité aux parties en cause », soutenant ensuite que « [l]es règles habituelles relatives au respect de la vie privée devrait s'appliquer ».

Bien qu'une partie importante de la recommandation prône la publicité, par voie numérique, des décisions de justice et des textes législatifs, les considérations relatives à la protection de la vie privée s'inscrivent, pour partie, dans la philosophie du droit à l'oubli. Cela étant, la recommandation est peu innovante à cet égard. En outre, le raisonnement différent en ce qui concerne la catégorie des informations juridiques et celle des procédures judiciaires étonne à première lecture dès lors que chacune d'elles implique la diffusion de la jurisprudence (et devrait donc être soumis au même régime). L'on peut l'exiquer si l'on distingue le fait de faire connaître le droit, ce qui inclut le raisonnement tenu par le pouvoir judiciaire, et le sort particulier qui est réservé à une personne, ce qui n'est pas – toujours – d'intérêt général une fois le temps de l'actualité judiciaire dépassé.

Globalement, ce texte s'inscrit une fois encore dans une dimension particulière du droit à l'oubli d'informations journalistiques, celui portant spécifiquement sur les informations judiciaires.

220. - Des fondements particuliers pour des oublis particuliers. La recommandation sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale constitue un dernier fondement non contraignant pour ce droit à l'oubli d'informations à nouveau judiciaires¹¹⁸¹. Ayant un objet très précis, la recommandation évoque la protection du droit à la vie privée des victimes en ces termes : « [l]es politiques d'information et de relation avec le public dans le cadre de l'instruction et du jugement des infractions devraient tenir dûment compte de la nécessité de protéger la victime de toute publicité qui porterait atteinte à sa vie privée ou à sa dignité. Si le type d'infraction, le statut particulier, la situation ou la sécurité personnelle de la victime requièrent une protection spéciale, soit le procès pénal avant le jugement devrait avoir lieu à huis clos, soit la divulgation des données personnelles de la victime devrait faire l'objet de restrictions adéquates ». Il s'agit ici de reconnaître un droit à l'oubli pour les victimes, au regard d'informations concernant leur statut particulier.

¹¹⁸¹ Recommandation R(85)11 du Comité des ministres aux Etats membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale constitue un dernier fondement pour ce droit à l'oubli d'informations judiciaires, adoptée le 28 juin 1985.

Quant aux témoins, ceux-ci bénéficient d'une protection par la recommandation sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense¹¹⁸². Le texte évoque dans son annexe que « la protection des témoins et de leurs proches – notamment la protection de leur vie et de la sécurité de leur personne – devrait au besoin, être organisée avant, pendant et après le procès ». Il y a lieu d'admettre que le fondement du droit à l'oubli en faveur des témoins est beaucoup plus implicite que les textes proposés précédemment. Cependant, cette protection peut impliquer la non-divulgence d'informations d'ordre privé et assurerait, de la sorte, une forme de droit à l'oubli portant sur des informations privées qui, une fois le temps du procès passé, n'aurait plus d'intérêt public.

B. Les sources nationales

1. Un consécration française

221. - Une source législative française. En France, la loi du 29 juillet 1881 contenait un article 35, alinéa 3, b) qui précisait que « [l]a vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : [...] b) [l]orsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans »¹¹⁸³.

Dans sa thèse de doctorat relative à la liberté d'expression et à la responsabilité, Guillaume Lécuyer écrit à ce propos que « [c]e “droit à l'oubli”, imprimé dans la loi de 1881, paraît bienvenu en faisant en sorte que les vieilles haines et rancœurs ne soient sans cesse remises sur la place publique. Le temps efface tout, même la vérité déshonorante »¹¹⁸⁴. La disposition a toutefois été déclarée contraire à la Constitution française par une décision du Conseil constitutionnel rendue à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité le 20 mai 2011¹¹⁸⁵. La requérante invoque une atteinte à la liberté d'expression. Le Conseil

¹¹⁸² Recommandation R(97)13 du Comité des ministres aux Etats membres sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée le 10 septembre 1997.

¹¹⁸³ Cette disposition semble parfois être citée comme suit : article 35, al. 5. Voy. notamment Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC ; J. ENGELEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, p. 94, n° 108, note 302.

¹¹⁸⁴ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 326, n° 266. A propos de la légitimation de cette disposition par le droit à l'oubli, voy. N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », op. cit., pp. 206.

¹¹⁸⁵ Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC. Voy., à propos de cet arrêt, F. FOURMENT, « Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : quand l'arbre de la Constitution française ne cache plus la forêt de la Convention européenne », *La Gazette du Palais*, 12 juin 2011/163-167, pp. 12 et 13 ; M. VÉRON,

constitutionnel rappelle que la disposition « a pour objet d'éviter que la liberté d'expression ne conduise à rappeler des faits anciens portant atteinte à l'honneur et à la considération des personnes qu'elles visent » et qu'elle « poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale » (§ 5). Nathalie Droin pointe le contexte politique justifiant l'adoption d'une telle disposition : « l'idée était de permettre à certains individus de ne pas être condamnés s'ils rapportaient des faits de collaboration, tout en évitant qu'ils puissent raviver de “vieilles querelles”, plus de dix ans après les faits »¹¹⁸⁶. Le Conseil pointe cependant le caractère absolu et général de cette interdiction. En effet, il précise qu'elle « vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat d'intérêt général » (§ 6). L'absence de caractère nuancé de l'interdiction oblige le Conseil à considérer la disposition inconstitutionnelle¹¹⁸⁷, confirmant le constat d'inconventionnalité déjà effectué par la Cour européenne sur une telle restriction à apporter la preuve de faits¹¹⁸⁸. Le raisonnement paraît tout

« Interdiction de prouver la vérité des faits remontant à plus de dix ans ; disposition contraire à la Constitution », *Droit pénal*, 2011/7-8, pp. 47 et 48 ; P. AUVRET, « Le Conseil constitutionnel consacre la seule répression de la calomnie », *Légipresse*, 2011/285, pp. 407 à 411 ; G. LÉCUYER, « Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC », *Légipresse*, 2011/285, pp. 412 à 416 ; Y. MAYAUD, « L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011/2, pp. 401 à 403 ; D. DE BELLESCIZE, « Inconstitutionnalité de l'interdiction d'évoquer des faits de plus de dix ans », *Constitutions*, 2011/3, pp. 388 à 395 ; J.-B. PERRIER, « Liberté d'expression et prescription de l'exception de vérité », *Actualité juridique. Pénal*, 2011/9, pp. 414 à 416 ; E. PUTMAN, « L'interdiction d'opposer l'exceptio veritatis pour les faits de plus de dix ans est inconstitutionnelle », *Revue juridique personnes et famille*, 2011/11, pp. 14 et 15 ; A. DARSONVILLE, « Droit pénal de la presse. Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011 : exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans », *Constitutions*, 2011/4, pp. 537 à 540 ; N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, pp. 201 à 214 ; E. DREYER, « Exception de vérité », *D.*, 2012/12, p. 771 ; J.-B. PERRIER, « Inconstitutionnalité de la prescription de l'exception de vérité en matière de diffamation », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/89, pp. 163 à 165 ; A. LEPAGE, « Diffamation et exception de vérité Cass crim, n°10-90129 », *Communication, commerce électronique*, 2011/6, pp. 46 à 47 ; M. VÉRON, « Preuve de la vérité : faits remontant à plus de dix ans. Cass. crim, n°10-90129 », *Droit pénal*, 2011/6, p. 32.

¹¹⁸⁶ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, p. 206.

¹¹⁸⁷ Dans le même sens, Guillaume Lécuyer écrit, à propos de la distinction entre une personnalité publique ou politique et un *quidam* : « [I]es crimes de torture commis durant la guerre d'Algérie par un responsable politique actuel doivent-ils être occultés aux électeurs ? Les malversations commises il y a quatre ans par un maire désintéressent-elles ses administrés ? Un ministre de l'Intérieur commettant des infractions graves à la circulation, mais dont le caractère délictueux est ôté par une loi d'amnistie générale, mérite-t-il les faveurs de la loi de 1881 ? En somme, doit-on mettre sur le même plan les turpitudes passées de l'homme de la rue et celles du candidat à des fonctions électives ou d'une personne publique ? Voilà qui donne à réfléchir sur le régime commun de l'*exceptio veritatis*... » (G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, *op. cit.*, p. 326, n° 266 ; dans le même sens, N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, pp. 206 et 207).

¹¹⁸⁸ Cour eur. D.H., 7 novembre 2007, *Mamère c. France*, req. 12697/03, §§ 23 et 24. L'arrêt a fait l'objet de commentaires. Voy. notamment E. DREYER, « Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (janvier 2006-janvier 2007) », *Rev. trim. D.H.*, 2007, spéc. pp. 629 et 630 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes », *D.*, 2007, pp. 1704 à 1707 ; L.

à fait logique et cohérent et plaide pour la mise en place, d'un dispositif basé sur une balance des intérêts en présence, permettant de prendre en compte notamment le caractère historique des événements ou le fait qu'ils s'inscrivent encore dans l'intérêt général. Nathalie Droin confirme d'ailleurs qu'« [u]ne telle interdiction pourrait donc être réintroduite par le législateur à condition que certains propos y échappent »¹¹⁸⁹. A noter que des modifications de l'article 35 avaient été envisagées avant même le constat d'inconstitutionnalité, « conscient du danger que représentait, pour le libre travail de l'historien, l'interdiction de rapporter la preuve de la vérité des faits anciens ou “pardonnés” »¹¹⁹⁰. Dès lors, l'objectif aurait été d'ajouter une « exception de recherche scientifique »¹¹⁹¹.

Ce même article 35, alinéa 3, contient encore un point c) qui portait que « [l]a vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : [...] c) [l]orsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision ». Pour Guillaume Lécuyer, l'alinéa « constitue le pendant de textes du droit pénal qui tendent à faciliter la réinsertion des individus condamnés »¹¹⁹². Le Conseil constitutionnel aboutit au même constat : la disposition est inconstitutionnelle¹¹⁹³. Il précise notamment « que les dispositions concernant l'amnistie, la prescription de l'action publique, la réhabilitation et la révision n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire qu'il soit fait référence à des faits qui ont motivé une condamnation amnistiée, prescrite ou qui a été suivie d'une réhabilitation ou d'une révision ou à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite » (§ 8). Et de pointer, une fois encore, le caractère absolu et général de l'interdiction législative : le Conseil souligne « que l'interdiction

FRANÇOIS, « Le droit français de la diffamation de nouveau sur la sellette. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Mamère c. France* du 7 novembre 2006 », *Gaz. Pal.*, 2007, pp. 1538 à 1545.

¹¹⁸⁹ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, pp. 204 et 211.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 211.

¹¹⁹¹ En ce sens, voy. G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges Chavannes*, Paris, Litec, 1990, pp. 111 à 133 ; D. DE BELLESCIZE, « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1430.

¹¹⁹² G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, *op. cit.*, p. 326, n° 266.

¹¹⁹³ Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC. Voy. les commentaires proposés pour cette décision : S. DEGIRMENCI, « La liberté d'expression aux prises avec la protection contre la diffamation, une « vérité » sans cesse extirpée de son puits par les juges de la rue Montpensier », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 19 août 2013, 10 p. ; D. DE BELLESCIZE, « QPC et loi de 1881 », *Constitutions*, 2013/2, pp. 248 à 252 ; N. MALLET-POUJOL, « Diffamation et amnistie : l'étrange sacrifice du filtre de la bonne foi (Cass. civ. 1°, 16 mai 2013, n° 12-19783) », *Légipresse*, 2013/309, pp. 531 à 537 ; J. FRANCILLON, « Preuve de la vérité de faits diffamatoires effacés par amnistie, prescription, réhabilitation ou révision (QPC) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/3, pp. 574 à 576 ; P. CONTE, « Loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; *exceptio veritatis* : abrogation par le Conseil constitutionnel du c) de l'article 35 », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2013/3, pp. 648 à 650 ; K. PICARD, « Nouvelle étape vers une dépénalisation de la diffamation », *Revue française de droit constitutionnel*, Octobre 2013/96, pp. 982 à 986.

prescrite par la disposition en cause vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision, tous les propos ou écrits résultant des travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général » (§ 9). Dans sa contribution de 2012, Nathalie Droin prédit cette inconstitutionnalité et indique qu'il faudrait modifier la disposition afin de rétablir un équilibre proportionné entre la liberté d'expression et « la protection de l'honneur et de la considération des personnes »¹¹⁹⁴. Le recours à un texte particulier ne paraît cependant ni nécessaire ni opportun (voy. *infra*).

2. Des propositions et projets de consécration belge

222. - Les propositions de loi belges visant à protéger la vie privée des inculpés. Il existe plusieurs propositions de loi relative à la protection de la vie privée¹¹⁹⁵. Toutes datent des années 80 et 90 et développent la même justification en s'appuyant sur une étude réalisée en 1984 sur l'information relative aux inculpés et publiée dans la presse flamande. Le constat de départ est le suivant : « l'on diffuse sans beaucoup de scrupules pas mal d'informations au sujet des personnes qui ont maille à partir avec la justice »¹¹⁹⁶. Les propositions soulignent que « [l]e fait serait moins grave si cette information ne concernait que des condamnés ». Elles ajoutent qu'« [u]ne publication qui permet d'identifier l'inculpé peut être source de beaucoup de souffrance humaine, non seulement pour l'intéressé mais aussi pour sa famille. Même si l'inculpé est acquitté par la suite ou condamné à une peine légère ou conditionnelle, le mal est fait ». Ces propositions s'interrogent notamment sur la légalité d'une telle révélation des nom et prénom des inculpés au regard des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces interrogations justifient, selon les travaux préparatoires, la mise en œuvre d'une

¹¹⁹⁴ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, p. 214.

¹¹⁹⁵ Proposition de loi du 27 février 1992 protégeant la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 1991-1992, n° 245/001 ; proposition de loi du 20 mars 1986 tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1985-1986, n° 204/001 ; proposition de loi du 18 décembre 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/001 ; proposition de loi du 1^{er} février 1985 de loi tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1984-1985, n° 816/001 ; proposition de loi du 31 janvier 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1123/001.

¹¹⁹⁶ Les extraits sont issus de la proposition de loi du 31 janvier 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1123/001.

interdiction pour les « médias de faire connaître les noms des inculpés qui n'ont pas été condamnés par le tribunal ».

Ces propositions proposent l'ajout d'une disposition dans le Code pénal. Deux formules sont proposées. La première est la suivante : « [l]es médias qui diffusent des informations au sujet de personnes poursuivies pour une infraction ne peuvent divulguer l'identité de ces personnes. Cette interdiction s'applique jusqu'à la condamnation »¹¹⁹⁷. La seconde est rédigée comme suit : « [l]a publication et la diffusion des noms des personnes suspectées de crimes, délits et contraventions, par le livre, la presse, la cinématographie, la radiophonie, la télévision ou par quelque autre manière sont interdites. La publication et la diffusion par les mêmes procédés de textes, dessins, photographies ou images de nature à révéler l'identité de personnes poursuivies sont également interdites »¹¹⁹⁸.

223. - Les propositions belges visant à protéger la présomption d'innocence. Trois propositions de loi renforcent le droit à la présomption d'innocence en élargissant la compétence du président du tribunal de première instance, agissant comme en référé¹¹⁹⁹. Deux d'entre elles étendent même cette protection au « droit à l'oubli des personnes condamnées depuis plus de six mois »¹²⁰⁰. Ainsi, lorsqu'une publication ou une diffusion d'information, sous la forme d'un texte ou d'une image, viole inutilement ce droit à l'oubli, le président du tribunal de première instance peut ordonner la rectification, la cessation ou le retrait, cette publication ou cette diffusion. La *ratio legis* de cette procédure est d'« empêcher qu'une personne

¹¹⁹⁷ Proposition de loi du 18 décembre 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/001, p. 3 (dans le cadre de cette procédure, plusieurs amendements ont été proposés : ajouter une interdiction de divulgation de toute informations permettant d'identifier les inculpés (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/002) ; remplacer le terme de l'interdiction en l'imposant jusqu'à l'examen de l'affaire en audience publique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/002) ; permettre que le procureur de Roi puisse accorder des dérogations s'il l'estime nécessaire pour la recherche et la répression des infractions (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/003)) ; proposition de loi du 31 janvier 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1123/001, p. 3.

¹¹⁹⁸ Proposition de loi du 27 février 1992 protégeant la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 1991-1992, n° 245/001 ; proposition de loi du 20 mars 1986 tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1985-1986, n° 204/001 ; proposition de loi du 1^{er} février 1985 de loi tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1984-1985, n° 816/001.

¹¹⁹⁹ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001 ; proposition de loi du 30 avril 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire, *Sén.*, sess. ord. 2006-2007, n° 2459/1.

¹²⁰⁰ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001.

condamnée depuis six mois qui purge sa peine ou qui l'a déjà purgée se retrouve sous les feux de l'actualité sans nécessité, c'est-à-dire sans que l'intérêt général soit compromis. [...] De puis, le droit à l'oubli protège l'anonymat des personnes qui ont un jour été sous les feux de l'actualité, qui sont tombées dans l'oubli et qui souhaitent y rester »¹²⁰¹.

224. - Les propositions de résolution belges. Il existe, en Belgique, trois propositions de résolution visant toutes le droit à l'oubli numérique. Ces textes semblent confondre les droits à l'oubli identifiés, faisant un amalgame entre les fondements juridiques. En outre, leur appellation est sans doute trompeuse dès lors qu'elles concernent aussi le droit à l'oubli d'informations journalistiques. La proposition de résolution du 13 juillet 2012¹²⁰² soutient qu'internet, aussi « fantastique » soit-il, « doit être balisé [...] ». Une plateforme qui garde tout en mémoire, même quand on voudrait oublier, même quand la justice des hommes vous a blanchi, même quand les médias, par manque d'objectivité, vous ont injustement condamné en dehors de tout procès équitable, même quand condamné, votre peine a été purgée, même quand on a un passé dans un domaine que l'on voudrait voir occulté... ». Cette proposition indique en outre que « l'oubli numérique est un droit connexe au droit au respect de la vie privée ». Les propositions de résolution sur le droit à l'oubli numérique du 25 mars 2010 et du 27 janvier 2011 vont dans le même sens en se focalisant davantage sur la protection des données à caractère personnel¹²⁰³.

3. Des consécration du droit à l'oubli médical

225. - Le droit à l'oubli médical : la situation en France et dans d'autres Etats européens.

Sans entrer dans les détails, signalons que la France a mis en œuvre un droit à l'oubli médical. Le 25 mars 2015, un protocole d'accord sur le droit à l'oubli est signé. Il vise à permettre à une personne ayant souffert d'un cancer de ne plus devoir systématiquement le déclarer dans le

¹²⁰¹ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001, p. 6 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001, p. 6.

¹²⁰² Proposition de résolution du 13 juillet 2012 déposée par Laurent Louis visant à garantir le droit à la vie privée virtuelle et à instaurer un droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2011-2012, n° 2360/001. L'auteur de la proposition de résolution semble, en partie en moins, prêcher pour sa propre chapelle...

¹²⁰³ Proposition de résolution du 27 janvier 2011 déposée par Valérie Déom et consorts sur le droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2010-2011, n° 1131/001 ; proposition de résolution du 25 mars 2010 déposée par Valérie Déom et consorts sur le droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n° 2509/001.

cadre des procédures d'obtention de crédit, notamment pour ce qui concerne le financement de l'immobilier. Comme le précise le protocole, l'objectif est d'« améliorer la rapidité de la prise en compte, par les assureurs, dans la tarification des risques, des avancées thérapeutiques pour les personnes ayant été atteintes d'une pathologie cancéreuse ». Concentré dans un premier temps sur les maladies cancéreuses, le protocole a fait l'objet en 2017 d'une convention AERAS (*assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé*) pour étendre le droit à l'oubli à l'hépatite C et au VIH. Ce droit à l'oubli médical permet donc, « après un certain délai, aux personnes ayant vaincu la maladie de souscrire une assurance emprunteur sans avoir rien à déclarer ou sans surprime ». Deux outils sont développés pour assurer la mise en œuvre de ce droit : d'une part, une grille de référence fixant, pour chaque pathologie visée, le délai au terme duquel l'oubli est applicable, et d'autre part, un mécanisme de contrôle assuré par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, le régulateur des secteurs bancaires et de l'assurance. Ce protocole a été traduit dans des textes législatifs¹²⁰⁴ et le droit à l'oubli est entré en vigueur le 14 février 2017.

Le droit à l'oubli médical est, au départ, une spécificité française. D'autres Etats réfléchissent toutefois à son application dans leur législation. Au Grand-Duché du Luxembourg, la Commission Nationale d'Ethique, saisie par la Ministre de la santé, a remis en mars 2018 un avis à ce sujet¹²⁰⁵. Ladite commission recommande l'instauration d'un système identique à celui développé en France, avec toutefois un champ d'application plus large. En effet, bien que certaines maladies ne permettent pas une guérison complète, elle constate que malgré l'existence d'un traitement durant toute la vie du patient, ce dernier jouira d'une espérance de vie moyenne équivalente à celle de la population générale. L'objectif est d'inscrire le droit à l'oubli « dans un concept général de traitement équitable des patients ayant souffert d'un cancer [ou d'autres maladies] par rapport aux citoyens et garantir l'égalité de leurs chances et éviter une stigmatisation et discrimination de ces patients ».

226. - Le droit à l'oubli médical : la situation en Belgique. En Belgique, une proposition de loi « relative aux assurances solde restant dû et établissant un “droit à l'oubli” pour les

¹²⁰⁴ Voy. l'article 190 de la loi fr. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *J.O.R.F.*, 27 janvier 2016 ; décret n° 2017-173 du 13 février 2017 précisant les modalités d'information des candidats à l'assurance-emprunteur lorsqu'ils présentent du fait de leur état de santé ou de leur handicap un risque aggravé, *J.O.R.F.*, 14 février 2017. Le droit à l'oubli figure à l'article L1141-5 du Code de la Santé publique français.

¹²⁰⁵ Commission Nationale d'Ethique, avis 28 relatif au droit à l'oubli, mars 2018, disponible à l'adresse suivante, www.cne.lu, consulté le 26 septembre 2018.

personnes souffrant ou ayant souffert de pathologies cancéreuses et d'autres pathologies, notamment chroniques » est déposée le 14 septembre 2018¹²⁰⁶. Dans ce texte, il est fait mention d'un dispositif adopté en 2010¹²⁰⁷, mais dont le succès s'avère « mitigé »¹²⁰⁸. La proposition belge puise son inspiration de la législation française pour créer un droit à l'oubli en faveur des patients atteints de pathologies cancéreuses ou chroniques. Elle indique que « [l]a Commission des assurances est chargée de mener des pourparlers entre les représentants des assureurs et assurés afin d'aboutir à la conclusion d'une convention mettant en œuvre ce droit à l'oubli sur base des études scientifiques de santé publiques reconnues. Cette convention prévoit en outre l'extension des protections aux pathologies autres que cancéreuses, notamment les pathologies chroniques. Cette convention est rendue obligatoire par le Roi »¹²⁰⁹. La proposition est cependant rejetée en Commission¹²¹⁰.

Outre cette proposition, le ministre des consommateurs, Kris Peeters, a annoncé en novembre 2018 travailler sur un projet de loi visant à insérer un droit à l'oubli dans la législation relative aux assurances en faveur des personnes ayant été gravement malades ou l'étant encore. Pour finir, s'inspirant notamment du régime français, c'est une proposition de loi¹²¹¹ qui est déposée à la Chambre des représentants le 6 février 2019 afin de modifier la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances pour instaurer un droit à l'oubli pour certaines assurances de personnes¹²¹². Comme le souligne le résumé de cette proposition, la consécration de ce droit à l'oubli a vocation à donner « aux personnes qui sont, depuis un certain temps, déclarées guéries

¹²⁰⁶ Proposition de loi du 14 septembre 2018 relative aux assurances solde restant dû et établissant un "droit à l'oubli" pour les personnes souffrant ou ayant souffert de pathologies cancéreuses et d'autres pathologies, notamment chroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3272/001.

¹²⁰⁷ Loi du 21 janvier 2010 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru, *M.B.*, 3 février 2010, p. 5439.

¹²⁰⁸ Proposition de loi du 14 septembre 2018 relative aux assurances solde restant dû et établissant un "droit à l'oubli" pour les personnes souffrant ou ayant souffert de pathologies cancéreuses et d'autres pathologies, notamment chroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3272/001, p. 5.

¹²⁰⁹ Proposition de loi du 14 septembre 2018 relative aux assurances solde restant dû et établissant un "droit à l'oubli" pour les personnes souffrant ou ayant souffert de pathologies cancéreuses et d'autres pathologies, notamment chroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3272/001, p. 9. Cette procédure doit, selon la proposition, être introduite dans la loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487.

¹²¹⁰ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3272/003. Il s'agit notamment de l'article 3 de la proposition de loi qui est rejeté. La disposition la prime de base qui doit être prise en considération pour qu'un suivi puisse être exercé par le Bureau de tarification.

¹²¹¹ La proposition reprend un avant-projet de loi préparé par Kris Peeters, vice-premier ministre et ministre de l'emploi, de l'économie et des consommateurs (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/004, p. 3).

¹²¹² Proposition de loi du 6 février 2019 modifiant la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances qui instaure un droit à l'oubli pour certaines assurances, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/001. Voy. aussi la loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487.

de leur pathologie (cancéreuse) l'occasion de souscrire une assurance sans surprime en raison de cette pathologie ». Cette proposition, soumise à la sanction royale comme un projet de loi¹²¹³, est consacrée en une loi le 4 avril 2019¹²¹⁴, ses dispositions entreront en vigueur début 2020¹²¹⁵.

La loi du 4 avril 2019 a un champ d'application réduit – et notamment plus réduit que la proposition précitée déposée le 14 septembre 2018¹²¹⁶. Dans le domaine des assurances, elle ne vise en effet actuellement que les assurances solde restant dû dans le cadre d'un crédit hypothécaire ou dans le cadre d'un crédit professionnel¹²¹⁷. Dans le champ des pathologies, seuls sont visés les cancers, les autres maladies chroniques n'étant pas prises en compte dans la proposition du 6 février 2019.

Tout en confirmant que les antécédents pathologiques cancéreux doivent être communiqués par les preneurs d'assurance à leur assureur, la loi interdit qu'ils soient pris en compte par ces assurances lorsqu'elles doivent déterminer le montant de l'assurance solde restant dû et notamment l'existence d'une surprime. Ainsi, la loi interdit « à l'entreprise d'assurances, à l'expiration d'un délai de dix ans après la fin d'un traitement réussi et en l'absence de rechute dans ce délai, de prendre en compte cette pathologie cancéreuse pour déterminer l'état de santé actuel »¹²¹⁸. La fin d'un traitement réussi s'entend de « la date de la fin du traitement actif de la pathologie cancéreuse, en l'absence d'une nouvelle apparition du

¹²¹³ Ceci explique que, dans les travaux préparatoires, il est d'abord question d'une proposition de loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/001 à 3524/007) pour ensuite être qualifiée de projet de loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/008). Il apparaît qu'une proposition de loi, dès lors qu'elle est validée par l'une des deux chambres, peut également être appelée « projet ».

¹²¹⁴ Loi du 4 avril 2019 modifiant la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances et instaurant un droit à l'oubli pour certaines assurances de personnes, *M.B.*, 18 avril 2019, p. 39291.

¹²¹⁵ L'article 7 de la loi du 4 avril 2019 indique que « [l]a présente loi entre en vigueur le premier jour du dixième mois qui suit sa publication au *Moniteur belge* et s'applique aux nouveaux contrats conclus à partir de cette date ». Ce délai doit permettre au secteur des assurances de se conformer à cette nouvelle réglementation (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/004, p. 5).

¹²¹⁶ Dans les travaux parlementaires, les discussions portent notamment sur ce point (voy. le rapport fait au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/004, pp. 5 et s.). L'auteure, Mme Griet Smaers, de la proposition, répondant notamment aux critiques de Mme Karine Lalieux (auteure de la précédente proposition de loi), reconnaît « que la proposition de loi à l'examen ne contient pas le meilleur modèle possible et indique qu'elle est elle-même favorable au fait de prendre des mesures concernant la souscription d'autres assurances au bénéfice des personnes que la seule assurance solde restant dû [...]. Mme Smaers appelle dès lors la commission à franchir cette première étape, qui concerne les assurances soldes restant dû, de sorte que cette loi puisse devenir un instrument permettant de préparer le terrain en vue d'autres étapes ultérieures » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/004, pp. 7 et 8).

¹²¹⁷ Article 3 de la loi du 4 avril 2019, le contenu de cette disposition sera inscrit à l'article 61/1 de la loi du 4 avril 2014.

¹²¹⁸ Article 4 de la loi du 4 avril 2019, le contenu sera inscrit à l'article 61/2 de la loi du 4 avril 2014 (la citation étant elle-même reprise de l'article 61/2, § 1^{er}, al. 2).

cancer »¹²¹⁹. La loi précise encore que « [l]’entreprise d’assurances ne peut exclure du contrat d’assurance cette pathologie cancéreuse ou refuser l’assurance en raison de ladite pathologie cancéreuse »¹²²⁰. La loi permet donc que l’écoulement du temps depuis la guérison d’une pathologie cancéreuse soit pris en compte et aboutisse consacrer l’oubli de cette pathologie¹²²¹. Le délai de dix ans inscrit dans la loi peut cependant être adapté par le Roi¹²²². Dans le cadre d’une grille de référence, le Roi peut en outre étendre l’interdiction de surprime à d’autres maladies chroniques¹²²³.

C. Les « sources » émanant des organes de contrôle et de déontologie

227. - La Commission de la protection de la vie privée. Le droit à l’oubli est abordé dans plusieurs textes de la Commission de protection de la vie privée, celle-ci ayant pour rappel cédé sa place à l’Autorité de protection des données¹²²⁴. Dans un avis d’initiative du 28 juin 2000 relatif au traitement de données personnelles par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des Cours et Tribunaux du travail¹²²⁵, la Commission précise qu’elle est intimement convaincue « qu’une donnée personnelle, même rendue publique, doit continuer à bénéficier d’une protection ». Cela

¹²¹⁹ Article 4 de la loi du 4 avril 2019, le contenu sera inscrit à l’article 61/2 de la loi du 4 avril 2014 (la citation étant elle-même reprise de l’article 61/2, § 1^{er}, al. 3). Dans les travaux parlementaires, il est indiqué que « [p]ar date de la fin d’un traitement réussi, on entend la date de la fin du traitement actif du cancer, en l’absence de rechute, par chirurgie, radiothérapie, chimiothérapie effectuées en structure autorisée, à laquelle plus aucun traitement n’est nécessaire hormis la possibilité d’une thérapeutique persistante de type hormonothérapie » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/001, pp. 4 et 5). Ils ajoutent qu’une rechute s’entend de « toute nouvelle manifestation médicalement constatée du cancer, qu’elle le soit par le biais d’un examen clinique, biologique ou d’imagerie » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/001, p. 5).

¹²²⁰ Article 4 de la loi du 4 avril 2019, le contenu sera inscrit à l’article 61/2 de la loi du 4 avril 2014 (la citation étant elle-même reprise de l’article 61/2, § 1^{er}, al. 4).

¹²²¹ L’écoulement du temps est un des critères pris en compte dans l’établissement du droit à l’oubli d’informations journalistiques. Voy., à ce propos, *infra*.

¹²²² Selon l’article 4 de la loi du 4 avril 2019 (soit, l’article 61/2, § 2, de la loi du 4 avril 2014), « [l]e Roi peut adapter le délai, visé au paragraphe 1^{er} notamment en fonction des catégories d’âge et/ou types d’affection cancéreuse ». Dans une telle hypothèse, le délai pourrait donc être réduit ou augmenté. Quant à l’article 5 de la loi du 4 avril 2019 (soit, l’article 61/3, § 1^{er}, de la loi du 4 avril 2014), « [l]e Roi peut déterminer dans une grille de référence certains types de cancer, pour lesquels le délai visé à l’article 61/2 est réduit ».

¹²²³ Article 5 de la loi du 4 avril 2019 (soit l’article 61/3, § 2, de la loi du 4 avril 2014). Dans les travaux parlementaires, il est précisé que les membres de la commission chargée d’examiner la proposition de loi ont eu accès à un avant-projet d’arrêté royal déterminant une grille de référence relative au droit à l’oubli dans le cadre de certaines assurances de personnes (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/006, p. 3).

¹²²⁴ Loi du 3 décembre 2017 portant création de l’Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, p. 989.

¹²²⁵ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 22/2000 du 28 juin 2000 relatif au traitement de données personnelles par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des Cours et Tribunaux du travail.

suppose notamment que « le traitement (la mémorisation, la compilation ou le stockage) des données relatives à des condamnations, même prononcées publiquement, doit rester confidentiel, sous peine de porter atteinte à la réinsertion de personnes condamnées et à leur droit à l'oubli ». Ce point de vue semble se distancier de la jurisprudence française qui est plus encline à considérer ces informations comme étant publiques et, quasiment, dénuées de protection¹²²⁶. L'avis de la Commission témoigne en outre du fait que la problématique se situe à la croisée tant du droit à la protection de la vie privée que du droit à la protection des données à caractère personnel. Quelques mois plus tard, la Commission adopte un nouvel avis ayant pour objet l'information des victimes lors de 'sorties' de détenus condamnés¹²²⁷. En guise d'introduction, la Commission estime qu'il y a lieu de prendre en compte « la situation du détenu et son droit à l'oubli afin de préserver ses chances de réinsertion sociale », sans pour autant – et c'est bien logique – se prononcer sur l'opportunité des sorties des détenus. Le 15 juin 2005, elle adopte un nouvel avis sur un encadrement des listes noires¹²²⁸ dans lequel le droit à l'oubli est mentionné. Dans un point relatif au « [d]élai de conservation dans la liste noire » et en s'inscrivant davantage dans une perspective de protection des données, la Commission rappelle que le principe de proportionnalité implique la suppression d'une donnée lorsque la finalité pour laquelle elle est traitée disparaît. Dans une telle perspective, « [l]e droit à l'oubli doit l'emporter lorsqu'il est mis en balance avec le maintien de données dont la pertinence est douteuse ».

228. - Le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Le collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel a rendu un avis n° 04/2009 portant sur la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité et évoquant notamment le droit à l'oubli¹²²⁹. L'objectif de l'avis est « d'envisager l'établissement d'un code de bonnes pratiques destinées à éclairer tant les

¹²²⁶ Voy. *infra*.

¹²²⁷ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 28/2000 du 14 septembre 2000 relatif à l'information des victimes lors de 'sorties' de détenus condamnés.

¹²²⁸ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/2005 du 15 juin 2005 sur un encadrement des listes noires. Pour un commentaire, voy. C. BURTON, Y. POULLET, « A propos de l'avis de la Commission de protection de la vie privée du 15 juin 2005 sur un encadrement des listes noires », *R.D.T.I.*, 2005/23, pp. 102 à 122. Une définition des « listes noires » est proposée par le « Groupe 29 » : elles « consistent à collecter et à diffuser certaines informations concernant un groupe donné de personnes, élaborées conformément à certains critères en fonction du type de liste noire sont il s'agit, se traduisant en règle générale par des effets nocifs et préjudiciables pour les personnes qui y figurent. Ces effets peuvent entraîner la discrimination d'un groupe de personnes en les privant de toute possibilité d'accès à un service déterminé ou en nuisant à leur réputation » (Groupe de travail « Article 29 », document de travail 11118/02/EN/final sur les listes noires, 3 octobre 2002, WP 65, 13 p.).

¹²²⁹ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Collège d'avis, avis n° 04/2009 relatif à la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité (droit à l'image / droit à l'oubli / droit à l'information), disponible sur le site internet www.csa.be.

professionnels de la radiodiffusion que les personnes privées qui, de plus en plus, utilisent l'internet pour fournir des images et des séquences audiovisuelles liées à l'actualité ». La problématique est « [c]onfrontée aux principes juridiques d'une part du droit légitime du public à l'information, d'autre part, du droit à l'image et du droit à l'oubli » et renvoie tant « à la responsabilité éditoriale [qu']à la déontologie journalistique ».

A propos du droit à l'oubli, il est intéressant de souligner la formule utilisée pour proposer sa définition : « [c]eux qui évoquent le droit à l'oubli l'entendent comme une modalité du droit au respect de la vie privée, entendu comme le droit de l'individu à une vie retirée et anonyme »¹²³⁰. L'utilisation de ces termes « ceux qui évoquent » témoignent d'une incertitude quant à la consécration de ce droit. Cela étant, ce droit est intégré dans les réflexions du collège d'avis. L'avis rendu indique « [q]u'il s'agisse ou non d'archives, le Collège d'avis constate que la balance entre droit à l'information et droit à l'image (droit à l'oubli) relève a priori, en matière d'actualité, du travail des journalistes ». Il reconnaît ensuite que « les problèmes majeurs liés à cette question du droit à l'image et du droit à l'oubli – qui ne concerne pas que la diffusion d'archives – tiennent essentiellement au fait que des personnes qui ne veulent pas passer en télévision s'y retrouvent quand même contre leur gré ». A cet égard, il « considère qu'instaurer un droit de rétractation unilatéral gênerait l'exercice du droit à l'information tout comme celui du fait de l'histoire. Afin d'éviter la multiplication contreproductive des recours devant les tribunaux, procédures lentes et coûteuses pour chacune des parties, le Collège estime qu'une solution serait pour l'éditeur d'informer au mieux le spectateur sur la manière dont il est amené à évaluer une éventuelle demande de rétractation ». Ce vœu est-il pieu ? En tous les cas, l'on constate que la plupart des demandes d'oubli ont été précédées d'une demande faite auprès de l'éditeur du site web. C'est généralement lorsque celles-ci se heurtent à un refus qu'une action judiciaire est introduite. En outre, l'information sur ce droit de rétractation ne semble pas répondre adéquatement aux demandes des personnes qui ne souhaitent pas passer en télévision, celles-ci constituant « les problèmes majeurs liés à cette question »¹²³¹.

229. - Les organes belges de déontologie journalistique. Aucun texte du Conseil de déontologie journalistique ne consacre le droit à l'oubli. En revanche, le Raad voor de

¹²³⁰ L'avis fait référence à la décision suivante : civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710.

¹²³¹ L'avis fait aussi référence au consentement donné par la personne filmée. A cet égard, voy. *infra*.

Journalistiek, instance néerlandophone de déontologie journalistique, a adopté une directive relative à l'identification dans un contexte judiciaire¹²³².

Cette directive est construite sur quatre axes et développe pour chacun d'eux certains principes : le premier axe concerne le suspect ou le prévenu, le deuxième porte sur la personne condamnée, le troisième est relatif aux victimes et le dernier aux mineurs d'âge. Pour chaque catégorie, la directive précise s'il est possible de divulguer totalement ou partiellement l'identité d'une personne. Le rappel de faits, et donc indirectement le droit à l'oubli, est invoqué dans les principes relatifs aux personnes condamnées. Il y est indiqué que le journaliste doit prendre en compte, lors de la divulgation d'informations personnelles d'une personne condamnée, la réintégration de celle-ci, son reclassement ou le laps de temps important écoulé depuis la procédure judiciaire¹²³³. La directive évoque ensuite une identification limitée et une identification complète. La première implique que puissent être divulgués le prénom, le nom de famille, l'âge et le domicile, tenant compte cependant de l'état de la procédure et de l'intérêt d'une telle divulgation. La seconde, sans que l'on puisse exactement comprendre ce qu'implique une telle identification complète¹²³⁴, permet qu'il n'y ait, dans certaines circonstances, aucune limitation à divulguer l'identité d'une personne. Tel est le cas lorsque l'intérêt social l'exige, lorsque la personne visée est un personnage public, lorsque la gravité des faits est avérée, ou lorsque l'intéressé lui-même a rendu certains éléments publics. Il s'agit là de plusieurs critères évoqués ci-après (voy. *infra*).

Sur fondement de cette directive, deux décisions rendues par le Raad voor de journalistiek évoquent le droit à l'oubli¹²³⁵. Toutes deux datent du 8 septembre 2011 et concernent les mêmes faits : une personne ayant été condamnée en 1980 par une Cour d'assise voit son histoire rappelée dans le cadre d'articles diffusés en 2011. La plainte reçue par l'organe déontologique se fonde sur une violation du droit à la vie privée et du devoir de réserve des

¹²³² Raad voor de Journalistiek, richtlijn over identificatie in een gerechtelijke context, 15 avril 2010.

¹²³³ Voy. le point 2.1. qui indique ceci : « [d]e herintegratie in de maatschappij van een veroordeelde, zijn reclassering, of het lange tijdsverloop na de veroordeling, zijn elementen waarmee de journalist rekening houdt om terughoudend te zijn met identiteitsgegevens ».

¹²³⁴ L'identification partielle implique la divulgation du prénom, du nom de famille, de l'âge et du domicile. Qu'implique alors l'identification complète ? Peut-être faut-il comprendre qu'elle viserait des données à caractère personnel qui, sans faire partie des éléments clés permettant l'identification d'une personne, peuvent être considérées comme rendant une personne identifiable. En cela, l'identification complète rejoint la définition large consentie à la notion de donnée à caractère personnel.

¹²³⁵ Raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Nieuwsblad et Cédric Lagast, Geert Neyt et Steven De Bock* ; raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Laatste Nieuws, Karen Sleurs et Edwin Verhoeven*.

journalistes qui impliquent qu'ils ne peuvent pas librement relater des faits du passé et utiliser sans autorisation des photos d'archive. Le droit à l'oubli y est défini comme « het recht om na verloop van tijd vergeten te worden voor feiten die nu al meer dan dertig jaar in het verleden liggen ». S'appuyant sur les principes de la directive précitée, le Raad voor de Journalistiek estime que la plainte est non fondée dès lors que l'identification complète est, dans les circonstances de l'espèce, autorisée. Non seulement, le plaignant est un personnage public dès lors qu'il appartient désormais à la mémoire collective compte tenu de son procès, mais il a aussi lui-même participé à sa réintégration dans l'actualité par la publication d'une autobiographie.

230. - Les instances étrangères de déontologie journalistique. En se penchant sur les textes consacrant la déontologie journalistique dans d'autres Etats, plusieurs initiatives méritent d'être relevées en ce qu'elles consacrent le droit à l'oubli¹²³⁶.

Le Conseil suisse de la presse, dans ses directives relatives à la déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste¹²³⁷, consacre le droit à l'oubli (directive 7.5), indépendamment de la protection de la vie privée (directive 7.1). Il y est indiqué que « [l]es personnes condamnées ont un droit à l'oubli. Cela est d'autant plus vrai en cas de non-lieu et d'acquittement. Le droit à l'oubli n'est toutefois pas absolu. Tout en respectant le principe de la proportionnalité, on peut relater des procédures antérieures, si un intérêt public prépondérant le justifie. Par exemple, quand il y a un rapport entre le comportement passé et l'activité présente ». Et d'ajouter que « [l]e droit à l'oubli s'applique également aux médias en ligne et aux archives numériques. Faisant suite à une demande fondée, les rédactions devraient vérifier s'il s'impose de rendre anonyme après coup ou d'actualiser un récit médiatique archivé numériquement. En cas de correction, les rédactions devraient faire une annotation supplémentaire plutôt que de simplement effacer la version antérieure. Les demandes d'effacement sont à rejeter. Par ailleurs, lors de leurs recherches sur l'Internet et dans des archives, les journalistes devraient vérifier leurs sources de manière particulièrement critique ».

¹²³⁶ Il va de soi que l'analyse proposée n'est pas exhaustive.

¹²³⁷ Ces directives sont disponibles sur le site du Conseil suisse de la presse, www.presserat.ch (consulté le 9 mai 2019). Il s'agit de la version approuvée lors de la séance constitutive du Conseil suisse de la presse du 18 février 2000, et dernièrement révisée le 18 mai 2017.

Il est intéressant d'indiquer que dans une version antérieure de ces directives¹²³⁸, le droit à l'oubli n'y est pas consacré. En revanche, la directive 7.5 soutient, en évoquant la présomption d'innocence, que « [l]es comptes rendus et reportages sur les affaires judiciaires veilleront à prendre en considération la présomption d'innocence dont jouit le justiciable. Après une éventuelle condamnation, ils tiendront compte de la famille et des proches du condamné, ainsi que de ses chances futures de réinsertion sociale ». Ce qui est décrit correspond en réalité au droit à l'oubli, mais s'inscrit dans le cadre du droit à la présomption d'innocence¹²³⁹. Une tel lien semble *de facto* limiter le droit à l'oubli aux seules implications judiciaires.

En Italie, le *Consiglio Nazionale Ordine dei Giornalisti* (le Cnog, c'est-à-dire l'Ordre du Conseil national des journalistes) a approuvé un texte dans lequel le droit à l'oubli fait l'objet d'une consécration précise¹²⁴⁰. Dans un titre appelé *Droits envers les personnes (Doveri nei confronti delle persone)*, un article 3 consacre un *diritto all'oblio*, c'est-à-dire un droit à l'oubli. Selon ce texte, le journaliste¹²⁴¹ :

- Respecte le droit à l'identité personnelle et évite de se référer à des détails relatifs au passé, à moins qu'ils ne soient indispensables à l'exhaustivité des informations ;

¹²³⁸ Directives relatives à la déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste, approuvée lors de la séance constitutive du Conseil de la presse du 18 février 2000, et dernièrement révisée le 7 juillet 2005.

¹²³⁹ Voy. Conseil suisse de la presse, prise de position n° 22/2008 du 21 mai 2008, *Suicide d'un prêtre, traitement des affaires de prêtres pédophiles, droit à l'oubli*, pt 2.c). La prise de position indique en plus qu'« [a] fortiori, un égard comparable doit s'appliquer en cas de non-lieu. Mais comme pour les comptes rendus judiciaires en général, la protection de la sphère privée n'est pas absolue en matière de "droit à l'oubli". Le lien entre le délit passé, jugé ou supposé, et le rôle social ou professionnel présent peut en particulier justifier l'intérêt du public ».

¹²⁴⁰ Le texte est intitulé *Testo unico dei doveri del giornalista*, approuvé par le Cnog le 27 janvier 2016. Il s'agit du texte unique des droits des journalistes.

¹²⁴¹ La traduction proposée des sept principes qui suivent est libre. Voici le texte original : « Il giornalista :

- a) rispetta il diritto all'identità personale ed evita di far riferimento a particolari relativi al passato, salvo quando essi risultino essenziali per la completezza dell'informazione ;
- b) nel diffondere a distanza di tempo dati identificativi del condannato valuta anche l'incidenza della pubblicazione sul percorso di reinserimento sociale dell'interessato sulla famiglia, specialmente se congiunto (padre, madre, fratello) di persone di minore età ;
- c) considera che il reinserimento sociale è un passaggio complesso, che può avvenire a fine pena oppure gradualmente, e usa termini appropriati in tutti i casi in cui un detenuto usufruisce di misure alternative al carcere o di benefici penitenziari ;
- d) tutela il condannato che sceglie di esporsi ai media, evitando di identificarlo solo con il reato commesso e valorizzando il percorso di reinserimento che sta compiendo ;
- e) non pubblica nomi di chi subito violenze sessuali né fornisce particolari che possano condurre alla loro identificazione a meno che ciò sia richiesto dalle stesse vittime ;
- f) non pubblica nomi dei congiunti di persone coinvolte in casi di cronaca, a meno che ciò sia indispensabile alla comprensione dei fatti, e comunque non li rende noti nel caso in cui si metta a rischio la loro incolumità; non diffonde altri elementi che ne rendano possibile l'identificazione o l'individuazione della residenza ;
- g) presta cautela nel diffondere ogni elemento che possa condurre all'identificazione dei collaboratori dell'autorità giudiziaria o di pubblica sicurezza, soprattutto quando ciò possa mettere a rischio l'incolumità loro e delle famiglie ».

- Lorsqu'il diffuse ultérieurement des données permettant d'identifier une personne condamnée, il évalue également l'impact de la publication sur le processus de réinsertion sociale de la personne concernée et sur la famille, en particulier si celle-ci est un parent (père, mère, frère) de personnes mineures ;
- Considère que la réinsertion sociale est un processus complexe, qui peut avoir lieu à la fin de la peine ou progressivement, et utilise des termes appropriés dans tous les cas où un détenu bénéficie de mesures alternatives à la prison ou de prestations pénitentiaires ;
- Protège le condamné qui choisit de s'exposer aux médias, en évitant de ne l'identifier que par le crime commis et en valorisant le chemin de réinsertion qu'elle emprunte ;
- Ne publie pas les noms des personnes ayant subi des violences sexuelles et ne fournit aucun élément susceptible de permettre leur identification, sauf sur demande des victimes ;
- Ne publie pas les noms des proches des personnes impliquées dans les reportages, sauf si cela est indispensable pour comprendre les faits et, en tout état de cause, ne les révèle pas lorsque leur sécurité est mise en danger ; il ne diffuse pas d'autres éléments permettant de les identifier ou d'identifier leur résidence ;
- Prend des précautions lors de la diffusion de toute information pouvant conduire à l'identification des autorités judiciaires ou de sécurité publique, en particulier lorsque cela peut mettre leur sécurité et celle de leur famille en danger.

§ 2. Le droit à l'oubli dans la jurisprudence et la doctrine relative à la protection du droit à la vie privée

A. Le droit à l'oubli dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

1. Vers une consécration indirecte de l'oubli ?

231. - Introduction. Dans plusieurs arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme et relatifs à la protection du droit à la vie privée, des traces d'oubli sont perceptibles.

Les interprétations que la doctrine propose de ces arrêts semblent cependant contrastées lorsqu'il s'agit de conclure à la présence – ou non – d'un éventuel droit à l'oubli¹²⁴².

232. - L'arrêt *Schwabe c. Autriche*. Le premier arrêt est rendu par la Cour le 28 août 1992 dans une affaire *Schwabe c. Autriche*¹²⁴³. Celle-ci porte sur la diffusion, par un journal régional autrichien, d'un communiqué de presse dans lequel son auteur, Monsieur Schwabe, un homme politique autrichien, évoque la condamnation pénale intervenue vingt ans auparavant d'un membre d'un parti politique rival. Ce dernier avait en effet été condamné pour avoir causé un accident mortel de la circulation, avec comme circonstance aggravante le fait que le conducteur était sous l'emprise d'une dose importante d'alcool. Ce communiqué de presse ne se voulait pas gratuit : il s'inscrivait dans un débat plus large concernant un membre du même parti politique que Monsieur Schwabe qui était poussé à démissionner de ses fonctions politiques par les partis rivaux du fait d'une condamnation pour coups et blessures involontaires et non-assistance à personne en danger. Condamné par les juridictions autrichiennes pour diffamation, Monsieur Schwabe a introduit un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci lui donne raison, considérant que sa condamnation constitue une atteinte au droit à la liberté d'expression et, en cela, viole l'article 10 de la Convention.

La notion de droit à l'oubli n'apparaît pas clairement dans l'arrêt de la Cour. Il est cependant permis de la déceler entre les lignes lorsque la Cour soutient que « [d]es condamnations pénales du genre en question, prononcées par le passé contre un homme politique, peuvent, de même que son comportement public à d'autres égards, entrer en ligne de compte pour apprécier son aptitude à exercer des fonctions publiques » (§ 32). Il n'existerait donc pas de droit à l'oubli pour un homme politique, dès lors que se pose la question de son aptitude à exercer des fonctions publiques et politiques. De ce fait, d'anciennes condamnations peuvent parfaitement être rappelées, sans que cela heurte son droit à la vie privée. Cette apparence de refus de considérer un droit à l'oubli doit bien évidemment se lire dans le contexte de l'affaire : c'est un personnage public qui exerce des fonctions publiques. Cet élément est l'un des critères devant être pris en compte pour réaliser la balance des intérêts entre le droit à

¹²⁴² P. MAHON, « Un “droit à l'oubli” ? », in P. ZEN-RUFFINEN (éd.), *Le temps et le droit. Recueil des travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008*, coll. Neuchâteloise, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 215.

¹²⁴³ Cour eur. D.H., 28 août 1992, *Schwabe c. Autriche*, req. 13704/88. Dans un sens identique, voy. aussi Cour eur. D.H., 13 novembre 2012, *M.M. c. Royaume-Uni*, req. 24029/07 ; Cour eur. D.H., 18 novembre 2008, *Cemalettin Canli c. Turquie*, req. 22427/04.

la liberté d'expression et le droit à la vie privée. En tout état de cause, la Cour ne tranche pas clairement la question de l'existence du droit à l'oubli. L'on peut rejoindre Koen Lemmens qui, à propos de cette affaire, indique que « la Cour aurait eu la possibilité de prendre position quant à la reconnaissance d'un tel droit, mais elle a préféré laisser planer des doutes »¹²⁴⁴. Beatrix Vanlerberghe suppose elle prudemment que si le droit à l'oubli est existant, et s'il a été consacré insidieusement par cet arrêt, il ne l'est en aucun cas de façon absolue¹²⁴⁵.

233. - L'arrêt *Rotaru c. Roumanie*. Une autre affaire est intéressante en ce qu'elle concerne l'éventuelle consécration de l'oubli comme droit particulier¹²⁴⁶ : il s'agit de l'arrêt *Rotaru c. Roumanie*. A la différence de l'affaire *Schwabe c. Autriche*, celle-ci s'inscrit directement sous le prisme de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à la protection de la vie privée. A la suite de la chute du régime communiste, le requérant s'appuie sur une loi pour obtenir certains droits accordés aux personnes persécutées par ce régime, pour autant qu'elles n'aient pas eu d'activités fascistes durant la période de communisme. Les tribunaux roumains accordent à Monsieur Rotaru ces droits. Toutefois, au cours de la procédure, le service secret roumain transmet une note au tribunal dans laquelle il est fait mention de l'appartenance du requérant à un mouvement de type « légionnaire », c'est-à-dire fasciste. Monsieur Rotaru, tout en ne niant pas que, durant ses études, des brochures qu'il avait écrites avaient été refusées en raison de leur caractère antigouvernemental, conteste une série d'informations contenues dans cette note.

Saisie de cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 8 de la Convention : la mémorisation des données ainsi que leur communication constituent des ingérences qui ne sont pas prévues par la loi roumaine¹²⁴⁷. En ce qui concerne l'éventuelle consécration d'un droit à l'oubli, la Cour indique que « des données de nature publique peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics. Cela vaut davantage encore lorsque ces données concernent le passé lointain d'une personne » (§ 43, *in fine*). Faut-il voir dans cet extrait, et plus largement dans l'arrêt *Rotaru c. Roumanie*, la consécration d'un

¹²⁴⁴ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 278.

¹²⁴⁵ B. VANLERBERGHE, *Openbaarheid en openheid in het gerecht*, Louvain, Thèse de doctorat, 1999, p. 431.

¹²⁴⁶ Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95.

¹²⁴⁷ La Cour n'analyse que la condition de légalité. Aboutissant au constat d'une absence de norme suffisamment prévisible, claire et accessible, la Cour n'estime pas nécessaire d'étudier les questions relatives à la légitimité de l'ingérence ainsi qu'à sa proportionnalité.

droit à l'oubli ? Selon certains auteurs, la réponse est positive : la Cour « retient une définition extensive de la vie privée et consacre un véritable “droit à l'oubli” »¹²⁴⁸ dans cette affaire. A nouveau, et comme pour l'arrêt *Schwabe c. Autriche*, la prudence doit s'imposer : rien n'indique clairement que cette prérogative est consacrée par la Cour.

2. Lorsque la Cour s'interroge sur la consécration du droit à l'oubli

234. - Introduction. Petit à petit, la Cour européenne prend en compte le droit à l'oubli et l'incorpore par petite dose dans sa jurisprudence relative au conflit entre le droit à la protection de la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Alors que la Cour aborde indirectement le droit à l'oubli dans les arrêts précédents, dans d'autres arrêts tantôt la Cour – ou ses juges dans le cadre des opinions dissidentes – tantôt les parties revendiquent le droit à l'oubli dans le contexte qui importe dans le cadre de la présente étude. Cela étant, la consécration de ce droit n'est pas encore tout à fait claire et unanime, mais les juges européens semblent dorénavant l'avoir en tête lorsqu'ils se penchent sur des affaires dans lesquelles certaines parties invoquent elles-mêmes ce droit.

235. - L'arrêt *Fürst-Pfeifer c. Autriche*. Dans ce cadre, l'arrêt *Fürst-Pfeifer c. Autriche* du 17 mai 2016 doit être évoqué¹²⁴⁹. La requérante est une psychiatre qui travaille notamment comme experte dans le cadre d'affaires judiciaires relatives à la garde d'enfants ou d'adolescents. En 2008, elle fait l'objet d'un article en ligne, sur un site d'information régionale, ainsi que dans un journal distribué gratuitement. Les écrits litigieux révèlent notamment des éléments de la santé mentale de la requérante, considérant qu'elle a des pensées suicidaires, des coups de panique fréquents ainsi que des hallucinations. Ils indiquent à cet égard que « l'expert judiciaire en matière de gardes d'enfants devrait se faire soigner ». Les informations divulguées ont comme source un rapport d'expertise psychologique qui avait été établi une quinzaine d'année auparavant dans le cadre de procédures civiles à l'encontre de la requérante, celles-ci n'ayant cependant aucun rapport avec sa vie professionnelle. Aucune mise à jour de ces données n'est proposée par le journaliste. La psychiatre agit devant les juridictions autrichiennes estimant que ces écrits portent atteinte à son droit à la vie privée et à sa bonne réputation, en

¹²⁴⁸ A. RABAGNY, *L'Homme tel qu'en lui-même : Droit et individualité*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 333.

¹²⁴⁹ Cour eur. D.H., 17 mai 2016, *Fürst-Pfeifer c. Autriche*, req. 33677/10 et 52340/10.

vain. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de violation du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention. Il est intéressant de mentionner que la Cour examine en réalité la bonne application des principes issus de l'article 10 de la Convention, malgré l'invocation par la requérante de l'article 8¹²⁵⁰. Elle relève en outre que la requérante dispose d'une fonction officielle en sa qualité d'experte auprès des juridictions (§ 46). En cela, elle doit accepter, dans une certaine mesure, davantage d'atteintes portées à sa vie privée. Et d'ajouter que « les personnes qui assument une fonction publique doivent jouir de la confiance du public dans des conditions libres de toute perturbation injustifiée afin de pouvoir accomplir leur tâche avec succès. Parfois il peut se révéler nécessaire de les protéger des attaques verbales offensives et abusives lorsqu'elles sont en service. En l'espèce, toutefois, il n'y a point besoin d'opérer une pesée entre les besoins de cette protection et les intérêts de la liberté de la presse, d'une discussion ouverte concernant des questions d'intérêt général, étant donné que l'article en question ne contenait pas d'attaques offensives ou abusives » (§ 47). Quant au fait de divulguer à nouveau des informations contenues dans un rapport, la Cour précise que la date du rapport d'expertise était mentionnée de même que l'absence de toute interrogation quant à l'intégrité psychique de la requérante depuis la sortie de ce rapport (§ 44). En outre, ces résultats psychologiques ne sont assortis d'aucun commentaire négatif (§ 44).

L'arrêt a fait l'objet d'une opinion dissidente relativement virulente de la part des juges Wojtyczek et Kūris. Ils débute d'ailleurs celle-ci en écrivant que « [t]his judgment has several major flaws », allant jusqu'à affirmer que « [c]ombined together, these flaws have produced the most regrettable result – a one-sided, unbalanced and, it appears, fundamentally unjust judgment » (§ 1^{er}). Leur critique porte encore sur l'équilibre précaire de la protection de la vie privée face à des médias tout-puissants : « [a]s time goes by, there must be growing awareness of the increasingly pressing need to ensure more effective protection for personality rights, in particular privacy rights, *vis-à-vis* a progressively all-powerfull media, acting under the aegis of “public interest” (often a simulated one), as well as *vis-à-vis* the impingement on individuals' privacy rights by those seeking to use the media as a tool for pursuing, to the detriment of privacy rights whatever interests they may have » (§ 2). Les juges s'interrogent ensuite sur

¹²⁵⁰ La Cour écrit en effet que « notwithstanding the fact that the applicant claims a violation of Article 8 of the Convention, the Court has to determine whether the principles inherent to Article 10 were properly applied by the Austrian courts when deciding the applicant's actions » (§ 42). Voy. à ce propos le commentaire de S. SMET, « *Füsr-Pfeifer v Austria* : “A one-sided, unbalanced and fundamentally unjust judgment”? », mis en ligne le 16 juin 2016, consulté le 13 août 2018, disponible à l'adresse suivante, www.strasbourgobservers.com. L'auteur mentionne qu'à sa connaissance, la Cour a déjà opéré de la sorte dans le passé, dans l'arrêt *Karakó c. Hongrie* (Cour eur. D.H., 28 avril 2009, *Karakó c. Hongrie*, req. 39311/05).

l'absence, dans l'arrêt, de mention de la notion de « journalisme responsable » alors qu'elle a été abondamment développée dans l'arrêt *Bédat c. Suisse*, décision qui est mentionnée à plusieurs reprises dans l'arrêt¹²⁵¹. Enfin, concluant ces réflexions dissidentes relatives à l'examen du conflit entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression et l'appréhension qui en est faite par la majorité des juges dans l'affaire, ils mentionnent le droit à l'oubli, faisant référence indirectement au temps écoulé entre le rapport d'expertise psychologique et la nouvelle diffusion de ses résultats. Ils écrivent ainsi que « [i]n the fact of the ever-growing possibilities available to the (commercial, but at times also non-commercial) media to mushroom its intrusions into individuals' privacy, many international and national courts have developed such concepts as, for example, the long-known "right to be left alone" or the more recent "right to be forgotten" (whatever the context and scope thereof). The present judgment, on the contrary, displays the attitude that the freedom of the media would be infringed upon almost every time that details of even the most intimate of an individual's experiences are not allowed to be publicly known » (§ 7). Les juges reconnaissent donc l'existence du droit à l'oubli et considèrent, à demi-mot, qu'en l'espèce la Cour européenne aurait pu – voire dû – s'appuyer sur cette construction jurisprudentielle pour protéger le droit à la vie privée de la requérante. Il y a là une affirmation claire quant à l'existence du droit à l'oubli fondé sur l'article 8 de la Convention, bien que celui-ci figure seulement dans une opinion dissidente.

236. - L'arrêt *Fuchsmann c. Allemagne*. Le 19 octobre 2017, la Cour européenne rend un arrêt *Fuchsmann c. Allemagne*¹²⁵² dans lequel le droit à l'oubli est invoqué par le requérant. La Cour ne fait pas le pas de la consécration mais offre quelques développements intéressants. L'affaire concerne la publication d'une enquête en matière de corruption. Le requérant qui est un homme d'affaires important dans le secteur des médias est cité nommément dans cet article initialement publié dans la version papier du journal américain pour être ensuite repris, avec quelques légères modifications sur le site web du quotidien. Outre ses activités dans le secteur médiatique, le requérant est actif dans l'amélioration des relations américano-russes et a d'ailleurs été honoré pour ses efforts par l'ancien maire new-yorkais. Dans la mise en œuvre de son enquête, le journaliste décide de prendre contact avec le requérant pour lui poser une série

¹²⁵¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, req. 26925/08. Les juges, dans leur opinion dissidente s'étonnent plus encore de l'absence d'une telle mention dès lors que les arrêts dans les deux affaires ont été prononcés à quelques jours d'intervalle.

¹²⁵² Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13.

de questions et ce, avant la publication. Aucune suite n'y est cependant donnée, de sorte que la diffusion est faite par le biais des deux canaux de diffusion mentionnés. Sur internet, l'article indique la date de la première publication – soit la version « papier » – et est accessible via des moteurs de recherche tels que *Google* ou *Bing* (§ 11). Né en Allemagne, le requérant introduit une action devant les juridictions allemandes considérant qu'il y a violation de l'article 8 de la Convention. Il se heurte cependant à l'irrecevabilité de sa demande à défaut de compétence internationale des juridictions allemandes. Ces dernières constatent que le journal en question n'est pas distribué en Allemagne et que le site internet n'est pas destiné au lectorat allemand. La Cour fédérale de justice infirme partiellement les premières décisions rendues, estimant que l'article en ligne est disponible en Allemagne et qu'il vise en outre un *businessman* allemand. La compétence des juridictions allemandes ayant été confirmée, ces dernières se penchent alors sur le fond du litige pour conclure à l'absence de violation du droit à la réputation du requérant : l'intérêt informationnel du public outrepassé, en l'espèce, l'atteinte au droit à la vie privée et à la réputation du requérant.

Devant les juges strasbourgeois, le requérant invoque l'article 8 de la Convention et soutient que les juridictions allemandes n'ont pas été aptes à protéger sa vie privée et sa réputation au regard des allégations diffamantes diffusées par l'article, celui-ci étant d'ailleurs toujours disponible en ligne au moment de l'introduction de sa requête (§ 27). Il souligne notamment l'effet important des publications *online* et le fait que l'article n'ait pas suffisamment été identifié comme une « vieille nouvelle » (*old news*). Il s'appuie enfin sur le droit à l'oubli, souhaitant que celui-ci soit appliqué au cas d'espèce : « [l]astly, the applicant referred to the judgment of the Court of Justice of the European Union in the case *Google Spain SL and Google Inc. v. AEDP and Gonzalez* [...] and argued that the reasoning regarding the right to be forgotten could be transferred to the present case » (§ 27). Le gouvernement allemand rétorque que cet arrêt n'a pas d'intérêt en l'espèce, dès lors que les circonstances sont totalement différentes. La Cour s'embarque, elle, dans la recherche d'un équilibre entre les droits consacrés par les articles 8 et 10 de la Convention, s'appuyant sur les critères formalisés depuis la jurisprudence *von Hannover c. Allemagne* (n° 2) et *Axel Springer AG c. Allemagne*. Les juges européens n'évoquent pas le *right to be forgotten*. Ils soutiennent néanmoins que « the public interest also existed in the publication of the article in the online archive of the newspaper. It reasoned that the public had not only an interest in news about current events, but also in the possibility of researching important past events » (§ 38). La Cour souligne encore « the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available

news and information. Such archives constitute an important source of education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free » (§ 39)¹²⁵³. La Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention soutenant encore que le requérant est un homme d'affaires et qu'il doit en conséquence être considéré comme une figure publique, que les informations découlent d'un rapport officiel, que le requérant a, par le passé, déjà fait l'objet d'une publication sans qu'il s'y soit opposé et enfin, que l'article en ligne a peu d'impact en Allemagne.

L'arrêt *Fuchsmann c. Allemagne* constitue un pas supplémentaire dans la jurisprudence européenne visant à reconnaître le droit à l'oubli. Certes, en l'espèce, le requérant ne se plaint pas précisément du fait que les informations ont été à nouveau diffusées. Cela étant, il mentionne clairement, au moment d'introduire sa requête devant les juges européens, que l'article en ligne est toujours disponible gratuitement et dès lors que le préjudice est toujours bel et bien existant. Dans l'analyse faite par la Cour, qui est en réalité tout à fait emblématique du conflit entre la vie privée et la liberté d'expression, l'on peut déceler une approche proche du droit à l'oubli d'informations. La Cour refuse, en l'espèce, de conclure à la violation du droit à la vie privée et du droit à l'oubli qui pourrait se cacher derrière le raisonnement tenu. Faut-il considérer ce refus comme un rejet par la Cour du droit à l'oubli ? Non. En réalité, la Cour examine le cas d'espèce sur la base de différents critères, tout comme ce qui est proposé dans les développements qui suivent. L'ensemble de ces éléments doivent permettre de déterminer si, compte tenu des circonstances, il y a lieu de faire prévaloir l'un ou l'autre des droits en présence.

3. Lorsque la Cour européenne s'offre la possibilité de consacrer le droit à l'oubli

237. - Introduction. L'on peut citer deux arrêts et une décision rendus par la Cour européenne des droits de l'homme qui illustrent particulièrement bien la dimension du droit à l'oubli d'informations. La décision et le premier arrêt l'évoquent de façon implicite, notamment à travers l'interprétation que peut en être proposée. Le deuxième arrêt est plus explicite. Tous concernent des informations d'ordre judiciaire.

¹²⁵³ La Cour se réfère à l'arrêt suivant, Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 45. Voy. l'analyse proposée de cet arrêt *supra*.

238. - La décision *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*. La décision du 25 mai 2004, dans une affaire *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*¹²⁵⁴, est relative à la diffusion par le radiodiffuseur autrichien (l'ORF) d'une conférence de presse du ministre de la justice à propos d'une réforme de la procédure d'enquête préliminaire. A l'occasion d'un exemple donné par le ministre d'une erreur commise lors d'une telle enquête, le reportage diffuse une photographie de la personne impliquée dans ledit cas. Cette dernière est acquittée en 1995 pour sa participation à une campagne de colis piégés et condamnée pour des propos néonazis. Les médias avaient largement couvert ces procédures judiciaires. La diffusion de l'image par l'ORF se fait sans préciser l'identité de la personne, son acquittement, sa condamnation, ainsi que sa libération conditionnelle intervenue trois mois auparavant. Les juridictions autrichiennes, tant en première instance qu'en appel, donnent tort à l'individu ayant fait l'objet de la diffusion. Ce dernier exigeait, sur le fondement de la loi sur le droit d'auteur, d'interdire à l'ORF de diffuser son image sans son autorisation, et plus particulièrement des photos le représentant dans la salle d'audience en tant qu'accusé. Cette autorisation est exigée dans deux circonstances : premièrement, si l'image est diffusée sans faire référence à son acquittement dans le cadre de la procédure relative aux colis piégés, deuxièmement, si l'image est diffusée en laissant croire qu'il est néonazi et qu'il a été condamné pour ses propos néonazis, sans mentionner que la peine infligée a d'ores et déjà été purgée ou qu'il a entretemps bénéficié d'une libération conditionnelle.

Les juridictions autrichiennes font primer l'intérêt du public à recevoir cette information, et donc la liberté d'expression de l'ORF, sur l'intérêt de cette personne quant à sa réintégration sociale et professionnelle. Ces décisions sont invalidées par la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) qui soutient que la nouvelle divulgation de cette photographie cause un préjudice important pour la personne visée en ce qu'il fait réapparaître une procédure judiciaire que le public avait oubliée, tant par l'écoulement du temps (trois années) que par le fait de sa libération conditionnelle. Elle souligne encore l'absence de nécessité de diffuser la photo en ce qu'elle n'a aucune valeur informationnelle supplémentaire. Enfin, elle considère que le fait de ne pas avoir purement et simplement interdit la diffusion de la photo doit être considéré comme un élément reflétant le caractère proportionnel de la restriction du droit à la liberté d'expression.

¹²⁵⁴ Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 57597/00.

La Cour européenne des droits de l'homme soutient cette décision de la Cour suprême autrichienne, déclarant la requête de l'ORF non fondée. Reconnaisant que la mesure – c'est-à-dire l'obtention du consentement dans certaines circonstances – constitue une ingérence, elle souligne qu'il s'agit seulement d'une mesure relative. Les circonstances dans lesquelles l'autorisation est requise ont pour objectif de s'assurer que le public ait accès à une information complète et non simplement à certains éléments de l'affaire. Il en va d'une bonne information du public. Elle admet en outre que le contexte dans lequel l'image est diffusée, c'est-à-dire la présentation d'une réforme judiciaire, constitue évidemment un sujet d'intérêt général. Cependant, et la Cour s'appuie sur le raisonnement de la Cour suprême, l'élément temporel doit ici être pris en compte : l'illustration a pour effet que le public se souvienne d'une procédure judiciaire intervenue trois années auparavant alors que cette dernière ne s'inscrit pas en elle-même dans cet intérêt général. Enfin, la Cour européenne met en garde quant au danger qu'une telle nouvelle diffusion peut avoir dans le cadre de la réintégration de la personne visée, celle-ci devant prévaloir sur l'intérêt du public à voir la photo.

239. - L'arrêt *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*. Un arrêt est rendu le 7 décembre 2006 dans une autre affaire *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*¹²⁵⁵. Il porte sur une injonction visant à interdire à une société de radiodiffusion la divulgation de l'image d'un néonazi condamné. C'est dans le cadre d'un reportage relatif à la mise en liberté conditionnelle d'un autre individu condamné pour le même motif – c'est-à-dire son appartenance à une organisation néonazie – que l'image du requérant est diffusée l'espace de quelques secondes. Les tribunaux autrichiens donnent raison au requérant et interdisent à la société de radiodiffusion de montrer l'image litigieuse.

L'affaire est introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle d'une violation de l'article 10 de la Convention : la requérante estime que cette image est nécessaire pour illustrer l'actualité, qui a trait à la mise en liberté conditionnelle d'un individu condamné pour néonazisme, une telle mission entrant dans son obligation légale de couvrir les informations importantes dans le domaine politique. La Cour rappelle à cet égard que les médias ont pour rôle de communiquer des informations et idées sur l'ensemble des sujets d'intérêt public (§ 63). Cela étant, une balance des intérêts doit être effectuée pour vérifier que l'ingérence prise à l'encontre du radiodiffuseur soit proportionnée. Pour cela, la Cour précise

¹²⁵⁵ Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 35841/02.

prendre en compte plusieurs éléments : « [w]hile the court agrees that there may be good reasons to prohibit the publication of a picture of a convicted person after his release on parole, a number of elements are to be taken into account when weighing the individual's interest not to have his physical appearance disclosed against the public's interest in the publication of his picture. Elements that will be relevant are the degree of notoriety of the person concerned, the lapse of time since the conviction and the release, the nature of the crime, the connection between the contents of the report and the picture shown and the completeness and correctness of the accompanying text » (§ 68)¹²⁵⁶. Bien que la Cour n'exécute pas un examen formel de l'ensemble de ces éléments, elle souligne que la personne représentée sur la photo litigieuse est un membre bien connu de la scène néonazie autrichienne et qu'elle appartient à un groupuscule qui vise explicitement à détruire l'ordre constitutionnel autrichien. Une telle appartenance l'expose inévitablement à un contrôle public (§ 65) et en fait un personnage d'une certaine notoriété. Elle évoque en outre le caractère d'intérêt public d'une telle publication dès lors qu'elle intervient notamment quelques temps après la libération conditionnelle (§ 69). Autrement dit, la Cour reconnaît à demi-mot que sans cet élément d'actualité, l'examen qu'elle effectue aurait pu aboutir à une autre conclusion¹²⁵⁷.

In fine, la Cour européenne confirme la violation de l'article 10 de la Convention, estimant que plusieurs éléments n'ont pas correctement été analysés par les juridictions autrichiennes. Tel est le cas du caractère notoire de la personne représentée, de la dimension politique de l'information, du caractère exact et exhaustif du reportage, du fait que d'autres médias n'ont pas été inquiétés lors de la reprise de cette photo. En revanche, les juges européens considèrent que les juridictions autrichiennes ont donné un poids trop important au critère du temps passé entre la condamnation et la nouvelle diffusion.

240. - L'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*. La dernière affaire est plus explicite. Le 28 juin 2018, la Cour européenne des droits de l'homme rend un arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*¹²⁵⁸ dans lequel les circonstances de l'affaire font directement et clairement écho au droit à l'oubli portant sur des informations d'ordre judiciaire. Cela étant, bien que ce droit ait été revendiqué et contesté par les parties, les juges européens ne font que brièvement le citer, faisant en réalité

¹²⁵⁶ La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'écoulement du temps est un élément pertinent pour peser dans la balance des intérêts. Elle reconnaît, certes en filigrane, une forme de droit à l'oubli. Ainsi, si le temps écoulé est long, la Cour fera intervenir les autres critères pour trancher sur la mise en balance.

¹²⁵⁷ Sur cet élément relatif à l'écoulement du temps, voy. *infra*.

¹²⁵⁸ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

référence – semble-t-il – au droit à l’oubli numérique que de nombreux commentateurs et journalistes ont tiré de la jurisprudence *Google Spain* de la Cour de justice de l’Union européenne. *In fine*, la Cour européenne s’est appuyée sur ses critères traditionnels applicables au conflit vie privée / liberté d’expression, tout en reconnaissant cependant que « certains d’entre eux peuvent revêtir plus ou moins de pertinence eu égard aux circonstances particulières de l’espèce » (§ 96)¹²⁵⁹. L’affaire paraît cependant essentielle dans le cadre de la présente thèse.

Les faits de l’espèce sont les suivants. Les requérants sont demi-frères et ont été condamnés en 1993 pour un assassinat d’un acteur allemand commis en 1991. Tous deux ont toujours contesté leur culpabilité en procédant notamment à plusieurs demandes en révision et en réouverture du procès ainsi qu’en se tournant directement auprès des médias pour tenter de plaider et trouver écho à leur cause. Ces tentatives sont vaines, les deux requérants ont purgé leur peine et sont libérés, avec mise à l’épreuve, respectivement en 2007 et 2008. Leur recours devant la Cour européenne des droits de l’homme est précédé de trois procédures principales devant les juridictions allemandes¹²⁶⁰, lesquelles ont en commun le fait qu’ils estiment que des publications en ligne relatives à l’assassinat commis et à la procédure judiciaire qui s’en est suivie portent atteinte au droit à la protection de leur vie privée consacré notamment par l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme. La première procédure interne vise le compte-rendu d’une émission radio diffusée par la radio publique *Deutschlandradio*. Cette transcription écrite du reportage qui reprend le nom complet des requérants est disponible dans les archives du site internet de la radio, sous la rubrique des informations « moins récentes ». La deuxième procédure vise un dossier disponible sur le portail internet du magazine *Der Spiegel* qui comprend plusieurs articles publiés dans la version papier du magazine. Les articles reprennent une série d’informations d’ordre privé et sont illustrés de photographies représentant les deux requérants. Le dossier n’est pas en libre accès : il faut souscrire au paiement d’une somme d’argent pour accéder aux informations litigieuses. Quant à la troisième et dernière procédure, il s’agit du journal *Mannheimer Morgen* qui diffuse sur son site internet des informations sur les deux requérants et l’assassinat commis. L’accès à ces informations est

¹²⁵⁹ Une telle remarque a déjà été faite par la Cour : voy. Cour eur. D.H., 20 mars 2018, *Falzon c. Malte*, req. 45791/13, § 55 ; Cour eur. D.H., 21 septembre 2017, *Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne*, req. 51405/12, § 42.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13, § 166.

¹²⁶⁰ D’autres procédures ont été entamées par les deux requérants. Voy. à ce propos Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 45.

restreint ; cependant, une accroche est bel et bien accessible à tous les internautes, sans aucune restriction, ce *teaser* reprenant les noms et prénoms des requérants.

Le raisonnement des juridictions allemandes est, dans ces trois affaires, relativement similaire. Les trois affaires débutent par des actions introduites devant le Tribunal régional de Hambourg¹²⁶¹, ces décisions sont confirmées par la Cour d'appel de Hambourg, mais réfutées par la Cour fédérale de justice. Le Tribunal de Hambourg fait droit aux demandes des requérants, qu'il s'agisse d'anonymiser le compte rendu du reportage ayant été diffusé sur la *Deutschlandradio* (jugements du 29 février 2008), de mettre fin à la possibilité de consulter le dossier dès lors qu'il contient des photographies et qu'il reprend l'identité des requérants (jugements du 18 janvier 2008), ou de supprimer leur identification dans l'accroche accessible à tous (jugements du 16 novembre 2007). En accueillant ces demandes, le tribunal hambourgeois estime « notamment que l'intérêt des requérants à ne plus être confrontés à leur acte aussi longtemps après leur condamnation l'emport[e] sur l'intérêt du public à être informé sur l'implication des requérants dans cet acte » (§ 13). La juridiction allemande, d'emblée, considère que le laps de temps intervenu entre les deux divulgations est essentiel et fait concrètement baisser l'intérêt public au profit de l'intérêt des requérants à voir leur vie privée protégée et à bénéficier de conditions favorables pour leur réinsertion. La Cour d'appel de Hambourg confirme chaque fois le raisonnement tenu en première instance par le Tribunal régional¹²⁶². Dans le cadre de la première affaire, la Cour souligne en outre le caractère minime de l'atteinte au droit à la liberté d'expression de la radio, dès lors que l'anonymisation permet à l'information de demeurer disponible (§ 14). Elle reconnaît le caractère particulier d'une diffusion sur internet, les informations s'y trouvant ayant généralement « un degré de diffusion moindre que des informations diffusées par la télévision, la radio, ou la presse ». Autrement dit, la Cour de Hambourg reconnaît une spécificité particulière au média internet, celle-ci permettant éventuellement de justifier un raisonnement spécifique, distinct de celui qui aurait pu être proposé si un autre média avait été en jeu. Enfin, elle soutient que l'anonymisation d'une information n'aboutit aucunement à falsifier l'histoire, répondant ainsi à une critique souvent entendue à l'encontre d'un tel procédé (§ 16). Les différentes affaires sont ensuite traitées par

¹²⁶¹ La deuxième affaire a cependant fait l'objet d'une première demande tendant à obtenir l'aide judiciaire devant le Tribunal régional de Francfort-sur-le-Main. Essuyant un refus, les requérants ont alors introduit la même demande devant le Tribunal régional de Hambourg, ce dernier leur octroyant l'aide judiciaire.

¹²⁶² Dans la première affaire, les arrêts sont rendus le 29 juillet 2008 (§§ 14 à 17) ; dans la deuxième, le 29 juin 2008 (§ 34) ; et dans la troisième, le 29 juillet 2008 (§ 42).

la Cour fédérale de justice¹²⁶³. A nouveau, les raisonnements tenus dans l'ensemble des arrêts rendus par cette Cour sont identiques et permettent une analyse conjointe. La haute juridiction allemande ne suit pas le raisonnement tenu par les juridictions de fond : elle casse les décisions de la Cour d'appel afin d'offrir une protection prioritaire à la liberté d'expression.

La Cour fédérale allemande¹²⁶⁴ reconnaît sans difficulté que la mise à la disposition au public des informations litigieuses dans les trois affaires constituent une ingérence au droit à la vie privée des requérants. La Cour reprend notamment des éléments développés par la Cour constitutionnelle allemande qui souligne que « des reportages relatant des faits véridiques pouvaient porter atteinte au droit de la personnalité lorsque le poids du préjudice qu'ils causaient était supérieur à celui de l'intérêt du public à connaître la vérité » (§ 19). En l'espèce, il s'agit de reportage sur des faits judiciaires qui sont entrés dans « l'histoire contemporaine » et qui, de plus, s'éloignent de la « criminalité ordinaire » (§ 19). En effet, les requérants ont été condamnés pour assassinat, ce qui implique *de facto* qu'outre les sanctions pénales, ils devaient s'attendre à ce que leur procès fasse l'objet d'une couverture médiatique importante. L'élément temporel est en outre pris en compte par la Cour fédérale : elle assure « que, avec le temps, l'intérêt de la personne concernée à ne plus être confrontée à sa faute acquerrait plus de poids » (§ 20). Après le temps de la condamnation vient celui de la réinsertion. Cela étant, ce passage d'un temps à l'autre n'induit pas un « droit absolu à ne plus être confronté à sa faute » (§ 20). La Cour fédérale se penche encore sur la forme et le fond du reportage, considérant que l'atteinte n'était pas considérable, que les informations reprennent des éléments vérifiés à propos du meurtre d'un acteur jouissant d'une certaine notoriété, et que leur diffusion et propagation demeuraient limitées¹²⁶⁵ notamment à cause de l'existence d'une limitation de l'accès à ces informations ou de leur présence dans des rubriques particulières des sites internet (§ 23). La juridiction allemande prolonge son analyse en soutenant que le public a « un intérêt

¹²⁶³ Dans la première affaire, les arrêts sont rendus le 15 décembre 2009 (§§ 18 à 26) ; dans la deuxième, le 9 février 2010 (§§ 36 à 38) ; et dans la troisième, le 20 avril 2010 (§ 43). Suite à ces arrêts, des recours sont encore introduits devant la Cour constitutionnelle fédérale mais ne sont pas admis (§§ 27, 39 et 44). Ces arrêts n'étant pas d'intérêt au regard des développements proposés, ils ne seront pas aborder.

¹²⁶⁴ Le raisonnement proposé est celui tiré des décisions de la Cour dans la première affaire. Il est identique, à peu de chose près, dans les deuxième et troisième affaires. Indiquons simplement que dans la deuxième affaire, la Cour opère deux raisonnements distincts, l'un pour les articles faisant parties du dossier en ligne (§ 36), l'autre pour les photographies (§§ 37 et 38). Alors que le premier reprend le canevas du raisonnement tenu dans la première affaire, le second évoque des photos qui ne montraient pas les requérants de manière défavorable et qui les représentaient essentiellement dans des scènes de leur procès pénal. En cela, « les requérants n'avaient pas d'intérêt légitime [...] à faire interdire la publication des photos litigieuses » (§ 38).

¹²⁶⁵ La Cour s'écarte ici de la conclusion à laquelle la Cour constitutionnelle fédérale allemande est arrivée dans un arrêt *Lebach* du 5 juin 1973. L'arrêt prend en compte le fait que l'émission litigieuse a été diffusée à une heure de grande écoute. Sur cet arrêt, voy. *infra*.

légitime non seulement à être informé sur les événements d'actualité, mais aussi à pouvoir faire des recherches sur des événements passés » (§ 24). C'est là le rôle des archives en ligne qui est mis en avant. Et la Cour de reprendre l'argument de la falsification de l'histoire : « une interdiction générale de consulter ou une obligation d'effacer tout reportage concernant des délinquants nommément cités dans des archives Internet auraient pour conséquence d'effacer l'Histoire et de faire bénéficier à tort l'auteur de l'infraction d'une immunité totale à cet égard » (§ 24). Elle met d'ailleurs en garde contre le *chilling effect* de telles décisions¹²⁶⁶. Les médias, craignant ces sanctions, ne prendraient plus la peine d'archiver, ce qui contreviendrait à l'une de leur mission. Sur le plan technique, la faisabilité de la mise en place d'une telle procédure aboutit en outre à avoir des effets dissuasifs sur les médias. Enfin, la Cour soulève un dernier élément relatif au fondement juridique de l'ensemble de son raisonnement. Elle estime en effet que ses décisions auraient été identiques si elle avait appliqué non pas le raisonnement visant à mettre en balance les deux droits fondamentaux en jeu, mais la réglementation visant à protéger les données à caractère personnel, en passant notamment par l'exception à des fins de journalisme (§ 26)¹²⁶⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme propose, outre une analyse des critères (voy. *infra*), quelques développements intéressants. Dans un premier temps, elle souligne le rôle crucial joué par les moteurs de recherche sur internet, ceux-ci permettant d'organiser l'information disponible en ligne¹²⁶⁸. La Cour semble admettre le rôle démultiplicateur joué par ces acteurs incontournables du web. Ainsi, elle note « que c'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants tenues à disposition par les médias concernés peuvent facilement être repérées par les internautes » (§ 97). Autrement dit, dès le début de leur raisonnement, les juges européens considèrent – implicitement – que les moteurs de recherche ont une part non négligeable de responsabilité dans les atteintes causées en l'espèce aux requérants. Cela étant, elle reprend le raisonnement proposé par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014, en faisant une distinction entre la responsabilité du moteur de recherche et la responsabilité de l'éditeur du site web. Elle considère qu'« en raison de cet effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations et de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit la publication de l'information

¹²⁶⁶ Sur le *chilling effect*, voy. *infra*.

¹²⁶⁷ Sur cette réglementation et sur l'exception de journalisme, voy. *infra*.

¹²⁶⁸ Les moteurs de recherche ne sont pas les seuls à avoir un tel pouvoir sur les données. Certaines organisations internationales ont quasiment un impact identique. Voy. en ce sens, V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, p. 8.

sur la personne concernée, les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci » (§ 97)¹²⁶⁹. Il a déjà été souligné que cette responsabilité différente implique en pratique des demandes différentes (effacement, anonymisation, pseudonymisation, déréférencement)¹²⁷⁰. La Cour donne ensuite des précisions sur l'ingérence commise en l'espèce par les éditeurs des sites internet. Elle affirme que « l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés de publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public » (§ 97). Cet élément rejoint pour partie la conception de la faute, dès lors que l'oubli d'informations s'inscrit dans une action en responsabilité extracontractuelle¹²⁷¹. Enfin, la Cour analyse cinq critères : la contribution à l'intérêt général (§§ 98 à 105), la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage (§§ 106 et 107), le comportement antérieur de la personne visée à l'égard des médias (§§ 108 et 109), le contenu, la forme et les répercussions de la publication (§§ 110 à 114) et enfin les circonstances de la prise des photos (§115). Ces critères sont analysés ci-après¹²⁷². En conclusion, compte tenu des circonstances de l'affaire, la Cour aboutit à considérer que les informations litigieuses ne violent pas le droit à la vie privée des requérants.

Sans le citer clairement, la Cour est confrontée, dans ce dernier arrêt, à la problématique du droit à l'oubli portant sur des informations judiciaires. Son raisonnement confirme notre point de vue visant à inscrire le droit à l'oubli dans un traditionnel équilibre entre les droits fondamentaux en présence. Les critères évoqués par les juges européens semblent, pour partie,

¹²⁶⁹ Voy. C.J.U.E., 13 mai 2014, n° C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, §§ 59 et 62.

¹²⁷⁰ Voy. *infra*.

¹²⁷¹ Voy. à cet égard *infra*.

¹²⁷² Pour le critère de la contribution à l'intérêt général, voy. *infra* ; pour celui de la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, voy. *infra* ; pour le comportement antérieur de la personne visée à l'égard des médias, voy. *infra* ; pour le critère du contenu, de la forme et des répercussions de la publication, voy. *infra* ; et enfin pour la prise en compte des circonstances de la prise des photos, voy. *infra*.

recouper ceux qui sont évoqués dans la jurisprudence belge. En tout état de cause, la Cour européenne inscrit clairement la revendication de l'oubli d'informations dans le cadre d'une protection du droit à la vie privée.

B. L'oubli dans la jurisprudence nationale relative au droit à la vie privée¹²⁷³

1. La jurisprudence belge

241. - Introduction. Dans le présent point, l'on passe en revue la jurisprudence belge qui traite directement ou indirectement du droit à l'oubli d'informations journalistiques en mettant notamment en exergue le fondement juridique et le raisonnement opéré par les juges belges. Ces décisions seront, dans la suite des développements – et notamment dans l'analyse de la faute et des critères permettant d'exécuter la balance des intérêts –, analysées plus profondément.

a) Le droit à l'oubli dans les archives numériques : les affaires belges

242. - Le droit à l'oubli consacré par la jurisprudence de fond. En Belgique, deux affaires relatives au droit à l'oubli d'informations en ligne peuvent être citées, l'une d'elles ayant notamment fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation. Ces deux cas d'espèce présentent des similitudes importantes dans les faits ayant aboutis à leur procédure judiciaire respective.

La première affaire débute par une décision rendue par le Tribunal de première instance de Neufchâteau en date du 25 janvier 2013¹²⁷⁴, confirmée par la Cour d'appel de Liège le 25 septembre 2014¹²⁷⁵, et validée par la Cour de cassation en date du 29 avril 2016. Dans une seconde affaire, le Tribunal de première instance de Liège a rendu un jugement le 3 novembre

¹²⁷³ Outre la jurisprudence citée dans ce point, voy. aussi quelques références reprises par M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, op. cit., pp. 31 à 46.

¹²⁷⁴ Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182. Le jugement accorde en outre un euro comme dédommagement du préjudice subi par le médecin.

¹²⁷⁵ Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

2014, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 4 février 2016¹²⁷⁶ dont le raisonnement a, lui-aussi, été validé par la Cour de cassation le 8 novembre 2018¹²⁷⁷. Les demandes portent sur l'anonymisation d'articles qui, publiés une première fois dans la presse écrite, sont nouvellement diffusés par le biais des archives numériques des éditeurs de presse. Alors que, dans les archives papier, ces articles avaient fort peu de chance d'être à nouveau consultés – ce qui *de facto* implique l'oubli –, le développement de l'accès gratuit des archives numériques permet à tout un chacun de retrouver facilement ces écrits par le biais d'une requête à partir des seuls nom et prénom. Dans la première affaire, un médecin, ayant provoqué un accident mortel de la circulation alors qu'il conduisait en état d'ébriété, était nommément cité dans un article du quotidien *Le Soir*. L'article, publié en 1994, relate plus globalement une série d'accidents mortels qui se sont déroulés en l'espace de quelques jours dans la région de Tournai, en nommant certaines personnes impliquées, notamment le médecin. Ce dernier, pénalement condamné tant en première instance qu'en degré d'appel, a fait l'objet d'une réhabilitation en 2006. Deux années plus tard, l'éditeur du quotidien décide de mettre en ligne la plupart de ses archives, offrant à tout internaute un accès gratuit à un nombre très important d'articles. Quant à la seconde affaire, ce sont en réalité deux procédures qui ont été jointes devant la juridiction de première instance en raison de leur connexité. La première concerne la diffusion d'un article dans le quotidien *La Libre Belgique* dont le contenu relate l'arrestation d'un membre de la « cellule Cools ». L'article évoque une personne mêlée à une perquisition effectuée dans le cadre du dossier relatif à l'assassinat d'André Cools, perquisition durant laquelle plusieurs armes ont été découvertes. La suspicion est toutefois rapidement levée. L'autre cas concerne une tentative d'assassinat dans la région liégeoise. Le journaliste du quotidien *Le Soir*, évoquant une somme importante d'argent qui doit permettre de recruter le tueur, cite plusieurs noms et prénoms, dont ceux du demandeur, associés dans le macabre projet.

Deux éléments communs aux deux affaires peuvent encore être relevés. D'abord, le fait qu'une première demande d'anonymisation est adressée au quotidien en cause mais ne reçoit aucune issue favorable¹²⁷⁸. Suite à ces refus, des actions judiciaires, fondées sur l'article 1382 du Code civil¹²⁷⁹, sont introduites contre les éditeurs responsables des journaux, l'objectif étant

¹²⁷⁶ Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note.

¹²⁷⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018.

¹²⁷⁸ Dans l'affaire tranchée par la Cour d'appel de Liège, le médecin avait aussi adressé une plainte au Conseil de déontologie journalistique, cette requête ayant toutefois été déclarée irrecevable.

¹²⁷⁹ *Comp. civ.* Bruxelles (réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 267, note E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectués à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression ».

d'obtenir réparation d'un préjudice essentiellement moral. Ensuite, le fait que les demandeurs ne mettent pas en cause la licéité de la parution dans les versions papier des journaux. En revanche, ils considèrent que la permanence de la diffusion en ligne de ces articles non réactualisés, constitue une atteinte à leur droit à l'oubli justifiant une première demande de suppression, ou à tout le moins d'anonymisation, adressée directement au quotidien¹²⁸⁰.

Enfin, les décisions reconnaissent clairement l'existence d'un droit à l'oubli, entendu comme une composante du droit à la vie privée. Le Tribunal de première instance de Neufchâteau parle du droit à l'oubli comme d'« une notion issue de la doctrine qui fait référence à la protection des droits des personnes contre les risques du temps et de la mémoire activée... Le droit à l'oubli numérique peut être envisagé sous différents aspects. Il peut s'agir ... du droit à l'oubli sur internet des erreurs du passé »¹²⁸¹. Il affirme ensuite, convaincu, que « [l]e droit à l'oubli se situe ainsi sur le terrain de la protection des individus » et qu'il « doit être admis dans l'ordre juridique belge »¹²⁸². Il confirme ensuite qu'il s'agit bien d'une « modalité du droit au respect de la vie privée et existe dès lors dans cette mesure en droit positif belge ». Quant à la Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 25 septembre 2014, elle soutient que « [l]e droit à l'oubli est considéré par la doctrine et la jurisprudence comme faisant partie intégrante du droit au respect de la vie privée ». A l'audience du 3 novembre 2014, le Tribunal de première instance de Liège, confirmant la présence d'un conflit entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, précise qu'« à côté de la problématique traditionnelle du droit à l'oubli, liée à la redivulcation par la presse d'un passé judiciaire d'une personne, émerge une nouvelle problématique liée à l'effacement des données numériques et, en particulier, des données disponibles sur internet. Le présent litige, qui concerne la numérisation d'archives

Plusieurs différences existent entre cette ordonnance et les décisions commentées. D'une part, dans l'ordonnance du 9 octobre, le demandeur requerrait notamment le retrait des archives de l'article litigieux. La demande était donc maximale, ce qui n'est pas le cas dans les décisions commentées dès lors que seule l'anonymisation est requise. D'autre part, les fondements des demandes sont différents. Le demandeur, dans l'ordonnance du 9 octobre 2012, se réfère à la loi du 8 décembre 1992 (précitée). Compte tenu de ce fondement légal, l'ordonnance refuse d'autoriser le retrait de l'article litigieux, se fondant notamment sur l'article 3, § 3, de la loi précitée qui organise une exception dès lors que le traitement de données personnelles est effectué « à des fins de journalismes [...] ». Le jugement du 3 novembre 2014 précise quant à lui que « le demandeur n'invoque pas à l'appui de sa demande la loi du 8 décembre 1992 [...] ». Enfin, voy. l'ordonnance a été confirmée par Bruxelles (9^{ème} ch.), 21 mars 2013, A&M, 2014/5, p. 416.

¹²⁸⁰ Dans la première affaire évoquée, le médecin transmet en outre sa demande au Conseil de déontologie journalistique, celui-ci considérant cependant la plainte comme étant irrecevable.

¹²⁸¹ Le jugement reprend ici les termes d'A. ARAMAZANI, « Le droit à l'oubli et internet », *op. cit.*, p. 36.

¹²⁸² Le jugement se réfère notamment à l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 novembre 1990 (voy. *infra*), tout en relevant que le refus par la haute juridiction française de considérer le droit à l'oubli n'est pas justifié par l'inexistence de ce droit à l'oubli mais bien par le fait que « les faits étaient relatés avec objectivité et sans intention de nuire » (J. LE CLAINCHE, « L'adaptation du droit à l'oubli au contexte numérique », *R.E.D.C.*, 2012/1, p. 45).

journalistiques, est relatif à cette nouvelle problématique du droit à l'oubli, à savoir le droit à l'oubli numérique ». Et de relever encore que ce droit « vise la possibilité pour une personne de demander l'effacement des données qui la concernent, et plus spécifiquement des données mises en ligne, après l'écoulement d'une période suffisamment longue ». La Cour d'appel de Liège, dans l'arrêt du 4 février 2016 reprend les mêmes propos quant à la définition de ce droit et à ses fondements.

243. - Le droit à l'oubli consacré par la Cour de cassation. La Cour de cassation belge s'est, par deux fois, prononcée sur le droit à l'oubli : le 29 avril 2016 et le 8 novembre 2018. Il est intéressant, dans cette énumération de la jurisprudence belge consacrant le droit à l'oubli, d'évoquer plus largement ces deux décisions ainsi que les arguments qui y ont été défendus.

Les deux pourvois en cassation sont introduits par des éditeurs de presse papier ayant constitué des archives numériques. Dans l'arrêt du 29 avril 2016, deux moyens sont invoqués. Le premier se subdivise en deux branches distinctes. La première évoque une disposition du Code judiciaire¹²⁸³ imposant une communication au ministère public des demandes en matières civiles mues en raison d'un délit de presse. Le demandeur en cassation soutient que l'archivage d'informations constitue un tel délit et constate que la modalité de communication n'a pas été respectée. La Cour de cassation conclut à l'absence de délit de presse et, par conséquent, au fait qu'il n'y a aucune obligation de communication au ministère public. La seconde branche porte sur l'absence de faute tirée du maintien d'un article en ligne. Pour la Cour de cassation, il n'est pas contradictoire d'affirmer que le litige n'implique nullement un problème de rédaction de l'article et que l'éditeur peut avoir adopté un comportement fautif relevant d'un choix éditorial, celui de laisser ou non une information en ligne.

Quant second moyen invoqués dans le cadre de la procédure en cassation ayant mené à l'arrêt du 29 avril 2016, huit branches sont développées, reprises pour partie dans l'unique moyen – divisé en cinq branches – analysé dans l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre

¹²⁸³ Il s'agit de l'article 764, al. 1^{er}, 4^o du Code judiciaire indique que « [s]auf devant le juge de paix, le juge des référés et le juge des saisies, sont, à peine de nullité, communiquées au ministère public : [...] 4^o les demandes en matière civile, mues en raison d'un délit de presse ».

2018. Dès lors que ces arguments se recoupent¹²⁸⁴, il est possible d'en faire une analyse conjointe.

- Les deux arrêts abordent la question de la légalité de l'ingérence que constitue le droit à l'oubli dans le droit à la liberté d'expression¹²⁸⁵, celui-ci visant non seulement la possibilité de communiquer des informations, mais aussi d'en recevoir notamment par le biais d'archives numériques. L'exigence de légalité est imposée notamment par l'article 10, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux côtés de deux autres exigences, la légitimité et la proportionnalité. Les requérants considèrent que le droit à l'oubli est fondé sur la doctrine et la jurisprudence, ces sources ne pouvant être assimilées à une loi accessible, prévisible et claire¹²⁸⁶. L'exigence de légalité ne peut en outre pas être tirée de l'article 1382 du Code civil¹²⁸⁷ dès lors que la faute implique un droit subjectif préexistant qui n'est consacré que par la doctrine et la jurisprudence. La disposition du Code civil ne peut donc constituer par elle-même le fondement véritable de l'ingérence.
- Dans les deux pourvois, l'existence d'une nouvelle divulgation est questionnée. Les requérants soutiennent que l'archivage ne constitue pas une nouvelle divulgation¹²⁸⁸. Les requérants, dans les deux procédures, reconnaissent que « [l]e droit à la vie privée [...] comprend le droit pour la personne qui a été reconnue coupable d'un crime ou d'un délit de s'opposer dans certaines circonstances à ce que son histoire soit rappelée au public à l'occasion d'une nouvelle divulgation des faits ». Une telle affirmation paraît paradoxale : ils reconnaissent l'existence d'un droit à l'oubli (sans le dénommer de la sorte), mais s'opposent à ce que ce droit soit appliqué dans le cadre des archives numériques, à défaut d'une nouvelle divulgation. Autrement dit, les requérants semblent

¹²⁸⁴ Dans l'arrêt du 29 avril 2016, deux éléments évoqués ne se retrouvent pas dans l'argumentation développée dans l'arrêt du 8 novembre 2018. Il s'agit d'une part d'une violation du principe dispositif, et d'autre part, du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

¹²⁸⁵ Sur la condition de légalité, voy. aussi *infra*.

¹²⁸⁶ Ils ajoutent que notre système juridique ne se fonde pas sur la force obligatoire des précédents, comme ce peut être le cas dans d'autres traditions juridiques.

¹²⁸⁷ Dans l'arrêt du 8 novembre 2018, la branche est divisée en deux rameaux, le premier soutenant une méconnaissance notamment de l'article 10, § 2, de la Convention, le second soutenant la méconnaissance de cette même disposition et de l'article 1382 du Code civil. L'arrêt du 29 avril 2016 reprend les mêmes arguments en les structurant en trois points.

¹²⁸⁸ Ils évoquent même le fait que l'archivage constitue, dans certains cas, une obligation légale, prenant pour exemple le dépôt obligatoire devant être fait auprès de la Bibliothèque royale de Belgique. Pour les modalités, voy. la loi du 8 avril 1965 instituant le dépôt légal à la Bibliothèque royale de Belgique, *M.B.*, 18 juin 1965, p. 7390.

non pas s'opposer frontalement au droit à l'oubli, mais simplement restreindre sa portée en excluant son application quand un article fait l'objet d'un archivage sur internet. Permettre l'anonymisation des articles archivés en ligne sur le fondement des dispositions protectrices du droit à la vie privée revient alors à reconnaître à ces dispositions « des conséquences qu'elles ne comportent pas ». Cette portée constitue une ingérence illicite dans le droit à la liberté d'expression qui reconnaît l'intérêt du public à pouvoir accéder aux archives en ligne. *In fine*, elle aboutit encore à refuser de voir dans le refus des éditeurs de faire droit à une demande d'anonymisation une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil.

- Dans chacun des deux arrêts, deux branches sont consacrées à l'exclusion de la réglementation relative aux données à caractère personnel. Ils estiment que la lecture conjointe de plusieurs dispositions de la loi du 8 décembre 1992 ne peut constituer le fondement législatif du droit à l'oubli. En outre, l'analyse de la directive 95/46/CE doit aboutir à la même conclusion (voy. *infra*).
- Le dernier argument invoqué dans les deux arrêts est tiré d'une ambiguïté dans la justification apportée par les juridictions de fond quant à l'une des interprétations évoquées ci-avant, cette ambiguïté équivalant à une absence de motif.

En ce qui concerne le fondement législatif du droit à l'oubli, il est intéressant de souligner plus précisément les développements de la Cour de cassation. Dans son arrêt du 29 avril 2016, tout en validant le raisonnement tenu par les juridictions de fond, la Cour confirme que « [l]e droit au respect de la vie privée, garanti par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 22 de la Constitution, qui [...] comporte le droit à l'oubli permettant à une personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit de s'opposer dans certaines circonstances à ce que son passé judiciaire soit rappelé au public à l'occasion d'une nouvelle divulgation des faits, peut justifier une ingérence dans le droit à la liberté d'expression ». Dans son arrêt du 8 novembre 2018, elle confirme que le droit au respect de la vie privée comporte le droit à l'oubli qui peut être revendiqué non seulement par une personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit, mais aussi par une personne « impliquée dans l'instruction ou l'information suivie du chef de pareille infraction, ou citée dans le cadre de celle-ci ». Dans ses deux arrêts, la Cour de cassation confirme donc le fondement de ce droit à

l'oubli et estime par conséquent, certes indirectement, que la combinaison de ces dispositions protectrices de ce droit fondamental et l'article 1382 du Code civil permet d'agir devant les juridictions civiles pour obtenir réparation d'un préjudice subi à la suite d'une atteinte fautive à ce droit fondamental.

Il est intéressant de mettre en perspective ces arrêts avec une décision rendue par la Cour de cassation française en date du 12 mai 2016¹²⁸⁹. *A priori*, les affaires portent sur la même problématique, à savoir ce « droit à l'oubli »¹²⁹⁰. Et pourtant, à lire les deux décisions, l'impression première qui s'en dégage est une opposition totale : en Belgique, le droit à l'oubli serait validé, en France, il semblerait rejeté par la jurisprudence. En réalité, l'arrêt de la Cour de cassation belge se prononce sur l'existence d'un droit à l'oubli, entendu comme une composante du droit à la protection de la vie privée, tandis que la Cour de cassation française s'est prononcée sur ce droit à l'oubli en tant que partie intégrante de la réglementation en matière de protection des données personnelles¹²⁹¹. Cet angle différent justifie les résultats opposés.

b) Des apparences d'oubli dans la jurisprudence relative à la vie privée en ligne

244. - L'oubli consacré implicitement. Certaines décisions, sans consacrer pleinement le droit à l'oubli, semblent y faire référence peut-être sans que les juridictions ne s'en rendent tout à fait compte.

Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles rend le 25 juin 2002¹²⁹² un jugement dans une affaire relative aux décès de deux enfants d'un para-commando belge. L'article est diffusé initialement en version papier. Il relate la procédure judiciaire encore pendante à l'encontre du para-commando, alors suspecté d'avoir assassiné ses deux enfants. Le conseil de guerre établit l'assassinat, cette condamnation ayant été réformée par la Cour militaire, l'affaire ayant ensuite été portée devant la Cour de cassation. Au moment où le

¹²⁸⁹ Cass. fr.(ch. civ. 1), 12 mai 2016, n° 15.17729. Voy. les développements proposés *infra*.

¹²⁹⁰ Pour un commentaire de ces deux affaires, voy. M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », note sous Cass., 29 avril 2016 et Cass. fr. (ch. civ. 1), 12 mai 2016, *A&M*, 2016/5-6, pp. 453 à 459.

¹²⁹¹ Pour une courte comparaison des deux arrêts, voy. T. LÉONARD, « Droit à l'oubli numérique : Belgique et France n'ont pas la même sensibilité », *L'Echo*, 6 juillet 2016, disponible sur le site www.lecho.be.

¹²⁹² Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 25 juin 2002, *A&M*, 2004/4, p. 367.

jugement du 25 juin 2002 est adopté, la Cour de cassation n'a pas encore rendu son arrêt. Le para-commando agit devant les juridictions civiles, considérant que plusieurs fautes ont été commises tant par le journaliste que par l'éditeur. Outre les développements intéressants relatifs aux fautes extracontractuelles, la décision se penche sur « [l]'accès à l'article litigieux ». Le demandeur « souhaite la condamnation des défendeurs à prendre toutes les mesures afin que l'article en cause ne puisse être consulté », visant sans doute la version internet de l'écrit. Le tribunal refuse de faire droit à cette demande, l'estimant prématurée. Il indique à cet égard qu'« [a]ttendu qu'il convient de rechercher un équilibre entre d'une part, le droit à l'information et le droit à la liberté d'expression, et d'autre part, le droit à l'honneur et à la réputation des personnes ; [q]ue, dans la mesure où, au terme de la procédure pénale, le demandeur serait reconnu coupable des faits dont question dans l'article litigieux, en interdire l'accès constituerait une mesure disproportionnée par rapport à la nécessité de protéger le droit à l'honneur et à la réputation ». Cette action vise concrètement à restreindre le préjudice futur que pourrait subir le plaignant du fait de l'accessibilité de l'article litigieux. Il est donc bien question d'une application du droit à l'oubli. Le jugement semble, au regard de ce qui est développé ci-après, tout à fait cohérent, faisant primer l'actualité – en l'espèce judiciaire – sur le droit à la vie privée, entendu dans sa dimension de protection de l'honneur et de la réputation.

La procédure judiciaire menée par le para-commando se poursuit. La Cour de cassation ayant cassé l'arrêt rendu par la Cour militaire, cette dernière, autrement composée, a rendu un nouvel arrêt acquittant dorénavant le plaignant du chef d'assassinat tout en le condamnant pour homicide involontaire sur la personne de ses deux enfants. Le para-commando relance alors l'action civile à l'encontre de l'article décrit précédemment. Le Tribunal de première instance de Bruxelles rend une nouvelle décision le 2 décembre 2003¹²⁹³. Sur la demande de suppression de l'article litigieux, le jugement précise que « l'article serait encore accessible au public via les archives informatiques consultables sur le site Internet du journal *Le Soir* ». Les défendeurs à la cause, afin de répondre à cette requête, propose l'insertion, dans les archives numériques, d'« un renvoi à la publication de l'article paru [...] et intitulé "Olivier P[...] n'a pas assassiné ses enfants" », faisant référence à la couverture médiatique du nouvel arrêt de la cour militaire. Les juges bruxellois répondent cependant « qu'il n'appartient pas au tribunal de céans de refaire l'histoire et de faire disparaître l'article litigieux des archives – de papier ou informatiques – du journal *Le Soir* ».

¹²⁹³ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 décembre 2003, A&M, 2004/4, p. 372.

Les décisions traduisent une opposition entre une volonté de se faire oublier et celle d'informer le public sur des affaires judiciaires. Dans le cadre d'une action en responsabilité civile, des droits fondamentaux sont analysés pour permettre de vérifier s'il y a existence d'une faute et, si tel est le cas, de déterminer le meilleur moyen de réparer l'éventuel préjudice causé.

c) L'oubli dans les médias traditionnels

245. - Le droit à l'oubli consacré par la jurisprudence belge¹²⁹⁴. Dans plusieurs décisions belges relatives aux médias traditionnels (presse écrite, radio et télévision), le droit à l'oubli est clairement invoqué par la partie demanderesse et, dans certaines circonstances, reconnu par les autorités judiciaires.

La première décision explicite date du 17 novembre 1997. Le Tribunal civil de Namur s'est positionné quant à l'existence d'un droit au silence et à l'oubli, selon l'expression reprise dans les mots-clés de la décision¹²⁹⁵. Le litige porte sur la publication, dans le journal *Vers l'Avenir*, d'un article relatif au décès d'une personne à la suite d'un accident de la route. L'action est portée devant les juridictions belges par les parents, frères et sœurs et grands-parents de la victime dès lors que l'article ne se limite pas à reprendre les circonstances de l'accident ainsi que l'identité de la victime. Le journaliste fait en effet écho à condamnation de la victime avec ces mots : « [i]l venait d'entrer dans l'actualité judiciaire il y a tout juste un mois. Le 10 janvier, il avait en effet été condamné [...] à deux ans de prison avec sursis, pour ce qui excède dix mois, pour avoir trempé dans un trafic de voiture volées et pour consommation de stupéfiants. Le jeune wavrien travaillait depuis quelque temps dans une société de placement de systèmes d'alarme sur les véhicules. Il s'était en quelque sorte

¹²⁹⁴ Outre les références citées, voy. encore corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 20 mai 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 325 (il est indiqué dans le rappel des faits que le plaignant a invoqué à plusieurs reprises son droit à l'oubli à l'égard d'articles à son égard, les prévenus considérant la prérogative « incompatible avec le droit à l'information » ; le droit à l'oubli n'est pas davantage analysé dans la décision) ; C.E., 21 décembre 2009, n° 195.165, *J.-P. Reamaekers c. Etat belge* (le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent suite à une demande visant notamment à ce que « les articles de presse ne mentionnent plus son nom et qu'il ait droit à l'oubli ») ; civ. Namur (2^{ème} ch., réf.), 11 septembre 2001, *A&M*, 2001/4, p. 489 (à propos de la diffusion d'une liste de présumés pédophiles, les demandeurs invoquent leur présomption d'innocence et leur droit à l'oubli) ; civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *A&M*, 2000/1, p. 108 (l'ordonnance porte sur l'interdiction de diffusion d'un livre, les demandeurs évoquant le droit à l'oubli, l'ordonnance le refusant dès lors que « les procédures en question sont toujours pendantes).

¹²⁹⁵ Civ. Namur (1^{ère} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998/18, p. 781, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse ».

reconverti dans l'antivol ». Il est d'ores et déjà intéressant de souligner le fait qu'en l'espèce, c'est bien le droit à l'oubli d'une personne décédée qui est invoqué, le tribunal considérant que les liens familiaux « impliquent l'existence d'une affection familiale qui suffit, à elle seule, à justifier l'intérêt légitime qu'ont les parties demanderesses à agir, dès lors qu'elles estiment qu'il a été porté atteinte au droit au silence et à l'oubli de leur proche, expression de son droit au respect de la vie privée, dont réparation de la violation peut être poursuivie par les membres de la famille de l'intéressé, dans la mesure où ils peuvent s'estimer atteints, à travers le disparu ». A propos du droit à l'oubli, la décision est intéressante. Elle précise que le droit à la vie privée « comprend, pour une personne condamnée judiciairement, un réel droit à l'oubli, qui découle tant de l'article 22 de la Constitution que de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'article 19 du Pacte international relatif au droit civils et politiques ». Le juge constate que le journaliste a commis une faute en rappelant inopportunément l'ancienne condamnation et le condamne à réparer le préjudice moral subi. On peut déjà indiquer ici que le délai entre la première divulgation et le rappel est extrêmement court, ce qui détonne au regard des autres procédures relatives au droit à l'oubli. En effet, l'écoulement d'un certain laps de temps paraît être un élément important pour que le droit à l'oubli puisse être invoqué. A défaut d'un temps suffisamment important, l'oubli d'informations pourrait être refusé¹²⁹⁶.

Une autre affaire concerne la chaîne de télévision locale *Canal Zoom*. Le Tribunal de première instance de Namur, le 27 septembre 1999¹²⁹⁷, se penche sur une émission de télévision intitulée « 10 ans déjà » qui relate notamment des vols commis dix années avant la diffusion dudit reportage, reprenant le nom du voleur à plusieurs reprises mais ne diffusant pas son portrait. Le voleur, plaignant dans le cas d'espèce, a été condamné en 1989 par le Tribunal correctionnel de Namur pour avoir dérobé dans un presbytère des chandeliers et des tapisseries. Le reportage fait en outre mention d'un vol pour lequel il n'a pas été condamné, laissant toutefois entendre le contraire. Le tribunal namurois, dans son raisonnement, reprend mot pour mot le développement et la définition proposés dans son jugement précité du 17 novembre 1997. En l'espèce, le droit à l'oubli prévaut sur la liberté d'expression, la télévision locale étant condamnée au paiement d'un euro au titre de dommage et intérêt moral.

¹²⁹⁶ Sur l'écoulement du temps, voy. *infra*.

¹²⁹⁷ Civ. Namur (1^{ère} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000/4, p. 471.

A propos d'un article de presse papier, le Tribunal de première instance de Bruxelles soutient, dans un jugement du 7 octobre 2002¹²⁹⁸, qu'« [é]tant donné le fait que le rappel de ce passé reste dans le cadre de l'article sur la procédure de désignation et de nomination d'un nouveau commissaire de police, il n'est pas prouvé que cette information a été diffusée dans un but vexatoire. En outre, les demandeurs n'ont jamais été cités nommément, alors que ces faits étaient connus. Dans ces circonstances, il ne peut donc être retenu aucune faute dans le chef des journalistes »¹²⁹⁹. En l'espèce, le journaliste fait état que ledit fonctionnaire de police a été récemment poursuivi et condamné pour faux en écriture, ainsi que poursuivi et acquitté pour un viol commis durant ses heures de travail. Il a ensuite bénéficié d'une réhabilitation. Bernard Mouffe commente cette affaire en précisant qu'« on considérera plutôt que le droit à l'information du public justifiera une diffusion ou rediffusion d'images ou de faits judiciaires (la justice est rendue *en public*) dès lors que les nécessités de l'information, de l'actualité ou de l'histoire le requièrent »¹³⁰⁰.

Le 25 mars 2014, le Tribunal de première instance de Bruxelles constate l'absence de réunion des conditions d'application du droit à l'oubli¹³⁰¹. L'affaire concerne la diffusion d'un article dans le journal *La Dernière Heure – Les Sports*, accompagné de photos à propos d'une personnalité publique dans le milieu social et politique bruxellois. L'écrit relate les soupçons quant au fait que cette personnalité aurait contracté un mariage blanc avec une femme. D'autres articles sur ce même sujet sont publiés. Le couple, demandeur à la cause, invoque son droit au respect de la vie privée. L'article paraît deux années et demie après la célébration dudit mariage, laps de temps sur lequel les demandeurs se fondent pour revendiquer une violation de leur droit à l'oubli en ce que l'article « révélerait des éléments d'une procédure menée à leur encontre qui n'est plus d'actualité ». La juridiction bruxelloise indique que « [l]e droit à l'oubli, création jurisprudentielle fondée sur le droit au respect de la vie privée, est lié à la "redivulcation (par la presse) du passé judiciaire d'une personne. (...) Cette remise en lumière de faits anciens, pour être caractérisée de fautive, doit être appréciée au regard des circonstances dans lesquelles

¹²⁹⁸ Civ. Bruxelles (21^{ème} ch.), 7 octobre 2001, A&M, 2003/1, p. 80 (sommaire).

¹²⁹⁹ Le sommaire de la décision indique encore que « [l]e fait que l'intéressé ait été réhabilité n'entraîne pas que les faits judiciairement établis doivent être considérés comme inexistant. Le demandeur ne prouve d'ailleurs pas que les journalistes connaissaient ou auraient dû connaître cette réhabilitation, étant donné qu'ils n'ont pas un droit d'accès au casier judiciaire (ni aux suppressions ou mentions annexes à celui-ci) de toutes les personnes dont ils font mention ». A propos de la réhabilitation, et notamment de son impact pour la presse, voy. *supra*.

¹³⁰⁰ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 172, n° 179. Voy. en outre civ. Bruxelles (réf.), 29 février 2008, A&M, 2008/4, p. 327 ; J.T., 2008, p. 349 ; J.L.M.B., 2008, p. 806. L'ordonnance évoque la diffusion d'images d'archives, justifiées cependant par l'actualité.

¹³⁰¹ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 25 mars 2014, A&M, 2014/5, p. 419.

l'information est diffusée (y a-t-il toujours un intérêt contemporain à la divulgation de cette information, cette information contribue-t-elle au débat d'intérêt général[,], cette information a-t-elle un caractère historique, etc. ?) »¹³⁰². Soutenant l'existence de trois conditions pour que ce droit puisse être appliqué, le tribunal conclut à l'absence de deux d'entre elles : les plaignants « n'ont pas été condamnés judiciairement pour les faits qu'ils invoquent, lesquels n'ont d'ailleurs pas été, d'après les éléments soumis au tribunal, précédemment divulgués ». Et d'ajouter que « [c]'est donc à tort que les demandeurs invoquent qu'un supposé droit à l'oubli serait violé ». L'on constate, dans cette dernière formule, toute la réserve du tribunal, évoquant le « supposé » droit à l'oubli, ne le reconnaissant pas dès lors qu'il le restreint au seul oubli judiciaire.

d) Le droit à l'oubli dans les litiges relatifs au droit à l'image

246. - Oubli et droit à l'image : la jurisprudence belge. Il est intéressant de citer deux affaires qui, sans invoquer directement l'oubli d'informations, s'en rapprochent fortement. Elles ne s'appuient pas directement sur le droit à la vie privée *sensu stricto* mais sur l'une de ses composantes, le droit à l'image.

Dans la première affaire¹³⁰³, un détenu de la prison de Louvain se plaignait que, dans un musée bruxellois, l'on pût admirer son buste en cire. Le musée était en réalité un avatar de « Musée Grévin » implanté en Belgique¹³⁰⁴. Ce qui lui valut le privilège de se retrouver dans une salle dédiée aux criminels de ce musée était un cambriolage d'une bijouterie commis en 1884 avec l'assassinat de sa gardienne¹³⁰⁵. Le butin était évalué à 50 000 francs, une somme non négligeable à l'époque. La requête visant à supprimer ce buste fut adressée au procureur général. L'objectif de cette demande consistait à « pouvoir réintégrer la société le plus discrètement possible » et « que sa renommée tombe un jour dans l'oubli »¹³⁰⁶. Jérôme de Brouwer, qui raconte cette histoire dans le *Journal des Tribunaux*, pose la question qui résume à elle seule les enjeux du droit à l'oubli d'informations journalistiques : « [m]ais pourquoi

¹³⁰² La décision fait référence à E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, pp. 77 et s.

¹³⁰³ Cette première affaire est rapportée par J. DE BROUWER, « Détenus et droit à l'image : les criminels au musée Grévin », *J.T.*, 2007, p. 286.

¹³⁰⁴ Il s'agit du musée Castan, implanté alors dans le Passage du Nord à Bruxelles.

¹³⁰⁵ Cet assassinat et ce vol ont été commis à l'aide d'un complice. Les deux malfrats ont été surnommés les « étrangleurs de Paris ».

¹³⁰⁶ J. DE BROUWER, « Détenus et droit à l'image : les criminels au musée Grévin », *op. cit.*, p. 286.

fallait-il donc que le musée [...] assure [audit prisonnier] le privilège de la discrétion, alors que la presse, dix ans plus tôt, l'avait à jamais sorti de l'ombre ? »¹³⁰⁷.

L'auteur relate ensuite la seconde affaire, elle-aussi ancienne, puisque la décision rendue date de 1881. Il concernait non pas la personne condamnée mais sa fille qui agissait en justice devant le Tribunal de commerce de Bruxelles afin, à nouveau, que le buste de son père ne fût plus exposé dans ce même musée. Criminel de renom, son père était l'un des protagonistes d'une affaire qui avait été médiatisée comme étant « le crime de la rue de la Loi ». L'objectif de la demande de la fille de ce criminel était le même que dans l'affaire précédente. Elle considérait en effet que son père « aurait eu le droit incontestable d'interdire l'exhibition de son portrait », et qu'elle avait par conséquent « le même droit dans toute sa plénitude »¹³⁰⁸.

L'issue des deux procédures judiciaires relatées est la même : dans la première, l'on précise au criminel que seuls les tribunaux civils étaient compétents (et non les juridictions pénales), dans la seconde, un déclinatoire de compétence est soulevé, excluant la compétence du Tribunal de commerce¹³⁰⁹. Les affaires n'ont pas été plus loin.

D'autres décisions belges dans lesquelles le droit à l'oubli est revendiqué à travers l'invocation du droit à l'image sont plus explicites¹³¹⁰. Les demanderesses s'opposent à ce qu'un film revienne sur des faits anciens relatant des procédures judiciaires ainsi que des condamnations. Tel est le cas dans une ordonnance du 21 décembre 1995 rendue par le président de la Cour d'appel de Bruxelles¹³¹¹. Il s'agit en réalité d'une étape dans l'affaire dite « Meurtre aux champs », du nom d'un reportage réalisé par Manu Bonmariage dans le cadre de l'émission « Strip-Tease »¹³¹². Ledit épisode devait être diffusé le 3 mai 1995, diffusion qui a cependant été interdite provisoirement par une ordonnance du 3 mai 1995 jusqu'à ce qu'une juridiction se soit prononcée sur le fond ou qu'une autorisation expresse soit donnée par le requérant après le visionnage complet du film. Appel a donc été intenté par la RTBF contre cette décision. Outre

¹³⁰⁷ *Ibidem*.

¹³⁰⁸ Comm. Bruxelles (1^{ère} ch.), 27 septembre 1888, *J.T.*, 1888, col. 1131. Notez que Jérôme de Brouwer réfère maladroitement la décision à la colonne 388.

¹³⁰⁹ Comm. Bruxelles (1^{ère} ch.), 27 septembre 1888, *J.T.*, 1888, col. 1131.

¹³¹⁰ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, coll. Création Information Communication, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 210, n° 124-9.

¹³¹¹ Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47. L'ordonnance rendue en première instance le 3 mai 1995 n'a pas été publiée.

¹³¹² Le droit à l'image n'est pas la seule prérogative juridique invoquée dans cette affaire.

le fait qu'il s'agisse d'une mesure *a priori* à l'encontre de la diffusion de ce reportage¹³¹³, l'affaire porte aussi sur le droit à l'oubli du demandeur initial. Celui-ci, agriculteur, se plaint que le film évoque une affaire judiciaire dans laquelle il est impliqué et qui concerne le décès d'un autre agriculteur. Condamné en 1994 pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, l'agriculteur est incarcéré au moment même où le reportage doit être diffusé. Préalablement à l'action judiciaire, il prend contact avec la RTBF pour s'opposer à cette diffusion, sans succès. Quant au réalisateur du film, il justifie son œuvre en précisant que le « film ne cherche en aucune façon à déterminer les responsabilités des uns ou des autres » et qu'il « vise uniquement à relater une atmosphère et au-delà de l'affaire criminelle, à illustrer le malaise d'un certain monde paysan et leurs difficultés à l'aube du XXI^e siècle »¹³¹⁴. La Cour d'appel déboute la RTBF, appelante. Elle souligne notamment « [q]ue s'il est admis qu'un individu ne pourra s'opposer à la reproduction de ses traits, chaque fois que la scène qui le représente s'intègre à l'actualité, il ne paraît pas à ce point évident qu'il en irait de même pour des personnes qui, comme les intimés, ne sont pas des personnages publics, mais de simples particuliers qui se sont trouvés le temps du procès sous les projecteurs de l'actualité, ce qui justifiait la reprise de son image dans les médias de l'époque ». Elle poursuit en soulignant que les faits n'ont plus aucune valeur d'actualité. Enfin, la juridiction affirme qu'« il ne paraît pas aussi évident que le soutient l'appelante que le “droit au remords et à l'oubli” ne soit pas consacré légalement ; [q]u'en effet, le droit au respect de la vie privée, tel que consacré par les articles 22 de la Constitution, 8 de la C.E.D.H. et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...], en raison de la référence faite à l'épanouissement de la personnalité, peut être considéré comme étant le droit consistant à assurer à l'individu, dont la vie n'est pas consacrée à une activité publique que, le secret et la tranquillité sans lesquels le libre développement de sa personnalité serait entravé ».

Suite à cette décision, la RTBF modifie le film qui prend désormais le nom de « Peur sur les champs », supprimant le prénom du plaignant, modifiant sa voix et masquant son visage. A nouveau, le Tribunal de première instance de Bruxelles interdit, en référé, sa diffusion aussi longtemps qu'une décision au fond n'a pas été prise dans cette affaire¹³¹⁵. Le 30 juin 1997, le Tribunal de première instance se prononce sur le fond de l'affaire. Il propose de larges

¹³¹³ Une telle mesure n'est aujourd'hui plus envisageable, dans l'état actuel de la législation belge en la matière. Voy. notamment à ce sujet Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06.

¹³¹⁴ Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 48.

¹³¹⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 18 septembre 1996, inédit, cité par civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710.

développements relatifs au droit au remords et à l'oubli, ceux-ci devant permettre le secret et la tranquillité sans lesquels le libre développement de la personnalité serait entravé, ce dernier étant une composante du droit à la vie privée. Le tribunal prend appui, à défaut de décisions belges en la matière, sur un arrêt de la Cour de cassation française du 20 novembre 1990 ainsi que sur le célèbre arrêt *Lebach* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹³¹⁶. Même si la Cour de cassation française rejette le droit à l'oubli, le tribunal souligne qu'elle a en réalité considéré qu'en l'espèce, le requérant ne pouvait s'en prévaloir. Cela étant, cela « ne signifie nullement que ce droit n'existe *pas* », « l'arrêt précité n'a[yant] donc pas exclu l'existence d'un droit à l'oubli mais en a précisé les conditions d'application ». Ce raisonnement pouvant donc lui permettre de transposer l'enseignement de l'arrêt français en Belgique. Le tribunal reconnaît encore l'existence d'une telle prérogative notamment en droit pénal. Et de conclure que « sans que l'on puisse dire que le droit à l'oubli existe de manière autonome, ce droit est indiscutablement une modalité du droit au respect de la vie privée et existe dans cette mesure en droit positif belge ». En effet, « les dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 22 de la Constitution et 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques consacrent le respect à la vie privée, qui peut notamment être défini comme le droit de l'individu à une vie retirée et anonyme ainsi que comme le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend, avec le minimum d'ingérences extérieures ».

Le droit à l'image est encore invoqué dans une autre affaire soumise au Tribunal de première instance de Bruxelles, celui-ci ayant rendu sa décision le 20 septembre 2001¹³¹⁷. Dans le cadre du programme « Etat de choc », RTL-TV diffuse la reconstitution d'une prise d'otage menée par le plaignant et un autre détenu de la prison de Louvain. Lors d'une intervention de la gendarmerie pour mettre fin à cette prise d'otage, l'un des malfrats est tué. Le plaignant écope d'une condamnation de quinze années de travaux forcés. La reconstitution faite par la chaîne de télévision est jouée par des acteurs, introduite et commentée par le conseil du complice décédé du plaignant. Plusieurs images d'archive – 55 secondes sur un reportage de 17 minutes – sont diffusées à cette occasion. Le plaignant s'oppose à cette reconstitution en se fondant notamment sur son droit à l'image. De longs développements relatifs à ce droit sont proposés, le tribunal établissant notamment que le plaignant est à considérer comme une personne publique relative. Dans la balance des intérêts, les juges bruxellois s'interrogent sur la

¹³¹⁶ Ces deux décisions sont présentées *infra*.

¹³¹⁷ Civ. Bruxelles, (20^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *T.B.B.R.*, 2002/3, p. 162 ; *Juristenkrant*, 2001/37, pp. 11 et 6, note D. VOORHOOF, « Ook gevangene heeft recht op vergetelheid ».

resocialisation du plaignant et son intérêt à retrouver l'anonymat nécessaire à cet effet. Ils font à cet égard mention de la décision allemande *Lebach* ainsi que de la jurisprudence belge qui admet qu'une nouvelle divulgation de faits relatifs à une affaire pénale puisse aboutir à refuser l'application du droit à l'oubli¹³¹⁸. La décision ajoute que ce « recht op vergetelheid » doit être considéré comme faisant partie du droit à la vie privée, celui-ci intégrant le fait pour une personne de retrouver l'anonymat à la suite d'un procès l'ayant propulsé dans le domaine public¹³¹⁹. *In fine*, le tribunal reconnaît l'atteinte au droit à l'image du plaignant.

e) Le droit à l'oubli et le droit au repentir

247. - L'oubli à travers le droit au repentir. Enfin, des décisions jurisprudentielles, tout en prenant appui sur le droit à l'image, semblent en réalité faire écho au droit à l'oubli, les autorités judiciaires le qualifiant de droit au repentir.

La première affaire concerne les athlètes Kim Gevaert et Jonathan N'Senga qui, lors d'un stage organisé en 1999 par le Comité olympique et interfédéral belge, sont pris en photos par un photographe chargé d'une mission autour de la sélection olympique belge. Les clichés sont ensuite vendus pour être publiés dans une revue¹³²⁰. Les athlètes considèrent que leur droit de la personnalité est atteint par la diffusion et donc la commercialisation des photos, ce que le tribunal bruxellois refuse de faire valoir. Sans entrer plus largement dans les détails de cette affaire, il importe de relever les précisions apportées sur le consentement donné par les athlètes. Il est en l'espèce donné par le seul fait d'avoir participé consciemment aux séances photos organisées dans le cadre du stage. A ce propos, le consentement se doit d'être spécifique et ne peut être étendu par la suite. Cependant, le tribunal estime que l'autorisation concédée pour la couverture d'une nouvelle revue emporte celle nécessaire pour l'utilisation de l'image en question dans le cadre de la campagne de lancement de ladite revue. En revanche, le tribunal souligne qu'il existe un droit au repentir (« recht tot inkeer ») qui ne peut être invoqué que pour les publications futures. Nous aurons l'occasion de revenir sur le consentement donné dans le

¹³¹⁸ Alors que la décision est néerlandophone, c'est bien l'expression « droit à l'oubli », en français dans le texte, qui est reprise.

¹³¹⁹ Le jugement mentionne ceci : « het recht op vergetelheid [...] moet beschouwd worden als een onderdeel van het recht op privé-leven, waarin begrepen het recht van een persoon op een teruggetrokken en anoniem leven. Een persoon kan door een proces in de publieke sfeer komen, maar kan er daarna uittreden ».

¹³²⁰ Civ. Bruxelles (21^{ème} ch.), 29 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 184.

cadre du droit à l'image¹³²¹, mais l'on peut considérer que ce droit au repentir est assimilable au droit à l'oubli d'information.

Ce droit au repentir est repris dans un second jugement du 25 mai 2011 du Tribunal de première instance de Bruxelles¹³²². La demande dirigée contre la RTBF souhaite voir interdire toute nouvelle diffusion de « l'émission litigieuse sans consentement exprès des demandeurs ». Le reportage visé est intitulé « Fichu foulard » et filme plusieurs membres d'une famille. Ces derniers s'opposent préalablement à la diffusion dudit reportage, cette demande étant déclarée non fondée par une ordonnance du Tribunal de première instance de Bruxelles¹³²³. Le reportage est diffusé sur les ondes du service public. En 2007, une action est intentée contre la RTBF qui a nouvellement diffusé le reportage : les requérants souhaitent qu'à l'avenir le reportage ne puisse plus être diffusé. Le tribunal précise que « [s]i la demande doit en outre être interprétée comme l'exercice d'un droit de repentir, il convient de constater que les conditions à son exercice – telles qu'elles sont actuellement admises par la jurisprudence – ne sont pas réalisées. Le droit au repentir doit être compris comme permettant à une personne qui a été sous les feux de l'actualité d'en sortir après un certain temps [...] en raison du temps écoulé depuis les faits concernés ». La définition semble en tout point similaire avec celle de l'oubli d'informations. En l'espèce, le tribunal considère que le reportage bien que ne s'inscrivant pas dans l'actualité fait partie des sujets de société, entrant donc dans la notion d'intérêt général.

2. La jurisprudence française

248. - Introduction. Il est intéressant de proposer quelques considérations relatives aux développements jurisprudentiels français sur le droit à l'oubli. Les controverses sont plus nombreuses qu'en Belgique, la jurisprudence étant elle-aussi plus abondante.

a) La redivulgateion des faits devant la Cour de cassation française

¹³²¹ Voy. *infra*.

¹³²² Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 25 mai 2011, A&M, 2011/4-5, p. 569.

¹³²³ Civ. Bruxelles (réf.), 8 novembre 2005, A&M, 2007/1-2, p. 174.

249. - Introduction. La question de la redivulgence est abordée par de nombreuses décisions françaises¹³²⁴. Sans évoquer directement le droit à l'oubli, ces décisions sont intéressantes en ce qu'elles participent à son établissement¹³²⁵.

Longtemps, les juridictions françaises ont « considéré que l'accord donné par une personne pour la divulgation d'informations relevant de sa vie privée ne signifiait pas renonciation au droit de s'opposer à toute divulgation ultérieure »¹³²⁶. A première vue, c'est effectivement une reconnaissance d'une possibilité d'empêcher que des informations sortent de leur contexte initial et soient présentées dans un autre contexte¹³²⁷. Cela étant, les juridictions françaises paraissent admettre, au moins indirectement, de pouvoir invoquer le droit à l'oubli.

250. - La redivulgence d'image de personnalités publiques. Deux affaires sont intéressantes en ce qu'elles visent des personnalités publiques. La première concerne Gunther Sachs, un célèbre photographe. Celui-ci se plaint d'un article composé d'une « recollection de faits publiés antérieurement, avec [son] autorisation expresse ou tacite ». Le 6 janvier 1971¹³²⁸, la Cour de cassation souligne que la tolérance de Gunther Sachs « et même sa complaisance passée à l'égard de la presse ne sauraient faire présumer qu'il ait permis définitivement et sans restriction à tout périodique de rassembler et de reproduire des affirmations parues dans d'autres journaux »¹³²⁹. La Cour soutient que le consentement donné dans un contexte particulier n'est pas éternel¹³³⁰. Un deuxième arrêt concerne Charlie Chaplin et est rendu le 14 novembre 1975¹³³¹ par la Cour de cassation. L'acteur exige la réparation de son préjudice par des dommages et intérêts à la suite de la redivulgence d'un ancien article dans la presse. Pour la Cour de

¹³²⁴ Sur ce sujet, voy. encore N. MALLET-POUJOL, « Recherche et vie privée : du droit du citoyen au droit du chercheur », *Gazette des archives*, 2005/2, pp. 157 à 175. L'auteur cite d'ailleurs plusieurs décisions reprises dans les développements qui suivent.

¹³²⁵ Outre leur intérêt dans l'analyse du fondement du droit à l'oubli d'informations, ces décisions révèlent déjà l'un de ses critères clés, la nouvelle divulgation (voy. les développements proposés *infra*).

¹³²⁶ N. MALLET-POUJOL, *Protection de la vie privée et des données personnelles*, disponible à l'adresse suivante, <http://eduscol.education.fr/chrgt/guideViePrivee.pdf>, février 2004, consulté le 25 septembre 2018, p. 7, n° 14. L'auteur se réfère aux décisions suivantes : C.A. Paris, 27 janvier 1989, *J.C.P.*, 1989, II, p. 21325, note C. AGOSTINI ; C.A. Paris, 15 mai 1970, *D.*, 1970, J, p. 466.

¹³²⁷ Ces décisions visent aussi, sans doute, le fait que la diffusion d'une photo peut être monnayée, et qu'une redivulgence sans accord implique donc une absence de rétribution.

¹³²⁸ Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 6 janvier 1971, n° 69-12998, *D.*, 1971, J, p. 263, note B. EDELMAN ; *J.C.P.*, 1971, II, n° 16723, note R. LINDON. L'arrêt attaqué est le suivant, C.A. Paris, 5 mars 1969.

¹³²⁹ Dans le même sens, Eliette Abitbol écrit que « la tolérance, voire la complaisance, ne s'oppose pas à l'exercice d'une action visant de nouvelles divulgations » (E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 112). Voy. les nombreuses références proposées par l'auteur.

¹³³⁰ Sur la notion de consentement, voy. *infra*.

¹³³¹ Cass. fr., 14 novembre 1975, n° 74-11278, *D.*, jur., 1976, p. 421. L'arrêt contre lequel le pourvoi est intenté est le suivant, C.A. Paris (4^{ème} ch.), 17 décembre 1973.

cassation, « [l]es juges du fond peuvent admettre que le fait qu'une personne ait, à un certain moment, livré des renseignements relatifs à sa vie privée, n'autorise pas un périodique, sans autorisation spéciale de l'intéressé, à décider de la redivulgence de ces faits et des conditions dans lesquelles il les présente ».

251. - La redivulgence de faits judiciaires. La Cour de cassation française, le 20 novembre 1990¹³³², apporte une précision importante dans le cadre de la redivulgence d'affaires judiciaires. En réalité, elle décide de mettre fin à une jurisprudence des juridictions de fond extrêmement discordante. Elle décide de rejeter en bloc le droit à l'oubli. Elle énonce désormais que « lorsque les faits relatés dans un ouvrage et touchant à la vie privée d'une personne ont été livrés, en leur temps, à la connaissance du public par des comptes rendus de débats judiciaires parus dans la presse locale et ont été, ainsi, licitement révélés, ils échappent à la vie privée de cette personne et elle ne peut se prévaloir d'un droit à l'oubli pour empêcher qu'il en soit, de nouveau, fait état ».

Guillaume Lécuyer souligne le caractère « parfaitement original » d'un raisonnement qui consiste « simplement à considérer qu'un fait, une fois parvenu au public par des voies autorisées, devient de libre parcours »¹³³³. Il poursuit en s'interrogeant sur le droit à l'oubli : « [à] la vérité, la résolution du problème est obscurcie lorsqu'elle est abordée sous l'angle d'un prétendu droit à l'oubli, au point que l'on peut se demander si ce nouveau "droit à" n'œuvre pas à contre-courant de l'objectif recherché. La question n'est pas de rechercher un nouveau fondement permettant de réintroduire dans le domaine du secret une information qui en avait été extirpée en toute licéité. Elle est plus exactement de savoir dans quelle mesure est licite l'exception au secret. La réponse se trouve dans l'exercice du contrôle de nécessité. Ce dernier conduit à n'accorder de justification qu'à la condition qu'existe et perdure un lien entre un objectif d'intérêt supérieur et l'expression considérée »¹³³⁴. Autrement dit, la Cour de cassation ne rejette pas totalement le droit à l'oubli : elle ne fait que rejeter l'idée d'un potentiel fondement particulier, tout en admettant qu'à travers la protection du droit à la vie privée et la mise en œuvre d'une balance des intérêts, l'équivalent d'un droit à l'oubli puisse être reconnu. Roseline Letteron paraît elle-aussi nuancer les nombreux commentaires voyant dans cet arrêt un refus catégorique du droit à l'oubli. Elle indique que sa lecture attentive « permet de nuancer

¹³³² Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 20 novembre 1990, n° 89-12580, *J.C.P.*, 1992, II, n° 21.908, note J. RAVANAS.

¹³³³ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 440, n° 365.

¹³³⁴ *Ibidem*.

ces commentaires [...] En effet, le juge suprême prend soin de mentionner qu'en l'espèce les faits étaient relatés avec objectivité et sans intention de nuire, et qu'ils avaient déjà été livrés à la connaissance du public »¹³³⁵. Enfin, dans la même optique, Julien Le Clainche considère qu'il n'est pas question d'enterrer le droit à l'oubli. Celui-ci est applicable si deux conditions sont réunies : « [d]'une part, les faits ne devraient pas avoir été révélés au public [;] d'autre part, ils devraient être relatés avec un manque d'objectivité caractérisé ou avec l'intention de nuire. [...] Si les faits rapportés doivent avoir été déjà divulgués ils doivent aussi présenter un lien avec l'actualité »¹³³⁶. Et de conclure que « [l]e droit d'être oublié existerait donc en droit français par le truchement du droit de la presse qui en aurait dégagé les contours »¹³³⁷.

Certes, il ne s'agit pas encore du droit à l'oubli tel qu'envisagé dans la présente thèse. Cela étant, ces enseignements confortent le raisonnement pour trois raisons. Premièrement, alors que l'on pensait que la Cour de cassation française refusait depuis cet arrêt du 20 novembre 1990 purement et simplement le droit à l'oubli, l'on constate qu'une lecture attentive de l'arrêt permet aux commentateurs d'arriver à une position intermédiaire visant à admettre l'oubli moyennant certaines conditions. Deuxièmement, les développements proposés inscrivent le droit à l'oubli dans la protection du droit à la vie privée, sans requérir qu'une disposition particulière soit imaginée. Troisièmement, l'oubli est mis en œuvre par application de conditions (ou critères). Autrement dit, il implique une mise en balance des intérêts en jeu.

b) Le droit à l'oubli consacré par la protection du droit à la vie privée

252. - Le droit à l'oubli consacré dans la jurisprudence relative à la vie privée. La prétention n'est pas de proposer une revue de jurisprudence complète relative au droit à l'oubli tel que consacré à travers le droit à la vie privée. Tout au plus, quelques décisions intéressantes seront mises en exergue.

La première est ancienne puisqu'elle date de 1936. La Cour d'appel de Paris octroie des dommages et intérêts pour la réparation d'un préjudice moral résultant « du rappel dans un roman d'un souvenir malheureux, tout en écartant – c'est là l'essentiel – la possibilité d'une

¹³³⁵ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, pp. 412 et 413.

¹³³⁶ J. LE CLAINCHE, « L'adaptation du "droit à l'oubli" au contexte numérique », *op. cit.*, p. 45.

¹³³⁷ *Ibidem*.

confusion par les tiers »¹³³⁸. Dans un sens inverse, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 6 décembre 1979¹³³⁹, refuse d'ordonner la saisie d'un livre écrit par un criminel, sa maîtresse ayant allégué qu'elle entendait "faire consacrer et protéger son désir d'éviter le rappel d'une portion de sa vie et son souci de consolider une réinsertion devenue 'exemplaire'". En effet, dit le tribunal, "ce désir et ce souci, parfaitement légitimes en soi, ne sauraient constituer un 'droit à l'oubli' qui ne serait réalisé par la voie judiciaire, qu'au prix d'une atteinte majeure et définitive au principe de la liberté de la presse et à la nécessaire protection d'une œuvre de l'esprit..." ; et le tribunal conclut que "seul l'écoulement du temps est susceptible de faire aboutir" cette demande [...]. On voit que les tribunaux refusaient tout net d'affecter l'objectivité de la redivulgence par la prise en compte d'un "droit", qu'il s'agit d'un droit à l'oubli, au silence ou à la douleur »¹³⁴⁰. Bernard Edelman, évoquant cette décision dans l'une de ses notes, ajoute que « [l]e droit de créer est l'autre face du droit à l'information, et l'on voit ici l'extrême exactitude de la pensée du tribunal de Paris qui, repoussant l'hypothèse d'un "droit à l'oubli", remarquait qu'il ne serait réalisé "qu'au prix d'une atteinte majeure et définitive au principe de la liberté de la presse et à la nécessaire protection d'une œuvre de l'esprit" »¹³⁴¹.

Ces premières décisions sont intéressantes. Le droit à l'oubli n'y est pas clairement exposé. Cela étant, il fait partie intégrante du raisonnement proposé¹³⁴². Les commentateurs ont clairement soutenu qu'il s'agissait de problématique relative au droit à la vie privée, dans sa dimension de droit à l'oubli. D'autres décisions sont plus claires. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris, dans une décision du 20 avril 1983¹³⁴³ indiquent « [a]ttendu que toute personne qui a été mêlée à des événements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli » ; que le rappel de ces événements et du rôle qu'elle a pu y jouer est illégitime s'il n'est pas fondé sur les nécessités de l'histoire ou s'il peut être de nature à blesser sa sensibilité ». Le tribunal ajoute que « ce droit à l'oubli qui s'impose à tous, y compris aux journalistes, doit également profiter à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer ». Il y a là une confirmation du droit à l'oubli, ainsi qu'une consécration claire. En 1997, la Cour d'appel de Montpellier consent à ce que « le fait de rappeler l'ancienne

¹³³⁸ C.A. Paris, 24 avril 1936, *D.H.*, 1936, p. 319 ; *S.*, 1936, 2, p. 214, la référence étant citée par E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 112

¹³³⁹ T.G.I. Paris, 6 décembre 1979, *D.*, 1980, p. 150, note R. LINDON.

¹³⁴⁰ B. EDELMAN, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 222.

¹³⁴¹ *Ibidem*, p. 224.

¹³⁴² L'on déduit peut-être cette référence implicite du fait de l'étude proposée à ce sujet et de l'importance donnée aux formes d'oubli juridique aujourd'hui.

¹³⁴³ T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *M. c. Filipacchi et Cogedipresse*, *J.C.P.*, 1983, II, p. 20434, note R. LINDON.

condamnation d'une personne, alors que celle-ci, ayant purgé sa peine, avait fait savoir qu'elle aspirait à la tranquillité, est fautif et gratuit dès lors que ce rappel ne répond à aucune nécessité d'ordre éthique, historique et scientifique »¹³⁴⁴. Autrement dit, elle reconnaît le droit à l'oubli lorsque qu'il est invoqué pour des informations judiciaires.

Les fondements d'un éventuel droit à l'oubli peuvent encore être trouvés dans quelques décisions éparses. Une décision rendue par le Tribunal de grande instance de Nanterre a, par exemple, rejeté une demande visant à interdire l'utilisation d'une ancienne photo prise lors d'une manifestation dans le cadre des événements de mai 1968. Trente ans après ces derniers, cette photo est en effet toujours utilisée par certains médias. La décision est intéressante en ce qu'elle applique certains critères analysés dans le cadre de la mise en œuvre du droit à l'oubli (voy. *infra*)¹³⁴⁵. Elle indique que « [t]oute personne a sur son image un droit exclusif et absolu et peut s'opposer à son utilisation sans son autorisation, sauf si elle est justifiée par la relation d'un événement d'actualité ou de l'histoire auquel elle a participé »¹³⁴⁶. Le tribunal justifie ce refus par le fait que la photo est devenue l'un des symboles forts de ces événements, qu'elle « appartient désormais à l'histoire de notre pays et est régulièrement publiée depuis trente ans »¹³⁴⁷, sans doute sans que la personne photographiée ne s'en plaigne. Deux autres décisions relatives au rappel de fait dans les médias traditionnels et rendues par la Cour d'appel de Paris peuvent être mentionnées. Dans un arrêt du 13 septembre 2000¹³⁴⁸, la juridiction précise que « dès lors qu'il n'était pas avéré qu'un roman à paraître relatait “des faits autres que ceux déjà licitement révélés à l'audience publique de la cour d'assises devant laquelle le demandeur a comparu”, celui-ci ne pouvait obtenir en référé communication du manuscrit litigieux »¹³⁴⁹. Dans une décision du 15 septembre 2000, « [e]n revanche, c'est le plus naturellement du monde qu'un arrêt de la même cour [d'appel de Paris], mais d'une autre chambre, rendu le 15 septembre 2000 après, s'est fondé sur le droit à l'oubli pour réparer le préjudice d'une femme

¹³⁴⁴ C.A. Montpellier, 8 avril 1997, *Légipresse*, 1998/151, I, p. 51. Pour certains, cet arrêt s'oppose à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1990. Rappelons toutefois qu'une interprétation plus fine de ce dernier arrêt aboutit à ne pas refuser catégoriquement le droit à l'oubli. Dès lors, la Cour d'appel de Montpellier adopte un raisonnement qui n'est pas, en soi, en opposition à cette décision de la plus haute juridiction judiciaire française.

¹³⁴⁵ Elle est encore intéressante compte tenu du fait qu'elle n'est pas liée à une question relative au passé judiciaire.

¹³⁴⁶ T.G.I. Nanterre, 9 juin 1998, *Légipresse*, 1999/161, I, p. 51, cité par M. T. FEYDEAU, A. LACABARATS, « Images d'actualité et protection de la personnalité : le point de la jurisprudence », *Légicom*, 1999/4, p. 80.

¹³⁴⁷ M. T. FEYDEAU, A. LACABARATS, « Images d'actualité et protection de la personnalité : le point de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 80.

¹³⁴⁸ C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 24, note M.-L. RASSAT, C. CARON, « Une personne en instance de jugement ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un roman inspiré de son histoire ». La décision fait encore l'objet d'un sommaire et un commentaire : voy. *D.*, 2001, p. 2079. La décision de première instance est la suivante, T.G.I. Paris (ord. réf.), 16 août 2000.

¹³⁴⁹ A. LEPAGE, note sous C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 2079.

résultant du rappel, plus de quinze ans après, des circonstances troubles du meurtre de son mari et des soupçons qui s'étaient alors portés sur elle »¹³⁵⁰. Agathe Lepage s'étonne de la différence de traitement entre les deux affaires, lors même que la Cour d'appel de Paris se prononce pour ces deux cas à deux jours d'intervalle¹³⁵¹.

c) Le droit à l'oubli d'informations archivées

253. - Le droit à l'oubli et les archives dans la jurisprudence française. Trois affaires permettent d'illustrer le raisonnement tenu par les juridictions françaises lorsqu'est invoqué, directement ou non, le droit à l'oubli pour des informations archivées.

La première affaire concerne une ordonnance en référé du 8 janvier 2016 prise par le Tribunal de grande instance de Paris relative à l'anonymisation d'archives en ligne. Dans l'affaire en cause, le demandeur est condamné en 2004 par une cour d'assises pour des faits de violence avec une arme ayant entraîné une infirmité permanente. L'article en ligne indique notamment que huit mois après les faits ayant abouti à la condamnation du plaignant, celui-ci a participé à un jeu télévisé, violant une interdiction qui lui avait été faite dans le cadre de la procédure judiciaire. Outre la demande d'anonymisation, sont aussi exigées par le requérant des modifications de l'article en ligne, celui-ci indiquant que le demandeur est poursuivi pour tentative de meurtre et non pour des faits de violence. Cette modification faite, l'éditeur refuse d'aller plus loin et de donner droit à l'anonymisation. L'ordonnance s'intéresse alors au « trouble manifestement illicite et l'atteinte à la vie privée » protégée par l'article 9 du Code civil français. Il est à noter que l'action est introduite sur fondement de l'article 38 de la loi Informatiques et Libertés du 6 janvier 1978 qui consacre le droit de s'opposer au traitement de données. Paradoxalement, ce droit ne fait l'objet d'aucune analyse et application dans la décision, seul l'article 9 du Code civil est visé. Le Tribunal de grande instance précise qu'« [à] titre liminaire, il convient de relever que la question de savoir si la mention du nom et du prénom d'une personne dans un article de presse constitue une atteinte au droit au respect de l'intimité de sa vie privée dépend étroitement du contexte dans lequel elle a été effectuée ». L'ordonnance ajoute que le demandeur a été poursuivi et condamné et que, dans ce cadre, son identité a été révélée licitement au public. De même, elle ne remet pas en cause la légalité de l'article diffusé

¹³⁵⁰ *Ibidem*.

¹³⁵¹ *Ibidem*.

et aboutit à considérer qu'il n'y a aucune atteinte au droit à la vie privée. L'ordonnance n'aborde donc nullement la question du droit à l'oubli. Or, l'argument aurait peut-être permis au plaignant de voir sa requête aboutir, quoique le délai entre la diffusion initiale sur internet et l'action judiciaire soit peu important.

Le droit à l'oubli est en revanche bien revendiqué par une personne accusée de viol. En 2011 est publié sur le site internet d'un quotidien français un article relatif à cette accusation. Un non-lieu est toutefois prononcé et la version en ligne du journal publie, en 2014, un nouvel article en ce sens. Préalablement, la personne avait requis de la part de l'éditeur du site web l'insertion d'un droit de réponse. Estimant que la mise à jour de l'article proposée par le site internet n'est pas satisfaisante, il assigne l'éditeur en justice en se fondant notamment sur le droit à la protection de la vie privée, le droit à l'oubli et la protection des données à caractère personnel. Le 23 mars 2015, en référé, le Tribunal de grande instance de Paris rend son ordonnance sans prendre appui sur le droit à l'oubli¹³⁵². Seules les dispositions visant la protection du droit à la vie privée et celles visant la protection des données à caractère personnel sont analysées puisque selon le tribunal, la demande principale porte sur la désindexation des articles litigieux, et la demande subsidiaire sur leur anonymisation. Le tribunal soutient que l'article litigieux relate « une procédure pénale – enquête et instruction – répondant à un intérêt légitime tant en ce que l'information portait sur le fonctionnement de la justice et le traitement des affaires d'atteintes graves aux personnes qu'en ce qu'elle visait une personne exerçant une profession faisant appel au public et encadrant une activité proposée notamment à des enfants ». Il ajoute que « le traitement des données litigieuses est manifestement nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime de l'éditeur de l'organe de presse ». Sans que cela soit extrêmement clair, il semble qu'il soit ici faire référence à la finalité de journalisme qui permet de faire exception aux dispositions protectrices des données personnelles. Quant à l'anonymisation, constatant l'absence de trouble manifestement illicite établi, elle est rejetée par le tribunal qui conclut que « si l'article en cause ne comportait pas le nom de l'intéressé, il ne pourrait répondre à l'objectif d'information qui le justifie, et l'actualisation de l'information initiale donnée en 2011 ne serait pas efficacement réalisée ». Bien que le droit à l'oubli ait été invoqué par le demandeur, l'ordonnance semble ne pas prendre en compte la temporalité particulière de cette prérogative, se limitant à analyser l'article au moment de sa diffusion initiale.

¹³⁵² T.G.I. Paris (réf.), 23 mars 2015, *M.P. c. 20 Minutes France*, disponible sur www.legalis.net, consulté le 7 novembre 2016.

Enfin le 14 février 2018, le Tribunal de grande instance de Paris fait droit à l'oubli revendiqué par une personne condamnée pour fraude fiscale, vente de produits prohibés et exercice illégal de la pharmacie¹³⁵³. Ces différentes condamnations sont reprises sur une page internet. Invoquant l'article 9 du Code civil français et l'article 8 de la Convention européenne, le demandeur considère que ces écrits numériques portent atteinte à son droit à la vie privée et requiert le retrait des informations litigieuses. A la différence de la jurisprudence précédente, la réglementation relative à la protection de la vie privée n'est pas invoquée. L'ordonnance prend notamment appui sur la délibération de la CNIL du 29 novembre portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données et jurisprudence, la commission française souhaitant que « les éditeurs de bases de données de décisions de justice librement accessibles sur des sites internet s'abstiennent, dans le souci du respect de la vie privée des personnes physiques concernées et de l'indispensable "droit à l'oubli", d'y faire figurer le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins »¹³⁵⁴. Le tribunal de grande instance parisien écrit que la vie privée doit permettre de fixer soi-même « ce qui peut être divulgué par voie de presse », tout en admettant que cette prérogative doit se concilier avec la liberté d'expression. Il ajoute que « [s]i, en principe, les condamnations prononcées par les juridictions pénales qui sont rendues publiquement échappent de ce fait à la sphère protégée de la vie privée, c'est à la condition que ce rappel ne soit pas fait avec malveillance et réponde aux nécessités de la liberté d'expression ». En l'espèce, il considère que la levée de l'anonymat relatif à des affaires judiciaires anciennes ne participe ni à l'actualité ni à l'intérêt général. Dès lors, le rappel est mu « par une certaine malveillance ».

d) Le droit à l'oubli face aux œuvres cinématographiques

254. - Introduction. Plusieurs décisions de juridictions françaises concernent des adaptations cinématographiques. Elles posent notamment la question de l'oubli de ces informations qui sont, pour la plupart, d'ordre judiciaire.

255. - L'affaire Landru. Ainsi, le Tribunal de grande instance de la Seine s'est prononcé, le 14 octobre 1965, sur une action introduite par une ancienne maîtresse d'Henri Désiré Landru,

¹³⁵³ T.G.I. Paris (17^{ème} ch., presse-civile), 14 février 2018, disponible sur le site www.legalis.net (consulté le 27 septembre 2018).

¹³⁵⁴ Sur cette recommandation, voy. *supra*.

criminel français bien connu, contre un film de Claude Chabrol¹³⁵⁵. L'œuvre diffusée en 1963 est biographique : elle retrace l'histoire « du tueur séducteur de femme riches et esseulées »¹³⁵⁶. Le juge rejette l'action de la demanderesse, refusant de donner raison à ce qu'il dénomme « la prescription du silence » dès lors que « le film se limitait à évoquer des faits qu[e la requérante] avait relatés dans ses mémoires et qui, en outre, figuraient dans des chroniques judiciaires publiques »¹³⁵⁷. Le raisonnement est ensuite confirmé par la Cour d'appel de Paris, en date du 15 mars 1967 qui considère que les faits avaient déjà été « légalement » diffusés et que le procès du criminel français avaient été l'un des « plus sensationnels du siècle »¹³⁵⁸. Pour Roseline Letteron, l'expression « prescription du silence » n'est pas « satisfaisante car l'idée de prescription implique une automaticité absente d'un contentieux où le juge apprécie le bien-fondé de la requête, au cas par cas, en fonction des intérêts en cause »¹³⁵⁹.

256. - L'affaire du « pull-over rouge ». Le film « Le pull-over rouge » a été quant à lui au centre d'une affaire judiciaire, qui s'est clôturée par un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1980. Le film relate les circonstances ainsi que le procès, médiatisé à l'époque, d'une personne ayant enlevé et assassiné une jeune fille de huit ans. Pour ces faits, l'homme est condamné à mort par la cour d'assise d'Aix-en-Provence le 2 juin 1974. L'affaire fait premièrement l'objet d'un ouvrage paru en 1978 sous le titre « Le pull-over rouge », ce titre étant ensuite repris pour le film diffusé en 1979. Les parents de la victime intentent alors une action sur la base de l'article 9 du Code civil français¹³⁶⁰. La Cour d'appel de Paris se prononce le 9 novembre 1979 en faveur de la suppression de quatre séquences de l'œuvre cinématographique¹³⁶¹. La Cour d'appel évoque des événements tragiques « encore trop récents » pour les parents qui aspirent à conserver l'intimité de leur vie privée. Bien que l'on puisse y voir une évocation du droit à l'oubli, la Cour d'appel de Paris fait choix de fonder l'action sur le droit à la vie privée, dès lors que le délai entre la mort de leur enfant et la

¹³⁵⁵ T.G.I. Seine, 14 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, n° 14482, note LYON-CAEN, *erratum*, n° 14496.

¹³⁵⁶ J. LE CLAINCHE, « L'adaptation du "droit à l'oubli" au contexte numérique », *op. cit.*, pp. 44 et 45.

¹³⁵⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹³⁵⁸ C.A. Paris, 15 mars 1967, *J.C.P.*, 1967, II, 20434, note R. LINDON.

¹³⁵⁹ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 411.

¹³⁶⁰ Dans sa note, Eliette Abitbol s'interroge sur la possibilité d'invoquer l'article 1382 du Code civil. Elle répond à cette question comme suit : « [e]ncore faut-il relever l'existence d'une faute. Certains peuvent la voir dans la transposition trop rapide d'un drame à l'écran, soulignée par les juges successifs, ou plus largement dans son évocation du vivant des personnes qui l'ont vécu. C'est encore peut-être par excès de réalisme que les auteurs u film on péchés. Une fois de plus se pose le problème des limites qu'il conviendrait éventuellement de fixer à la liberté de création » (E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 112). Sur les relations entre création et oubli, voy. encore T.G.I. (réf.) Paris, 26 juillet 2013, *Légipresse*, 2013/311, p. 684, note A. BREGOU, « Les libertés d'information et de création artistique sacrifiées au profit d'un 'droit à l'oubli' ».

¹³⁶¹ C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 109, note E. ABITBOL.

procédure judiciaire qui s'en est suivie est encore trop proche, impliquant la nécessité de voir l'intimité familiale être protégée. Cela étant, cette proximité aurait pu aboutir à ce que la cour d'appel statue différemment en estimant que l'actualité permette de justifier la diffusion. Sans doute la cour n'a-t-elle pas adopté ce raisonnement compte tenu du type d'œuvre en cause (un film) et sa dimension divertissante. La Cour de cassation rend son arrêt le 3 décembre 1980, cassant la décision de la Cour d'appel en considérant que « les juges du second degré n'ont pas donné de base légale à leur décision »¹³⁶².

Commentant la décision de la Cour de cassation, Bernard Edelman débute sa note non seulement en établissant un lien entre cette affaire et le droit à l'oubli, mais aussi – et surtout – en s'opposant frontalement audit droit. Il précise que « [d]ésormais, les droits de l'histoire et de l'information seront respectés. On ne lira plus de ces décisions insolites qui permettaient à une personne de s'opposer à la *redivulcation* de faits relatifs à sa vie privée, soit parce que la revue qui les republiait ne lui convenait pas [...], soit parce qu'on la faisait apparaître sous un jour défavorable [...]. La [...] Cour de cassation a rétabli les choses et remis de l'ordre dans le désordre. Si des faits relatifs à la vie privée sont devenus publics, ils n'appartiennent plus à leur titulaire, quelle que soit la nature de cette publicité. L'historien peut s'en emparer, le journaliste les publier sans crainte, le créateur en faire la matière d'une œuvre de l'esprit, sans qu'on puisse leur opposer un fantasque droit au silence ou à l'oubli »¹³⁶³. L'auteur, faisant écho à la jurisprudence préalable à l'arrêt du 3 décembre 1980, ajoute que « si une personne ne pouvait s'opposer, en principe, à la redivulcation de sa vie privée, c'était à la *condition* qu'elle fût représentée, dans son passé, avec honneur, discrétion et respect. Autrement dit, la *moralité* servait de garde-fou à la redivulcation »¹³⁶⁴.

257. - L'affaire du « Fait d'Hiver ». Enfin, le film « Fait d'Hiver » datant de 1998 relate un fait divers qui s'est déroulé trente ans auparavant : un homme se retranche dans une ferme avec ses trois enfants pour contraindre son épouse à reprendre une vie commune, l'une des filles réussissant cependant à s'échapper. Après quinze jours, la gendarmerie intervient, l'homme tue

¹³⁶² Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 221, note B. EDELMAN ; *Gaz. Pal.*, 1981, p. 289, note E. ABITBOL. Sur cette affaire, voy. encore C.A. Paris (1^{ère} ch.), 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 185, note R. LINDON.

¹³⁶³ B. EDELMAN, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 221. L'auteur fait référence à deux arrêts de la Cour de cassation : Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 14 novembre 1975, *D.*, 1976, p. 421, note B. EDELMAN ; Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 6 janvier 1971, n° 69-12998, *D.*, 1971, J, p. 263, note B. EDELMAN ; *J.C.P.*, 1971, II, n° 16723, note R. LINDON).

¹³⁶⁴ B. Edelman, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 222. Voy. aussi les références proposées par cet auteur.

l'un des gendarmes ainsi que ses deux enfants, puis se suicide. A la sortie du film relatant ces événements, la survivante estime que l'œuvre cinématographique porte atteinte à sa vie privée, invoquant l'article 9 du Code civil. La Cour d'appel rend sa décision le 14 novembre 2002. Elle estime « qu'une telle divulgation, en elle-même licite, pour se rapporter à des faits rendus publics, constituait une immixtion dans le for intérieur [de la survivante] et s'analysait en un rappel de faits et situations qui, pour lointains et anciens qu'ils soient, n'en demeuraient pas moins irrésistibles et traumatisants, et que leur évocation constituait une ingérence dans le patrimoine de ses souvenirs constitutifs de sa vie et, partant, de sa personnalité »¹³⁶⁵. La Cour de cassation réfute le raisonnement de la Cour d'appel : « en statuant ainsi, alors que la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect de la vie privée, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹³⁶⁶.

Les décisions proposées semblent refuser généralement la protection du droit à la vie privée ou, plus précisément du droit à l'oubli qui semble soutenir les différentes requêtes. Ce refus s'explique cependant par l'appartenance de ces faits judiciaires aussi tragiques soient-ils à l'histoire judiciaire française. Il s'agit là d'un élément important entrant, on le verra, dans la balance des intérêts devant être mise en œuvre pour l'application du droit à l'oubli d'informations.

3. La jurisprudence allemande

258. - L'arrêt Lebach. C'est en 1973, par un arrêt Lebach¹³⁶⁷, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) entame sa jurisprudence visant à déterminer les liens entre la liberté d'expression d'une part, et les droits de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*) d'autre part¹³⁶⁸. L'affaire concerne un compte rendu judiciaire à propos d'une affaire pénale. Pour la Cour, la balance des intérêts doit pencher du côté de la liberté de radiodiffusion plutôt que celui de la protection des droits de la personnalité lorsque l'intérêt de l'actualité, et donc de l'information, prévaut. Mais, ce principe n'est pas absolu. En effet, les

¹³⁶⁵ Le contenu de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris est repris dans l'arrêt de la Cour de cassation française.

¹³⁶⁶ Cass. fr. (ch. civ.), 3 juin 2004, n° 03-11533.

¹³⁶⁷ *Bundesverfassungsgericht*, 5 juin 1973, *BVerfGE*, 35, 202, 232, cité par F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », *J.T.*, 1996, p. 43, n° 10, note 17. L'arrêt prend le nom du lieu où a été commis le meurtre de quatre soldats intervenu en 1969.

¹³⁶⁸ Pour de plus amples développements sur cet arrêt, voy. *infra*, la partie relative aux personnes condamnées ou l'ayant été.

juges allemands soutiennent que la liberté d'expression doit être limitée lorsque la diffusion compromet la resocialisation et la réinsertion de la personne condamnée, faisant par conséquent prévaloir les droits de la personnalité, lorsque celle-ci n'est plus mue par le souci d'informer le public. Autrement dit, la Cour rejette « les comptes-rendus illimités dans le temps, au nom du principe général de la personnalité »¹³⁶⁹. On ne peut s'empêcher d'y voir la même justification que celle qui est généralement invoquée lorsque l'oubli d'informations journalistiques est requis.

259. - La jurisprudence après l'arrêt Lebach. Cet arrêt Lebach a été suivi par une jurisprudence allemande foisonnante¹³⁷⁰. En 1997, il jugé qu'une émission évoquant précisément le meurtre des soldats de Lebach porte atteinte aux droits de la personnalité des meurtriers alors même qu'ils ne sont pas identifiables dans l'émission. Les deux juridictions se prononçant dans cette affaire tiennent cependant compte du fait que le requérant allait être prochainement libéré et du fait que les personnes connaissant son identité allaient être « une nouvelle fois rappelées à la brutalité des faits »¹³⁷¹. Un an après cette décision et dans des circonstances factuelles identique, un autre tribunal prend une décision opposée, « dans la mesure où le genre retenu était celui du film policier et non du documentaire, et où beaucoup de temps s'étant écoulé depuis les faits, les téléspectateurs ne se préoccuperaient plus d'identifier l'auteur »¹³⁷². Ces deux affaires ont abouti devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, le 25 novembre 1999, lève l'interdiction de diffusion des films. Elle soutient que les droits de la personnalité ne peuvent « conduire un criminel ayant purgé sa peine à revendiquer le droit de ne plus être confronté à ses actes à travers les médias. Elle fonde cette affirmation sur le fait que seules les personnes connaissant les auteurs du crime et leurs complices sont en mesure d'identifier les personnages centraux du reportage. La cour avance également que, dans ces circonstances, le droit à la réinsertion sociale garanti par le droit général de la personnalité n'est en rien menacé, étant donné le temps écoulé entre la diffusion et les faits. [...] Elle considère, enfin, que le fait d'interdire la diffusion serait une grave intrusion

¹³⁶⁹ W. SCHNUR, « La diffusion d'un téléfilm peut-elle porter atteinte au droit général de la personnalité ? », note sous Landgericht Mainz, 23 décembre 1997, 1 O 531/96, et Oberlandesgericht Saarbrücken, 14 janvier 1998, 1 U 785/97-155, www.merlin.obs.coe.int, consulté le 28 mai 2018. Dans le même sens, voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., pp. 440 et 441, n° 379.

¹³⁷⁰ Outre les références citées ci-après, voy. aussi quelques références proposées par F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », op. cit., p. 43, n° 10.

¹³⁷¹ W. SCHNUR, « La diffusion d'un téléfilm peut-elle porter atteinte au droit général de la personnalité ? », op. cit. Jugement du tribunal régional de Mayence du 23 Décembre 1997, Az. 1 O 531//96 ; Jugement du tribunal régional supérieur de Sarrebruck du 14 janvier 1998, Az. U 785/97-155.

¹³⁷² W. SCHNUR, « La diffusion d'un téléfilm peut-elle porter atteinte au droit général de la personnalité ? », op. cit.

dans la programmation de la chaîne et empêcherait par ailleurs d'aborder, par le biais d'un film, la question du crime et de l'environnement social à la lumière de faits réels »¹³⁷³.

En 2016, le Tribunal régional (*Landgericht*) d'Aix-la-Chapelle admet qu'un film relatif à une prise d'otage puisse être tourné. Tout en reconnaissant que les droits de la personnalité du preneur d'otage – et meurtrier – entrent en jeu, le tribunal affirme que le danger lié à sa resocialisation est secondaire par rapport aux libertés d'expression et de création artistique¹³⁷⁴.

260. - Droit à l'oubli et environnement numérique. En ce qui concerne les archives électroniques, la Cour fédérale de justice rend un arrêt le 1^{er} février 2011 relatif à diffusion d'un article sur un portail d'actualité portant sur des faits criminels. L'article reprend le nom des personnes condamnées et est accessible par le biais d'une recherche sur ledit portail. Pour la Cour fédérale, le droit à l'information justifie une telle publication, au détriment de la réinsertion sociale des personnes visées. Celle qui avait intenté l'action avait en outre bénéficié d'une libération conditionnelle, ce qui n'a donc pas joué davantage en sa faveur, celle-ci suscitant un regain d'intérêt¹³⁷⁵. En 2015, l'Oberlandesgericht (Tribunal régional supérieur) de Hambourg fait droit à la demande initialement refusée par le Landgericht (Tribunal régional) visant à modifier des articles archivés afin que leur accessibilité à partir des nom et prénom du demandeur soit restreinte¹³⁷⁶. S'appuyant sur une disposition du Code civil visant à protéger les droits de la personnalité, le tribunal estime que le maintien en ligne des archives non anonymisées est susceptible d'« affecter durablement sa réputation dans l'opinion publique. Cette atteinte est d'autant plus grave que l'intérêt public n'entre plus en ligne de compte dans la même mesure qu'initialement »¹³⁷⁷. En revanche, le « tribunal régional supérieur de Hamm en Allemagne [...] considère que la plateforme *Youtube* n'est pas tenue de supprimer des vidéos qui permettent

¹³⁷³ W. SCHNUR, « La Cour Constitutionnelle Fédérale lève des interdictions de diffusion fondées sur l'atteinte au droit général de la personnalité », note sous Bundesverfassungsgericht, 25 mai 1999, 1 BvR 348/98, consulté le 28 mai 2018.

¹³⁷⁴ I. BECKENDORF, « Autorisation de tournage d'une fiction inspirée d'une prise d'otages, malgré les droits de la personnalité du preneur d'otage », note sous Landgericht Aachen, 24 mai 2016, 8 O 168/16, www.merlin.obs.coe.int, consulté le 28 mai 2018.

¹³⁷⁵ Bundesgerichtshof, 1^{er} février 2011, VI ZR 345/09, cité par B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 173, n° 181, note 875, et par J. VAN DEN BRINK, C. WILDEMAN, « Kroniek Persrecht 2009-2010 », *Mediaforum*, 2011/5, pp. 140 et 141. Outre cette décision, voy. Bundesgerichtshof, 20 avril 2010, VI ZR 245/08 et 246/08 ; Bundesgerichtshof, 9 février 2010, VI ZR 243/08 et 244/08 ; Bundesgerichtshof, 15 décembre 2009, VI ZR 227/08 et 228/08 ; Bundesgerichtshof, 10 novembre 2009, VI ZR 217/08. Ces décisions sont citées et brièvement explicitées par M. Leta Jones, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, op. cit., pp. 33 et 34.

¹³⁷⁶ Oberlandesgerichts Hamburg, 7 juillet 2015, Az. 7 U 29/12, dont le résumé est proposé par T. RAAB, « DE-Allemagne : le "droit à l'oubli" est applicable a fortiori à l'encontre de l'opérateur d'une archive en ligne », *IRIS*, 2015/10, disponible sur le site <http://merlin.obs.coe.int>.

¹³⁷⁷ *Ibidem*.

d'identifier une personne qui avait provoqué un accident mortel de la circulation en 2008. Ce dernier avait été condamné notamment à une peine de prison d'un an avec sursis en 2009. Le tribunal considère en effet que, compte tenu des circonstances dramatiques de l'accident, de la qualité de coupable du demandeur, de la position exercée par lui (diplomate allemand vivant en Russie, où s'est produit l'accident), il s'agit d'un événement de l'histoire contemporaine et que le demandeur devait accepter que l'opinion publique débatte du délit qu'il avait commis. Pour le tribunal, au moment du téléchargement des documents audiovisuels, en 2010, l'accident faisait partie de l'actualité, pour laquelle le droit du public à l'information est prioritaire et rien ne justifie aujourd'hui leur suppression, d'autant plus que le demandeur a changé de nom et d'adresse »¹³⁷⁸.

C. L'oubli dans la « jurisprudence » déontologie journalistique

261. - La « jurisprudence » du Conseil de déontologie journalistique. En Belgique, le Conseil de déontologie journalistique a traité en 2016 deux plaintes dans lesquelles le droit à l'oubli relatif au passé judiciaire de Mohamed Abdeslam (deux de ses frères étant impliqués dans des attentats terroristes) est invoqué. Dans la première affaire¹³⁷⁹, il s'agit d'une séquence dans le journal télévisé de la RTBF, dans la seconde¹³⁸⁰ d'un article en version papier et diffusé en ligne sur le même sujet. Les fondements déontologiques de la plainte sont l'atteinte aux droits des personnes, l'atteinte à la vie privée et la stigmatisation d'une communauté, ces éléments étant repris dans le Code de déontologie journalistique. Le plaignant – qui n'est donc pas la personne pour qui le droit à l'oubli est invoqué – considère qu'« [é]voquer ces faits anciens porte atteinte au droit à l'oubli de cette personne qui a été jugée et a assumé sa peine ». Il ajoute que « l'ancienne condamnation de M. M. Abdeslam n'est pas d'intérêt général, qu'elle ne porte pas sur une question d'intérêt public et qu'elle n'a rien à voir avec les faits de terrorisme commis par ses frères. Le caractère public d'un personnage ne justifie pas non plus d'aller fouiller dans sa vie privée ». Enfin, le plaignant invoque le laps de temps intervenu entre la divulgation initiale et son rappel, soit onze années, ce « critère “temps” [devant] être pris en considération pour évaluer si le rappel des faits sert l'intérêt général ».

¹³⁷⁸ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 185, n° 108-30, note 787-1 ; Oberlandesgerichts Hamburg, 23 septembre 2013.

¹³⁷⁹ Conseil de déontologie journalistique, 11 mai 2016, plainte 16-06, *P. Giet c. RTBF (radio, TV, internet)*.

¹³⁸⁰ Conseil de déontologie journalistique, 11 mai 2016, plainte 16-07, *P. Giet c. M. Ka, La Dernière Heure*.

Dans ces deux décisions, le Conseil de déontologie tient un raisonnement identique. Il débute en constatant que « [l]e droit à l'oubli n'est pas mentionné comme tel dans le Code de déontologie ». Cela étant, « [l]orsqu'une affaire passée revient dans l'actualité en lien avec des faits nouveaux, ce rappel s'évalue au regard du droit à l'information et des conditions habituelles qui le justifient : intérêt public de l'information, qualité de la personne en jeu (personne publique ou personne privée) ». En l'espèce, le frère de deux personnes impliquées dans des attentats terroristes doit être considéré comme un personnage public. Cela étant, cette qualification ne justifie pas « toute diffusion d'informations relatives à sa vie privée, en ce compris une condamnation ancienne depuis laquelle la personne a pu s'amender. Le rappel de tels faits s'apprécie dès lors au regard de l'intérêt général, c'est-à-dire de la plus-value que l'information apporte au public en vue de l'éclairer sur les enjeux de société ». Les avis du Conseil aboutissent tous deux à considérer la plainte non fondée et par conséquent à justifier la diffusion de ces informations non seulement en raison du lien familial étroit existant entre la personne visée et des potentiels terroristes, mais aussi parce que l'affaire judiciaire rappelée œuvre toujours dans l'actualité dès lors que des victimes passées ont réagi en indiquant qu'elles n'ont pas été indemnisées.

262. - La « jurisprudence » du Raad voor de journalistiek. Le Raad voor de journalistiek a rendu deux décisions relatives au droit à l'oubli¹³⁸¹, s'appuyant sur la directive relative à l'identification dans un contexte judiciaire¹³⁸². Celles-ci ont été présentées ci-avant, à la suite de l'analyse de la directive (voy. *supra*).

La « jurisprudence » du Conseil suisse de la presse. En Suisse, plusieurs prises de positions ont été adoptées par le Conseil de la presse et portent sur le droit à l'oubli.

Dans l'une d'elles, des précisions intéressantes sont apportées¹³⁸³. Dans le cadre d'un battage médiatique important autour d'un soupçon de pédophilie à l'encontre d'un prêtre suisse,

¹³⁸¹ Raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Nieuwsblad et Cédric Lagast, Geert Neyt et Steven De Bock* ; raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Laatste Nieuws, Karen Sleurs et Edwin Verhoeven*.

¹³⁸² Raad voor de Journalistiek, richtlijn over identificatie in een gerechtelijke context, 15 avril 2010.

¹³⁸³ Voy. les autres prises de position dans lesquelles le droit à l'oubli (ou *recht auf vergessen*) est souvent cité mais peu développé : Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2018, *Privatsphäre, Menschenwürde* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 39/2017 du 20 novembre 2017, *Wahrheitspflicht, Unterschlagen wichtiger Informationen, Privatsphäre, Opferschutz, Menschenwürde* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2017 du 20 octobre 2017, *Identifizierung* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 10/2015

celui-ci s'étant donné la mort ne supportant plus cette pression médiatique, le Conseil suisse de la presse s'est interrogé sur l'existence d'un droit à l'oubli à son profit, droit que n'aurait pas respecté la presse¹³⁸⁴. En effet, la plainte dont l'écclésiastique avait fait l'objet s'était soldée par un non-lieu, les faits étant prescrits. Le Conseil précise que « [l]également, le “droit à l'oubli” n'est pas consacré dans la loi ou dans un code. Il est né de la jurisprudence, plus particulièrement dans le contexte des condamnations et des peines. Par “droit à l'oubli” ou “prescription du silence”, on entend que les personnes poursuivies ou condamnées ont le droit d'être “laissées en paix” par les médias après un certain temps. Actuellement la notion du “droit à l'oubli” connaît un regain d'actualité en raison de son lien avec la protection des données. Cela concerne en particulier les archives électroniques des médias » (point 2.b), de la prise de position). L'avis rappelle cependant le caractère non absolu du droit à l'oubli. Il « trouve sa justification dans le but de la resocialisation. Mais il ne couvre pas le passé de personnes publiques, pour autant que ce passé soit incompatible avec la fonction exercée. Pour Franz Riklin [...], le droit du public d'être informé cède le pas, avec le temps, à la protection de la personnalité. L'auteur estime en particulier qu'un compte-rendu tardif n'est pas admissible quand il entraîne de nouvelles difficultés pour la réinsertion sociale du condamné. Selon Christian Brückner [...], la peine pénale fait partie de la sphère privée du condamné. Un rappel, même s'il correspond à la vérité, est contraire au droit s'il n'est pas légitimé par ailleurs » (point 2.b), de la prise de position). Dans ses conclusions, le Conseil suisse de la presse rappelle le caractère non absolu du droit à l'oubli, les médias étant « légitimés à ne pas le respecter pour autant qu'un intérêt public prépondérant l'exige et que le principe de la proportionnalité soit respecté. Ce peut être en particulier le cas quand il y a une relation entre une affaire passée et l'activité sociale ou professionnelle présente de la personne ».

du 23 avril 2015, *Wahrheitspflicht, Quellenbearbeitung, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sperrfristen, Unschuldsvermutung, Recht auf Vergessen* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 43/2013 du 21 août 2013, *Identifizierung, Privatsphäre* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 41/2013, *Wahrheits- und Berichtigungspflicht, Entstellung von Informationen, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 25/2013 du 8 mai 2013, *Wahrheit, Entstellung von Informationen, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 61/2012 du 13 septembre 2012, *Wahrheit, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Identifizierung, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 29/2011, *Berichtigung, Gegendarstellung, Nachträgliche Anonymisierung in Online-Medien und digitalen Archiven* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 5/2009 du 15 janvier 2009, *Recht auf Vergessen, Anhörung bei schweren Vorwürfen* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 56/2007 du 14 décembre 2007, *Unterschlagung wichtiger Informationen, Respektierung der Menschenwürde, Namensnennung* ; Conseil suisse de la presse, prise de position n° 42/2000 du 2 novembre 2000, *Privatsphäre Prominenter, Entstellung von Tatsachen, Fairness*.

¹³⁸⁴ Conseil suisse de la presse, prise de position n° 22/2008 du 21 mai 2008, *Suicide d'un prêtre, traitement des affaires de prêtres pédophiles, droit à l'oubli*.

Chapitre 2. Le droit à l'oubli dans la réglementation visant à protéger des données personnelles : un fondement *a priori* exclu ?

263. - L'arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014. La Cour de justice de l'Union européenne apporte elle aussi sa pierre à l'édification du droit à l'oubli journalistique sur les fondations du droit au respect de la vie privée. En effet, l'arrêt rendu le 13 mai 2014 dans la célèbre affaire *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*¹³⁸⁵ évoque la responsabilité de l'éditeur d'un site web. La Cour de justice rappelle l'existence, à l'article 9 de la directive 95/46/CE, de dérogations pour les traitements effectués « aux seules fins de journalisme », cette disposition ayant été remplacée par l'article 85 du règlement européen désormais applicable (voy. *supra*). La Cour souligne qu'un traitement justifié par une telle finalité implique que la revendication et l'application de certains droits sont exclues à l'égard de l'éditeur d'une page web (§ 85). Il s'agit notamment des dispositions sur lesquelles la Cour s'est appuyée pour consacrer le droit au déréférencement à l'encontre des moteurs de recherche¹³⁸⁶.

La Cour affirme qu'un traitement effectué par un exploitant d'un moteur de recherche dans le cadre d'une requête effectuée en ligne par un internaute n'est pas un traitement effectué « aux seules fins de journalisme ». Ce constat, elle ne le fait toutefois qu'à demi-mot. En effet, elle précise que « le traitement par l'éditeur d'une page web, consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique, peut, le cas échéant, être effectué “aux seules fins de journalisme” et ainsi bénéficier, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci, tandis que tel *n'apparaît pas être le cas* s'agissant du traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche » (§ 85, nous soulignons). La formule ne paraît pas totalement précise, la Cour n'affirmant pas clairement l'exclusion des moteurs de recherche.

¹³⁸⁵ C.J.U.E., 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*. L'affaire a été abondamment commentée (voy. *supra/infra*).

¹³⁸⁶ L'article 12, b) de la directive 95/46/CE (devenu l'article 17 du règlement 2016/679) et l'article 14, al. 1^{er}, a) de la directive 95/46/CE (devenu l'article 21 du règlement 2016/679).

264. - Le cas jurisprudentiel belge¹³⁸⁷. Le 9 octobre 2012¹³⁸⁸, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles rend une ordonnance relative à une demande de retrait de l'identité d'une personne dont les nom et prénom apparaissaient dans un article relatant des condamnations judiciaires antérieures à 2004, pour des faits datant des années nonante, voire avant. Le demandeur invoque son droit à l'oubli, celui-ci ne faisant toutefois l'objet d'aucun développement dans l'ordonnance. En effet, la demande de retrait prend pour fondement législatif la réglementation belge relative à la protection des données à caractère personnel, soit la loi du 8 décembre 1992 – à l'époque en vigueur – relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹³⁸⁹. L'application de ce texte est rapidement confirmée par l'ordonnance, le président du tribunal estimant qu'il y a bien un traitement de données : des archives en ligne comprenant des noms et prénoms de personnes, rendues disponibles grâce aux moteurs de recherche, constituent un traitement, en l'espèce automatisé. Le fait que les données aient déjà fait l'objet d'une publication préalable par d'autres médias n'a aucune incidence sur l'application de la loi. L'ordonnance confirme ainsi le raisonnement tenu par la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 16 décembre 2008, dans lequel la juridiction européenne énonce 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 »¹³⁹⁰ 95/46/CE relative au traitement des données à caractère personnel.

Pour le demandeur, le traitement de données personnelles le concernant est interdit dès lors qu'il s'agit d'informations relatives à des procédures et condamnations judiciaires.

¹³⁸⁷ Voy., outre la décision commentée, Bruxelles (1^{ère} ch.), 14 septembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 92. L'arrêt indique que « [l]a publication dans un hebdomadaire du nom et de l'âge de membres de la famille d'une personne décédée ne viole pas l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 à l'égard des traitements des données à caractère personnel. La publication inutile de ces données sans autorisation porte néanmoins atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées ».

¹³⁸⁸ Civ. Bruxelles (réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 267, note E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectués à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression ». La décision est en outre commentée par E. DEFREYNE, Q. VAN ENIS, « La loi belge sur la protection des données à caractère personnel et l'anonymisation des archives de presse en ligne », www.e-watchdog.overblog.com, mis en ligne le 16 novembre 2012, consulté le 21 novembre 2018.

¹³⁸⁹ 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.

Voy. l'article 14 de la loi qui organise cette procédure particulière. Voy. aussi l'article 587, 4^o du Code judiciaire. La loi a ensuite été 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.

¹³⁹⁰ C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, *R.T.D.I.*, 2010/38, p. 127, § 49, obs. C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées » (*R.T.D.I.*, 2010/38, pp. 121 à 144).

L'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 reprend en effet l'exception de l'article 8, § 5 de la directive (elle-même reprise à l'article 10 du règlement ; voy. *infra*). Cela étant, cette interdiction de principe est assortie, comme il a été souligné ci-avant, d'un certain nombre d'exceptions, parmi lesquelles le fait que le traitement soit effectué à des fins de journalisme¹³⁹¹. L'articulation de ces diverses dispositions amène le président du Tribunal de première instance à se poser la question du champ d'application de cette exception, celle-ci mettant en péril l'interdiction de traitement d'informations judiciaires ainsi que d'autres prérogatives de la réglementation sur les données à caractère personnel. Etablie dans le souci de concilier le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression, l'exception est considérée par l'Avocate générale Juliane Kokott comme permettant *in fine* de suspendre quasiment l'application de toute la directive européenne¹³⁹². Cela étant, de la compréhension de la notion de « journalisme » dépend, pour partie, la portée de plusieurs dispositions figurant dans les normes sur la protection des données à caractère personnel. Comme évoqué ci-avant (voy. *supra*), la loi belge du 8 décembre 1992 n'en dit mot. Sans doute le terme paraissait clair. Pourtant, le Conseil d'Etat avait suggéré de manière expresse, dans son avis préalable à la loi, que des précisions soient apportées à cette notion afin d'éviter tout problème ultérieur d'interprétation¹³⁹³.

Pour le président du Tribunal de première instance de Bruxelles¹³⁹⁴, la constitution d'archives en ligne participe à la finalité de journalisme, celle-ci ne se limitant « 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 ». Et de conclure que l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 ne peut dès lors trouver application en l'espèce. Le président poursuit cependant son raisonnement en s'interrogeant sur une éventuelle limite temporelle d'application de l'exception de journalisme. Dit autrement, le juge se demande si l'écoulement du temps a une influence sur le traitement des données conservées dans les archives. Dans une justification fort pragmatique, le président du Tribunal de première

¹³⁹¹ Article 3, § 3 de la loi ; article 9 de la directive 95/46/CE ; article 85 du règlement 2016/679.

¹³⁹² Conclusions de l'Avocate générale Juliane KOKOTT du 8 mai 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, §§ 57 et 60. Cécile de Terwangne souligne que les régimes dérogatoires transposés dans les pays de l'Union européenne diffèrent sensiblement (voy. C. DE TERWANGNE, « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », *op. cit.*, pp. 135 à 137).

¹³⁹³ Avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, séance du 20 mai 1998, n° 1566/1, p. 188.

¹³⁹⁴ Pour ce faire, voy. E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression », note sous civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, pp. 270 à 273.

instance de Bruxelles conclut par la négative : rien n'oblige les personnes faisant œuvre de journalisme à procéder à l'anonymisation des données à caractère personnel après un certain laps de temps.

En conclusion, le constat est clair : requérir l'anonymisation ou la pseudonymisation¹³⁹⁵ d'archives en ligne en s'adressant à l'éditeur du site web sur le fondement de la réglementation en matière de données personnelles risque de se voir opposer une fin de non-recevoir. Cet enseignement apparaît en filigrane dans l'arrêt *Google Spain* lorsque les juges européens distinguent la responsabilité de l'éditeur de celle du moteur de recherche, considérant notamment que le traitement effectué par le premier peut être justifié à des fins de journalisme¹³⁹⁶.

L'ordonnance a par la suite été confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt rendu le 21 mars 2013¹³⁹⁷. La décision confirme que l'anonymisation de données constitue une atteinte à la liberté d'expression, ce droit devant par conséquent être mis en balance avec la protection des droits à la protection de la vie privée et des données personnelles revendiqués. Elle précise notamment que « [l]e fait que les articles de presse concernent le passé et se trouvent actuellement dans un document d'archive est sans incidence ». L'appel est fondé sur l'article 15 de la loi du 8 décembre 1992 et la décision s'inscrit moins dans l'analyse de l'exception de journalisme que sur le fondement invoqué. La disposition indique que « dès réception de la demande tendant à faire rectifier, supprimer ou interdire d'utiliser ou de divulguer des données à caractère personnel ou dès la notification de l'introduction de l'instance visée à l'article 14, et jusqu'à ce qu'une décision soit coulée en force de chose jugée, le responsable du traitement doit indiquer clairement, lors de toute communication d'une donnée à caractère personnel, que celle-ci est contestée ». Pour les conseillers, l'article 15 « ne peut être considéré comme “la loi” visée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne ». En effet, « [c]ette obligation de signalement de la contestation découle de la simple existence de la contestation et est indépendante du bien fondé de celle-ci. Or, à supposer que le droit à l'oubli existe en droit positif et qu'il puisse justifier certaines ingérences dans la liberté d'expression, il convient de constater que l'article 15 de la loi de 1992 ne résout pas le conflit de valeurs et ne permet pas de trouver un équilibre entre les droits fondamentaux en

¹³⁹⁵ Le RGPD évoque en effet la pseudonymisation, et non pas l'anonymisation.

¹³⁹⁶ Voy. le § 85 de l'arrêt *Google Spain* ; voy. aussi *supra*, n° 4.

¹³⁹⁷ Bruxelles (9^{ème} ch., comme en réf.), 21 mars 2013, *A&M*, 2014/5, p. 416.

présence en fonction des circonstances, de l'importance des principes concernés et de la gravité de l'atteinte qui y est faite. Un mécanisme qui, comme l'article 15, aboutirait à donner en toute hypothèse la priorité à une simple assertion d'un droit à l'oubli est excessif et ne respecte pas l'exigence de proportionnalité. Il ne peut être soutenu que l'exigence de publication de cet avis puisse être considéré comme nécessaire dans une société démocratique en vue de protéger la vie privée, puisque, étant préalable et automatique, selon les termes de la loi, elle n'assure aucun équilibre démocratique entre les droits des parties ». Malgré une application de la loi relative à la protection des données à caractère personnel, les conseillers inscrivent leur raisonnement dans la mise en balance des intérêts. Il sera démontré ci-après (voy. *infra*) qu'alors qu'on aurait pu croire que cette réglementation aboutit à une application plus automatique, il n'est en rien : de nombreuses dispositions obligent les autorités à mettre en balance les intérêts en présence.

265. - Le cas jurisprudentiel français. En France, plusieurs décisions prises dans le contexte d'affaires similaires adoptent un raisonnement similaire à celui tenu dans l'ordonnance belge précitée. Il s'agit de deux frères ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire en 2003, celle-ci ayant toutefois été réduite à un simple blâme à la suite d'une procédure devant le Conseil d'Etat français en 2006. La décision de la juridiction administrative a fait l'objet d'un article diffusé dans la version papier du journal *Les Echos*, en 2006, l'écrit étant ensuite archivé sur le site dudit journal, en accès libre. Les plaignants constatent qu'en tapant dans le moteur de recherche du site internet leur nom, l'article précité est en tête de liste des résultats, ce qu'ils considèrent être préjudiciable à leur réputation. Ils requièrent que soit supprimé leur nom « du titre et du texte de tous les traitements automatisés du site », autrement dit l'anonymisation des articles « afin que leur noms et prénoms ne soient plus utilisés comme critères de traitement ou d'indexation du site www.lesechos.fr et qu'en conséquence, l'article des Echos ne soit plus référencé en première page de Google »¹³⁹⁸.

Concrètement, les plaignants revendiquent le respect de leur droit à l'oubli se basant sur l'article 38 de la loi française du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette disposition met en œuvre le droit de s'opposer au traitement de données à caractère personnel. Les plaignants précisent qu'ils ne souhaitent pas « la suppression d'un article de presse, ce qui porterait atteinte à la liberté de la presse, mais que leurs noms et

¹³⁹⁸ V. VARET, « E-réputation : le droit à l'oubli numérique excède les restrictions pouvant être apportées à la liberté de la presse (civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, pourvoi n° 15-17729) », disponible à l'adresse suivante, www.journaldunet.fr, mis en ligne le 14 juin 2016, consulté le 29 septembre 2018.

prénoms ne servent pas de critères de traitement ou d'indexation du site ». Ils ajoutent que « les dispositions dérogatoires prévues par l'article 67 de la loi du 6 janvier 1978, autorisant les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre “aux seules fins d'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste” [...] ne sont pas applicables en l'espèce » dès lors qu' « un système d'indexation et de recherche à partir de données nominatives, dans la base de données d'archives, est, en lui-même, sans rapport avec la liberté d'expression »¹³⁹⁹.

Ni le Tribunal de grande instance de Paris, en référé d'abord, sur le fond ensuite¹⁴⁰⁰, ni la Cour d'appel de Paris¹⁴⁰¹ ne décident de suivre l'argumentation des plaignants. La juridiction d'appel soutient que « les dispositions dérogatoires prévues par le 2° de l'article 67 de la loi du 6 janvier 1978 [...] sont applicables [...] s'agissant de l'archivage d'article de presse ». La cour d'appel poursuit en précisant qu' « imposer à un organe de presse de supprimer de son site Internet [...] soit l'information elle-même, le retrait des noms et prénoms des personnes visées [...] soit d'en restreindre l'accès en modifiant le référencement habituel, excèdent [...] les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de la presse ». Ainsi, « [l]es juges du fond ont relevé notamment que ni le titre de l'article [...] ni l'article lui-même, n'étaient tendancieux, équivoques ou fautifs ; en outre, ils ne contenaient ni exactitude, ni présentation déloyale ou partisane et aucun événement postérieur à cette publication n'en avait modifié la pertinence. Par suite, la demande de suppression du nom des intéressés au sein du traitement opéré par le site Web Les Echos était dénuée de motif légitime »¹⁴⁰². La Cour de cassation a validé les développements des juridictions de fond : « imposer à un organe de presse, soit de supprimer du site internet dédié à l'archivage de ses articles, [...] l'information elle-même contenue dans l'un de ces articles, le retrait des noms et prénom des personnes visées par la décision privant celui-ci de tout intérêt, soit d'en restreindre l'accès en modifiant la référencement habituel, excède les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de la presse »¹⁴⁰³.

Ce raisonnement est validé compte tenu du fondement législatif choisi par les demandeurs. En réalité, dans l'argumentation des demandeurs, l'on décèle une confusion entre

¹³⁹⁹ Ces extraits sont proposés par E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁰⁰ T.G.I. Paris, 9 mai 2012, n° 11/05965 ; T.G.I. Paris (réf.), 25 juin 2009, *Légipresse*, 2009/266, p. 215.

¹⁴⁰¹ C.A. Paris (pôle 2, ch. 7), 26 février 2014, n° 12/14813.

¹⁴⁰² V. VARET, « E-réputation : le droit à l'oubli numérique excède les restrictions pouvant être apportées à la liberté de la presse (civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, pourvoi n° 15-17729) », *op. cit.*

¹⁴⁰³ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 12 mai 2016, n° 15-17729. Pour un commentaire croisé avec l'arrêt de la Cour de cassation belge, voy. notamment M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, pp. 453 à 459.

la demande formulée et les moyens juridiques mis en œuvre. Les demandeurs raisonnent correctement lorsqu'ils affirment que la simple indexation n'est pas justifiée par la liberté d'expression. Cela étant, ils souhaitent obtenir l'anonymisation, en s'adressant à l'éditeur d'un site web, mais fondent leur raisonnement sur l'indexation et le préjudice qu'elle leur cause. Peut-être aurait-il fallu agir directement à l'encontre des moteurs de recherches en demandant la désindexation. Ou peut-être aurait-il fallu demander clairement l'anonymisation d'informations contenues dans des articles archivés. Cela étant, le raisonnement tenu par les juridictions françaises semble plus englobant que celui tenu par le président du Tribunal de première instance de Bruxelles. En effet, ce dernier se limite à analyser la portée de l'exception de journalisme et, constatant son interprétation large, à refuser de faire droit à une demande d'anonymisation sur le fondement de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel. Les décisions françaises inscrivent davantage leur raisonnement dans le cadre du droit à la liberté d'expression (et non la seule exception de journalisme). Toutefois, si l'on admet que l'exception de journalisme s'interprète quasiment comme équivalent à la liberté d'expression¹⁴⁰⁴, l'on trouve alors un point d'achoppement entre les deux argumentations.

Chapitre 3. Quel(s) fondement(s) pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques ?

Section 1^{ère}. Le droit au procès équitable

266. - L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme comme fondement du droit à l'oubli ? L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme porte sur le droit au procès équitable. La question de savoir s'il peut constituer un fondement pour le droit à l'oubli n'est pas dénué de sens. Dans l'affaire *G.B. c. France*¹⁴⁰⁵, la Cour se penche sur une violation potentielle de l'article 6. La requête introduite ne développe toutefois pas une argumentation relative à une violation du droit à l'oubli.

Les faits ayant abouti à cette affaire sont les suivants. Le requérant est placé en 1993 sous mandat de dépôt et inculqué pour viols et agressions sexuelles sur mineurs. Dans le cadre

¹⁴⁰⁴ Voy. *supra*.

¹⁴⁰⁵ Cour eur. D.H., 2 octobre 2001, *G.B. c. France*, req. 44069/98. Voy. aussi Cour eur. D.H. (déc.), 16 mai 2000, *G.B. c. France*, req. 44069/98.

de l'instruction de ce dossier, le requérant est soumis à des examens médicopsychologiques. En outre, plusieurs informations relatives au passé du requérant sont portées à la connaissance des médecins en charge de ces examens. Ces éléments portent sur des peines d'emprisonnement ainsi qu'une enquête ouverte en 1989 contre le requérant à la suite d'accusations d'attouchements sexuels. Sur base de l'ensemble de ces données, un rapport est rédigé et les conclusions de l'expertise sont envoyées au requérant. En 1995, celui-ci est renvoyé devant la Cour d'assise, la procédure de jugement ne débutant qu'en 1997. Dès le début de l'instance, l'avocat général indique son souhait de voir verser au débats certains documents relatifs notamment au requérant à propos de faits constatés en 1979 et 1980. Ces éléments permettraient de révéler un comportement sexuel déviant, alors même que le requérant était mineur. La défense du requérant s'est opposée fermement à ce que ces pièces fassent partie intégrante du dossier, invoquant alors le droit à l'oubli. Cet argument est justifié par le fait que les documents litigieux sont prescrits et qu'ils sont « antérieurs à différentes lois d'amnistie, pouvant ainsi tomber sous le coup de ces lois » (§19). La Cour d'assise, dans un arrêt incident, a estimé que ces documents, dès lors qu'ils ont été communiqués à toutes les parties, ne font grief aux droits de la défense. L'argumentation ne sera pas réitérée devant la Cour européenne des droits de l'homme, aboutissant à une absence d'examen de cette question.

Soyons clairs, voir un fondement potentiel du droit à l'oubli en l'article 6 de la Convention ne paraît pas être une option valable. Premièrement, parce que la Cour européenne, dans l'arrêt précité, se contente de reprendre l'expression « droit à l'oubli » invoquée par les parties¹⁴⁰⁶ sans pour autant s'approprier cette prérogative juridique ni, d'une quelconque façon, la développer dans son arrêt. Certes, l'arrêt s'inscrit clairement dans le contexte particulier d'une demande d'oubli d'informations suscitée par l'écoulement d'un certain laps de temps. Mais le prisme de cette affaire n'est pas celle d'une protection du droit à la vie privée dans lequel s'inscrit le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ensuite, l'article 6 n'est pas convaincant dès lors qu'il concerne le procès. Il développe les garanties nécessaires pour que l'exercice de la justice se fasse conformément aux valeurs de la Convention. L'article 6 s'attache donc à un *momentum* précis, celui où la justice est rendue. Or, le droit à l'oubli n'apparaît qu'à la suite d'un tel procès. Les temporalités sont par conséquent bien différentes. Enfin, reconnaître que le droit à l'oubli trouve son fondement dans l'article 6 implique alors de

¹⁴⁰⁶ Dans le même ordre d'idée, voy. Cour eur. D.H. (déc.), 13 mai 2003, *Antoine c. Royaume-Uni*, req. 62960/00. Il y est aussi question de « droit à l'oubli », l'expression étant reprise à la faveur d'une citation d'un arrêt d'une juridiction interne, en l'espèce anglaise.

limiter cet oubli aux seules informations tirées du procès, c'est-à-dire aux seules informations judiciaires. Or, il y a lieu de soutenir que le droit à l'oubli d'informations journalistiques doit pouvoir trouver application dans d'autres circonstances, en ce compris pour des informations qui ne sont pas attachées à une procédure judiciaire.

Section 2. La légalité des délits

267. - L'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme comme fondement du droit à l'oubli ? L'article 7 pose le principe « pas de peine sans loi » : les délits et les peines doivent être prévus par la loi. La question de ce fondement potentiel se pose parce que la Cour européenne, dans deux affaires se fondant sur cette disposition, évoquent à nouveau le droit à l'oubli.

268. - L'arrêt *Achour c. France*. La première est l'affaire *Achour c. France* qui a fait l'objet d'un arrêt de chambre suivi par un arrêt de la grande chambre. Dans ces deux arrêts, le requérant soutient que « le condamné peut revendiquer un droit à l'oubli lorsque le délai prévu par les textes relatifs à la récidive est expiré. La loi entrée en vigueur postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve ne pouvait faire revivre le premier terme par un allongement de celui-ci »¹⁴⁰⁷. La Cour, dans son arrêt du 10 novembre 2004, conclut à la violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Aucune mention du droit à l'oubli n'est faite dans le raisonnement qu'elle propose. Toutefois, dans une opinion dissidente du juge Costa, soutenue par les juges Rozakis et Bonello, le raisonnement tenu par la Cour – qui n'est pas analysé dès lors qu'il ne présente pas d'intérêt dans le cadre particulier du droit à l'oubli – fait l'objet d'une critique. Le juge Costa précise à cet égard qu'« [o]n peut souhaiter que le régime de la récidive tel qu'il existe en France s'assouplisse, par exemple en créant un droit à l'oubli, ou à l'effacement de la première condamnation »¹⁴⁰⁸. Par cette phrase, les juges rappellent donc que le droit à l'oubli semble, au moment où l'arrêt est adopté, inexistant en France. En outre, il témoigne peut-être d'une certaine confusion sur le champ d'application du droit à l'oubli, les juges semblant considérer qu'il est une modalité de politique criminelle afin de pouvoir

¹⁴⁰⁷ Cour eur. D.H., 10 novembre 2004, *Achour c. France*, req. 67335/01, § 30 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2006, *Achour c. France*, req. 67335/01, § 40.

¹⁴⁰⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2006, *Achour c. France*, req. 67335/01, opinion dissidente du juge Costa à laquelle se rallient les juges Rozakis et Bonello, § 20.

assouplir le régime de la récidive. Comme il l'a été mentionné précédemment¹⁴⁰⁹, il existe des formes d'oubli en droit pénal mais elles doivent être distinguées de l'oubli d'informations, que ces dernières soient judiciaires (et portent donc sur des affaires pénales) ou non. La grande chambre de la Cour, dans son appréciation, rebondit plus clairement sur cet argument tiré du droit à l'oubli et semble s'être inspiré de cette opinion dissidente. Pour arriver à la conclusion selon laquelle l'article 7 de la Convention n'est pas violé – infirmant par conséquent l'arrêt de chambre –, elle soutient que « la première condamnation du requérant [...] n'était pas effacée et demeurait inscrite à son casier judiciaire. De fait, il était loisible au juge interne de prendre en compte ce premier terme pour retenir l'état de récidive, étant par ailleurs entendu que cette première condamnation et l'autorité de la chose jugée qui y est attachée n'ont aucunement été modifiées ou affectées d'une manière quelconque par l'adoption de la nouvelle loi. A cet égard, la Cour ne peut souscrire à l'argumentation du requérant [...], selon laquelle l'expiration du délai de récidive tel qu'il était prévu au moment de la commission de sa première infraction lui aurait conféré un "droit à l'oubli", un tel droit n'étant pas prévu par les textes applicables. Sa situation aurait été, certes, différente s'il avait été condamné à une peine assortie du sursis car dans ce cas, selon le système juridique de l'Etat défendeur, son absence de condamnation aurait privé celle-ci d'effet pour l'avenir » (§ 51). La Cour considère enfin qu'une jurisprudence française claire et constante indique qu'une infraction commise à la suite de l'adoption d'une nouvelle loi en matière de récidive avait pour conséquence l'application de ce nouveau régime.

269. - L'arrêt *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*. La seconde affaire aboutit à un arrêt *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie* du 28 juin 2018¹⁴¹⁰. L'affaire est introduite devant la Cour pour une violation alléguée de l'article 7 de la Convention ainsi que de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 consacrant la protection de la propriété privée. Elle porte notamment sur des confiscations de terrains, les requérants propriétaires considérant que cette mesure doit être assimilée à une peine et qu'elle implique alors une condamnation formelle des requérants. L'arrêt de la grande chambre de la Cour ne parle aucunement du droit à l'oubli. Il y est cependant mentionné dans une importante opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto De Albuquerque. Ce dernier s'attèle à une analyse extrêmement fouillée de la jurisprudence italienne et des relations entre celle-ci et les décisions européennes. Dans cette optique, analysant un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne, il soutient que « la teneur du principe de légalité inclus le principe *nulla poena sine culpa*, qui doit être établi (tant la *culpa*

¹⁴⁰⁹ Voy. *supra*.

¹⁴¹⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, req. 1828/06, 34163/07 et 19029/11.

que la *poena*) dans les délais impartis par les règles de prescription pertinentes. Dans un Etat régi par la primauté du droit et le principe de légalité, le pouvoir revenant à l'Etat de poursuivre et de sanctionner des infractions, même complexes, est limité dans le temps ou, pour reprendre l'élégante formulation de la Cour constitutionnelle, "avec le passage du temps après la commission des faits, la nécessité d'un châtement s'atténue et un droit à l'oubli mûrit pour leur auteur". A défaut, les valeurs de sécurité juridique et de prévisibilité inhérentes au principe de légalité, et partant, ce principe lui-même, seraient sacrifiés sur l'autel de l'efficacité du système judiciaire »¹⁴¹¹. Le juge Pinto De Albuquerque poursuit en soutenant que « lorsqu'une infraction est prescrite, les raisons de poursuivre ne prévalent plus et la finalité de la sanction pénale ne s'impose plus. Déclarer qu'une infraction pénale est prescrite revient précisément à sacrifier la lutte contre l'impunité. Si le but de la lutte contre l'impunité prévalait toujours, aucune infraction ne serait jamais prescrite. C'est l'élément central de l'arrêt *Varvara*, "le droit à l'oubli" (*diritto all'oblio*), qui est ainsi oblitéré par la Cour constitutionnelle » (§ 24). Il conclut à la nécessité de s'appuyer sur une réelle condamnation, conséquence logique de la mise en œuvre des délais de prescription.

270. - L'article 7 n'est pas un fondement concluant. Bien que ces affaires évoquent plus clairement le droit à l'oubli, il paraît difficile d'y voir une réelle consécration sur le fondement de l'article 7 de la Convention. Le fait que ces décisions s'inscrivent dans un contexte différent, invoquant d'autres droits fondamentaux que le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée, ne permet pas d'en tirer des conclusions générales. Tout au plus, ces arrêts permettent de soutenir qu'il existe, en droit pénal, des mesures adoptées par les Etats membres en vue de garantir, d'une certaine façon – et moyennant parfois le respect de conditions – une forme d'oubli à travers des figures juridiques particulières. Autrement dit, ces arrêts font référence aux nombreuses figures juridiques pénales existantes permettant d'obtenir l'oubli de condamnations ou de peines¹⁴¹².

Section 3. Faut-il une loi ad hoc pour consacrer le droit à l'oubli ?

¹⁴¹¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, req. 1828/06, 34163/07 et 19029/11, opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto De Albuquerque, § 23. L'auteur se réfère à l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 24/2017.

¹⁴¹² Voy. les quelques développements proposés de ces figures juridiques, *supra*.

271. - Une loi particulière comme fondement du droit à l'oubli ? Il est intéressant de s'interroger sur l'établissement d'une loi particulière consacrant le droit à l'oubli ou, du moins, un mécanisme similaire. Au regard des enseignements tirés des décisions jurisprudentielles analysées, l'on peut conclure qu'une telle démarche n'est pas nécessaire.

Pourtant, en France, certains auteurs plaident en ce sens dans le cadre particulier de l'analyse de l'article 35, alinéa 3, c), de la loi du 29 juillet 1881. Nathalie Droin milite en faveur de « l'insertion par le législateur d'un article 35, alinéa 5 modifié, spécifiant que certains propos doivent échapper à l'interdiction », ce qui « permettrait de rétablir l'équilibre rompu par cette condamnation entre la liberté d'expression et la protection de l'honneur des personnes visées »¹⁴¹³. D'autres évoquent l'instauration d'une « exception de recherche historique »¹⁴¹⁴ afin de concilier le libre travail de l'historien et les objectifs initiaux dudit article, c'est-à-dire la garantie de la paix sociale. Nathalie Droin relève, à juste titre, la difficulté de définir ce qui constitue ou non la « recherche historique » et la possibilité que les cours et tribunaux en arrivent à exercer un contrôle sur la méthode historique et *in fine* sur le contenu de l'histoire. L'auteure propose alors, « afin d'éviter un tel contrôle [...] qu'il conviendrait d'étendre cette exception à toute personne invoquant un but légitime, notamment d'information », ceci permettant « de pallier les difficultés engendrées par la nécessité de concilier la liberté d'expression avec le droit à l'oubli ou le devoir de silence »¹⁴¹⁵.

A notre estime, une telle proposition de légiférer n'est pas opportune. En effet, le droit à l'oubli d'informations journalistiques permet *in fine* d'atteindre le même objectif sans pour autant figer dans un texte des exceptions précises, avec le risque qu'elles n'embrassent pas toutes les potentielles situations où la liberté d'expression devrait prévaloir. Le passage par une loi particulière a pour conséquence de figer dans des textes certaines situations et certains concepts. Ainsi, définir la « recherche historique » ne semble pas faisable, d'autant que la jurisprudence, notamment européenne, balise déjà l'appréhension de cette notion. Ces différents éléments, dès lors qu'ils sont soumis à de nombreuses circonstances spécifiques propres à chaque cas d'espèce, semblent être mieux cernés à travers l'établissement d'une

¹⁴¹³ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, p. 205.

¹⁴¹⁴ G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges Chavannes*, Paris, Litec, 1990, pp. 111 à 133 ; D. DE BELLESCIZE, « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », *op. cit.*, p. 1430.

¹⁴¹⁵ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, p. 212 et 213. Dans le même sens, N. MALLET-POUJOL, note sous C.A. Paris, 10 février 1999, *D.*, 2000, p. 229.

balance des intérêts, cet exercice permettant justement de prendre en compte ces éléments factuels particuliers à chaque cas d'espèce.

CONCLUSIONS DU TITRE 2

272. - Le droit à la vie privée comme fondement du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ce titre se consacre à l'analyse des sources juridiques du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Comme annoncé dans l'introduction de ce titre, ces développements sont tirés d'une étude jurisprudentielle. Il faut constater que le droit à l'oubli est au départ une construction menée au fil des décisions judiciaires, la doctrine se limitant généralement à les commenter. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même ne s'oppose pas au droit à l'oubli. Certes, elle ne le consacre pas encore pleinement, mais plusieurs affaires témoignent d'une réelle prise en compte de la problématique liée à la redivulgence d'informations, essentiellement d'ordre judiciaire. La Cour inscrit, sans réelle surprise, ces requêtes dans une traditionnelle opposition entre d'une part, le droit à la liberté d'expression, et d'autre part, le droit à la vie privée. Quant aux décisions nationales, la jurisprudence belge, française et allemande, n'est aucunement réfractaire à consacrer le droit à l'oubli. Certes, les décisions belges et allemandes paraissent *a priori* plus enclines à faire le pas d'une telle consécration. Cela étant, la jurisprudence française ne s'y refuse pas catégoriquement. A l'instar des décisions belges et allemandes, elle conditionne la mise en œuvre d'un tel droit à la vérification de certaines conditions (ou critères).

Quant à la doctrine, de nombreux auteurs se sont penchés sur le droit à l'oubli, son existence, ses conditions d'application et ses fondements. Certains le reconnaissent bien volontiers, d'autres en revanche s'y opposent. Les partisans du droit à l'oubli constatent que l'oubli juridicisé est une construction jurisprudentielle. Ils tentent dès lors de comprendre les errements de la jurisprudence, tant celle de fond que celle des cours suprêmes, pour donner au droit à l'oubli une réelle existence. Ainsi, Roseline Letteron constate que le droit à l'oubli est un « droit de la personnalité dont l'autonomie n'est jamais clairement affirmée par le juge qui le présente généralement comme une sorte de sous-produit du droit au respect de la vie

privée »¹⁴¹⁶. Pour Anne-Blandine Caire, le droit à l'oubli « relève du droit au respect de la vie privée et se trouve protégé par les dispositions qui garantissent ce dernier [...] »¹⁴¹⁷.

L'analyse de ces sources permet, *in fine*, d'affirmer que le droit à l'oubli d'informations journalistiques trouve son fondement juridique dans les prérogatives visant à protéger le droit à la vie privée, qu'elles soient internationales, européennes ou nationales. Il s'inscrit comme l'une des composantes du droit à la vie privée, *sensu lato*, au même titre que le droit à l'image ou le droit au nom. Sa mise en œuvre concrète, dès lors qu'il a pour fondement un droit fondamental, se fait par une mise en perspective des prétentions d'oubli face aux prétentions liées à l'utilisation de la liberté d'expression. Il s'agit donc d'un droit non absolu qui nécessite que soient mis en balance les divers intérêts en jeu. Cette mise en œuvre pratique fait l'objet de développements dans le titre suivant.

¹⁴¹⁶ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, 1996/2, pp. 390 et 406. L'auteure indique toutefois que « [l]a doctrine semble donc partagée sur l'intégration du droit à l'oubli dans le droit au respect de la vie privée » (p. 407).

¹⁴¹⁷ A.-B. CAIRE, « Propos introductifs », *op. cit.*, pp. 8 et 9. L'auteure ajoute que le droit à l'oubli « bénéficie également d'une protection spécifique. On pense notamment à la Convention du 5 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. On pense également à la Charte de 2010 consacrée à l'oubli numérique ». Dans cette affirmation, l'on retrouve la dualité du droit à l'oubli « au sens large » proposée dans cette étude, ces droits à l'oubli distincts prenant appui sur des deux fondements différents.

TITRE 3. LA MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DU DROIT À L'OUBLI JOURNALISTIQUE

Chapitre introductif. Le passage par la responsabilité civile extracontractuelle¹⁴¹⁸

273. - L'importance de la responsabilité civile. La responsabilité des médias est en Belgique essentiellement développée dans son volet civil, le volet pénal étant *de facto* inexistant. Bien que la Constitution soit dotée de dispositifs particuliers propres aux médias, et plus précisément à la presse (Section 1^{ère}), on ne peut que constater leur application limitée. Cette observation induit l'ineffectivité de la responsabilité pénale, ceci permettant d'expliquer le développement important – voire parfois excessif¹⁴¹⁹ – de la responsabilité civile des médias (Section 2). Trois autres motifs expliquent encore ce phénomène. Premièrement, la procédure civile est en général plus aisément accessible pour et maîtrisée par les parties. Deuxièmement, les règles probatoires civiles sont moins contraignantes que celles applicables au pénal¹⁴²⁰. Troisièmement, les impératifs économiques qui guident désormais bon nombre de média aboutissent à une prise de risque plus importante qu'auparavant de la part des journalistes et éditeurs. Ces médias cherchent à diffuser l'information capable de faire le « buzz », sans toujours se préoccuper des vérifications préalables d'usage¹⁴²¹. Cet élément combiné enfin au sous-financement de la presse belge aboutit inexorablement à constater certaines dérives, et par voie de conséquence une augmentation des procédures judiciaires civiles.

Section 1^{ère}. Les règles constitutionnelles relatives à la presse face à l'oubli

¹⁴¹⁸ Les développements proposés dans ce chapitre sont largement inspirés du chapitre relatif à la responsabilité civile de l'ouvrage suivant : F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge, op. cit.*, pp. 667 à 697, n° 954 à 1009. L'auteur s'est autorisé quelques emprunts, moyennant l'autorisation des auteurs du livre précité.

¹⁴¹⁹ Voy., à ce propos, F. JONGEN, « Quand un juge mord un journaliste. Contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias », in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 69. L'auteur indique que l'absence de responsabilité pénale aboutit à octroyer des dommages et intérêts parfois excessifs, s'apparentant davantage à des *punitive damages* qu'à une simple réparation d'un préjudice subi par la victime.

¹⁴²⁰ M. ISGOUR, « La presse, sa liberté et ses responsabilités », in *Médias et droit*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 79, n° 6.

¹⁴²¹ Voy. notamment à ce propos, civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509. Le jugement énonce que les médias « exercent actuellement [leur rôle de chien de garde de la démocratie] dans un contexte commercial objectif et prégnant qui leur impose de produire des bénéfices ou, s'agissant de l'audiovisuel, de “faire de l'audience” ». Voy. aussi civ. Liège (6^e ch.), 21 septembre 1999, *Journ. proc.*, 1999/384, p. 29 ; *A&M*, 2000/1-2, p. 155, note F. JONGEN. Voy. enfin, sur les raisons de ce recours au « sensationnalisme », F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge, op. cit.*, p. 668, n° 955.

274. - Introduction. La Constitution belge n'est pas totalement exempte de règles ayant une incidence sur la responsabilité des médias. Alors que l'article 25 de la Constitution organise le principe de la responsabilité en cascade (§ 2), l'article 150 de la Constitution met en œuvre une compétence juridictionnelle particulière en présence d'un délit de presse (§ 1^{er}). Ces dispositifs ne sont pas d'application dans le cadre d'une requête visant à oublier des informations journalistiques.

§ 1^{er}. Le délit de presse

275. - La définition, les éléments constitutifs et le privilège de juridiction. Le délit de presse est consacré à l'article 150 de la Constitution. Sans définir ce concept, cette disposition se limite à préciser que « [l]e jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ». Le Constituant, pas plus d'ailleurs que le législateur, ne s'est risqué à apporter une définition à une notion qui, dès le départ, semble « imprécise, fuyante »¹⁴²². C'est en réalité en recourant à la délimitation de ses composantes constitutives que la jurisprudence a pu, pas à pas, définir ce concept. La Cour de cassation, le 10 juillet 1871, soutient que les délits de presse visent « les atteintes portées aux droits soit de la société, soit des citoyens, par l'abus de la manifestation des opinions dans des écrits imprimés et publics »¹⁴²³. En d'autres termes, la Cour conçoit ces délits comme des infractions de droit commun (la calomnie, la diffamation, l'injure, etc.) « qui implique[nt] l'expression d'une pensée ou d'une opinion dans un écrit imprimé et publié »¹⁴²⁴. S'appuyant sur cet enseignement jurisprudentiel, la doctrine entend le délit de presse comme le

¹⁴²² R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le délit de presse (Réquisitions devant la Cour d'appel de Bruxelles) », *P.P.*, 1938, p. 395. L'auteur ajoute que « [l]e Congrès National a cherché à définir ces délits ; il y a renoncé tant la tâche lui parut délicate ». Voy. aussi Charles Laurent qui admet que ces délits de presse « sont en quelque sorte indéfinissables : la meilleure preuve de cette difficulté, c'est l'absence de toute définition dans les législations qui régissent cette matière dans les divers pays de l'Europe » (C. LAURENT, *Etudes sur les délits de presse*, Bruxelles, Bruylant/Christophe & Cie, 1871, p. 14).

¹⁴²³ Cass. (2^{ème} ch.), 10 juillet 1871, *Pas.*, 1872, I, p. 17. La définition est reprise par la suite : Cass. (2^{ème} ch.), 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005/12, p. 1265, note G. ROSOUX, « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse » ; *A&M*, 2005/2, p. 166 ; Cass. (2^{ème} ch.), 11 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 452.

¹⁴²⁴ Cass. (2^{ème} ch.), 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 582 ; *Journ. proc.*, 1990/169, p. 35, note M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile » ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 412, note F. JONGEN, « La qualification de délit de presse et la procédure devant la Cour d'assises » ; *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 658. Voy. dans le même sens, Cass. (2^{ème} ch.), 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 131 ; Cass. (2^{ème} ch.), 21 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 259 ; Cass. (2^{ème} ch.), 11 décembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2691 ; *Pas.*, 1980, I, p. 452 ; Cass. (2^{ème} ch.), 12 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 211.

« véhicule d’une infraction de droit commun [...] caractérisée par la manifestation d’une pensée traduite dans un écrit reproduit et publié »¹⁴²⁵.

La lecture de ces définitions permet de lister les composantes essentielles d’un tel délit : l’on s’accorde pour établir qu’il est constitué d’une infraction de droit commun, de la manifestation d’une opinion (élément intellectuel), d’un écrit imprimé (élément matériel) et qu’il fait enfin l’objet d’une publicité réelle et effective. Le seul élément constitutif ayant évolué est la condition de l’écrit : la Cour de cassation, par deux arrêts du 6 mars 2012, a en effet amorcé une évolution importante et nécessaire. Elle soutient désormais que le « délit de presse requiert l’expression punissable d’une opinion dans un texte reproduit par voie d’imprimerie ou par un procédé similaire. La diffusion numérique constitue pareil procédé similaire »¹⁴²⁶.

La réunion de ces conditions a pour conséquence l’application de l’article 150 de la Constitution : la cour d’assises, et donc le jury populaire, est exclusivement compétent en matière de délit de presse. Cette disposition est vue comme un véritable privilège de juridiction dès lors qu’on soustrait celui qui exprime une pensée punissable du péril d’une action préventive ou de poursuites judiciaires partisans. Bien que ce second objectif puisse, à l’heure actuelle, paraître quelque peu désuet, le principe n’a subi aucune modification depuis 1830 si ce n’est, en 1999, date à laquelle les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie sont soustraits de la compétence du jury populaire¹⁴²⁷ pour retomber dans le giron du juge

¹⁴²⁵ B. DEJEMEPPE, « La responsabilité pénale », *op. cit.*, p. 139.

¹⁴²⁶ Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012, *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *J.T.*, 2012, p. 505, note Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l’on puisse se rendre coupable d’un délit de presse sur l’internet – Le temps du “délict de presse 2.0” est-il (enfin) arrivé ? » ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790 ; *N.j.W.*, 2012, p. 342, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *R.D.T.I.*, 2013, p. 81, note R. DEBILIO, « Quand internet s’invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l’élément matériel du délit de presse se précise » ; et Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012, *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *A&M*, 2012/2-3, p. 253, note D. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19de naar de 21ste eeuw: internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers! » ; *N.j.W.*, 2012, p. 341, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *N.C.*, 2012/3, p. 223 ; *Pas.*, 2012, p. 357 ; *R.A.B.G.*, 2012, p. 877 ; *R.D.T.I.*, 2013, p. 82, note R. DEBILIO, « Quand internet s’invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l’élément matériel du délit de presse se précise » ; *R.W.*, 2012-2013, p. 144. Cette définition « moderne » du délit de presse a été confirmée par la suite : voy. Cass. (2^{ème} ch.), 29 octobre 2013, *J.T.*, 2014, p. 391, note Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l’infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? » ; *A.P.T.*, 2014, p. 93 (sommaire) ; *N.j.W.*, 2014, p. 406, note E. BREWAEYS, « Persmisdrijf via internet » ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 519 ; *T. Strafr.*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK, « Internet : spreken is zilver, schrijven is goud? Drukpersmisdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak Belkacem » ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1944 ; *Pas.*, 2013, p. 2091 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 119 (sommaire) ; *R.W.*, 2014-2015, p. 702 (sommaire) ; Cass. (2^{ème} ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 254 ; Cass. (2^{ème} ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 255 ; *A&M*, 2012, p. 133, note E. CRUYSMANS, « L’image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? ».

¹⁴²⁷ En 1999, l’exception aboutissant à correctionnaliser les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie a été introduite à la suite de la seule modification constitutionnelle qu’a connue l’article 150 (*M.B.*, 29 mai 1999).

correctionnel. Il faut constater que ce privilège de juridiction a, en pratique, abouti à une immunité¹⁴²⁸. Sauf exceptions rarissimes, les cours d'assises, depuis plus de cinquante ans, ne sont plus saisies des délits de presse¹⁴²⁹. Lourdeur de la procédure, réticence des parquets à poursuivre, publicité à outrance, résultats imprévisibles, développement des nouvelles technologies, autant de raisons qui aboutissent à ne plus recourir au privilège de l'article 150 de la Constitution¹⁴³⁰. Cette absence d'application induit une véritable impunité pénale de fait pour toutes personnes commettant de tels délits. Corollaire de cette immunité pénale, certains tribunaux civils ont parfois tendance, lorsqu'ils traitent les demandes civiles des victimes de délits de presse, à remédier à cette irresponsabilité pénale en octroyant davantage de dommages et intérêts, leur conférant par conséquent un caractère parfois punitif et non simplement compensatoire¹⁴³¹.

276. - Le délit de presse, le quasi-délit de presse et le droit à l'oubli. Les éléments constitutifs du délit de presse ne permettent pas de l'appliquer dans le cadre d'une demande d'oubli. Premièrement, parce que l'ensemble du raisonnement s'inscrit dans le cadre d'une demande en réparation pour le préjudice qu'une personne subit dès lors que des informations ne sont pas oubliées. La responsabilité pénale n'est donc pas en jeu. En outre, mais cela découle directement de ce premier constat, le délit de presse implique un abus dans la manifestation

¹⁴²⁸ Voy. par exemple M. Verdussen qui met en cause ce privilège en se basant notamment sur l'absence de hiérarchie entre les droits fondamentaux : « [l]a liberté d'expression et, partant, la liberté de la presse ne sont pas des biens plus précieux que les autres droits fondamentaux. Rien ne justifie, dès lors, que les atteintes portées à ces libertés bénéficient d'un traitement plus favorable » (*Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., pp. 664-665).

¹⁴²⁹ Depuis 1941, la Cour d'assises de Mons a eu à connaître un tel procès de presse (voy. Mons (ch. mises acc.), 14 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 506, obs. F. JONGEN ; *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 1030). Voy. aussi J. ENGLEBERT, « Vers un retour du délit de presse en cour d'assises ? », note sous Cass. (2^{ème} ch.), 27 avril 2011, Bruxelles (mise en acc.), 20 janvier 2011, Cass. (2^{ème} ch.), 3 février 2010 et Bruxelles (mise en acc.), 9 septembre 2009, *A&M*, 2012/1, p. 102. L'auteur souligne que « [l]'événement est assez rare pour mériter d'être signalé : un délit de presse va prochainement (normalement) être jugé en cour d'assises, à Bruxelles ». L'auteur indique toutefois que la prescription sera prochainement acquise, ne permettant pas au procès d'assises de se tenir (voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, op. cit., p. 27, n° 24, note 56). Voy. à ce propos Bruxelles (m. acc.), 30 septembre 2014, *A&M*, 2015/1, p. 92 (sommaire).

¹⁴³⁰ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3^e éd., Anthemis, 2012, p. 742, n° 1022 et pp. 745 à 756, n° 1027. Voy. aussi C. DONY, « La presse, une notion que le Constituant tarde à (re)définir... », obs. sous civ. Bruxelles (75^e ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010/3, p. 139 ; M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 362, n° 2 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louv.*, 1989, p. 35 ; R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le délit de presse (Réquisitions devant la Cour d'appel de Bruxelles) », op. cit., p. 399 ; J. VELAERS, « Vrijheid en verantwoordelijkheid : twee grondwettelijke waaren. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet » (Colloque organisé par la Commission Justice du Sénat), *Justice & Médias*, n° 7-8-9, décembre 1995, pp. 86 et 87. *A contrario*, voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 26 et s., n° 23 et s. L'auteur y aborde les « mauvaises raisons pour justifier l'absence de poursuites pénales devant les assises ».

¹⁴³¹ G. ROSOUX, « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse », *Rev. dr. pén.*, 2005/12, p. 1281, n° 9. Voy. aussi les développements proposés *infra*.

d'une pensée ou d'une opinion¹⁴³². Cet élément oblige à mettre en cause le contenu de la communication. Or, requérir l'oubli d'informations ne signifie pas mettre en cause ce contenu, ce qui a d'ailleurs été confirmé par des décisions belges relatives au droit à l'oubli¹⁴³³, et notamment la Cour de cassation¹⁴³⁴. C'est le maintien d'informations accessibles qui constitue l'éventuelle atteinte fautive et crée un potentiel dommage à réparer (voy. *infra*)¹⁴³⁵. Sur un élément toutefois, les deux figures juridiques se rencontrent : toutes deux requièrent la publicité de l'information. Dans le cadre du droit à l'oubli d'informations, il s'agit même, *a priori*, d'une double publicité (voy. *infra*).

Puisque la mise en œuvre du droit à l'oubli tel qu'exposé dans cette partie de l'étude s'inscrit dans une action en responsabilité civile, l'article 150 qui contient une règle procédurale n'est pas d'application. Cependant, on constate, face à l'ineffectivité de la responsabilité pénale des médias, que les demandeurs se tournent vers le juge civil en invoquant un quasi-délit de presse afin d'obtenir réparation du préjudice subi à la suite d'un usage abusif de la liberté d'expression, cet usage se matérialisant au départ dans la diffusion d'une opinion condamnable. Ce quasi-délit est assimilable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil¹⁴³⁶. Le droit à l'oubli pourrait-il alors s'y inscrire ? La réponse est négative. En effet, invoquer le quasi-délit de presse, c'est considérer que le contenu de l'information est fautif, celle-ci découlant d'une expression pénalement condamnable, ou que la diffusion du contenu est fautive. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne vise pas le substrat d'un article ou d'une émission, c'est-à-dire son contenu. Il s'attèle à considérer que la reprise d'informations licites est fautive. Sur internet, c'est indirectement dans une dimension davantage technique que se matérialise

¹⁴³² A défaut d'opinion illicite, il s'agit d'un délit d'imprimerie.

¹⁴³³ Voy. notamment Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note ; civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

¹⁴³⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018 ; Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 459, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – contradictoir of complementair ? » ; *Juristenkrant*, 2016/333, p. 5 ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.j.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

¹⁴³⁵ Sauf à prendre en compte l'application de l'article 17 du RGPD consacrant le droit à l'effacement et, indirectement le droit à l'oubli, comme permettant de sanctionner le traitement d'informations illégales, en ce compris des données erronées. Voy. *infra*.

¹⁴³⁶ Civ. Bruxelles (75^e ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 128.

cet oubli : le maintien d'une information à disposition du public à moyen ou long terme constitue la potentielle atteinte fautive au droit à l'oubli. Enfin, le quasi-délit de presse vise l'auteur des opinions diffusées. L'oubli peut, lui, être requis tant auprès de l'auteur qu'auprès d'un éditeur de site web.

§ 2. La responsabilité en cascade

277. - Le principe de la responsabilité en cascade. L'article 25, alinéa 2, de la Constitution énonce que « [l]orsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ». Ce qu'on appelle la « responsabilité en cascade »¹⁴³⁷ est en réalité un système d'« imputabilité successive et isolée »¹⁴³⁸ : lorsque l'auteur est connu et dispose d'un domicile en Belgique, « il est interdit de rechercher par quels moyens cet auteur, responsable de la manifestation de sa pensée, est arrivé jusqu'au public »¹⁴³⁹, ce qui permet aux autres maillons de la chaîne de publication de bénéficier d'une exonération de responsabilité. Avant l'indépendance de l'Etat belge, toute personne qui avait contribué peu ou prou à la diffusion et à la publication d'un écrit contenant une opinion pénalement condamnable pouvait potentiellement être poursuivie et condamnée¹⁴⁴⁰. La méfiance était dès lors de rigueur, les éditeurs, imprimeurs et distributeurs n'hésitant pas à modifier, voire censurer, certains de ces écrits¹⁴⁴¹. Tel que rédigé, l'article 25, alinéa 2, traduisait – et traduit encore aujourd'hui – une volonté extrêmement claire : désormais, seul l'auteur d'une opinion est responsable, ce qui exclut l'ensemble des intermédiaires purement techniques et matériels, dès lors qu'ils n'ont pas participé au développement de l'opinion litigieuse¹⁴⁴².

¹⁴³⁷ L'expression a été imaginée par Charles de Brouckère qui, en réalité, parlait initialement de « responsabilité par cascades ». Voy. H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, Bruxelles, Bruylant/Christophe et Cie, 1861, p. 360 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., p. 666. Cet auteur se réfère à E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, t. IV, Bruxelles, Walhen, 1844, p. 654.

¹⁴³⁸ E. MONTERO, H. JACQUEMIN, « La responsabilité civiles des médias », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, 26ter, vol. 3, Kluwer, 2004, p. 7, n° 166 ; F. TULKENS, M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Ann. dr. Louv.*, 1987, p. 59 ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., p. 655, n° 909 ; M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 361, n° 1.

¹⁴³⁹ H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, op. cit., p. 358.

¹⁴⁴⁰ F. JONGEN, C. DONY, « La liberté de la presse », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 857.

¹⁴⁴¹ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Leclercq sous Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597.

¹⁴⁴² M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », op. cit., p. 362, n° 1 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., pp. 666-667. Voy., en ce sens, civ. Liège, 28 juin 1989,

278. - Le champ d'application de la responsabilité en cascade. Trois réflexions peuvent être proposées à propos du champ d'application de la responsabilité en cascade.

Il est premièrement nécessaire de souligner le lien important existant entre les articles 25, alinéa 2, et 150 de la Constitution (voy. *supra*). En effet, la responsabilité en cascade s'applique exclusivement en présence d'un délit ou quasi-délit de presse¹⁴⁴³. A défaut, l'imputabilité de la responsabilité est alors déterminée à partir des règles classiques de droit civil ou pénal. Ce constat implique deux conséquences. *Primo*, la portée du second alinéa de l'article 25 est délimitée par l'interprétation restrictive que la jurisprudence confère à l'alinéa 1^{er} de la même disposition : la presse audiovisuelle est dès lors exclue. *Secundo*, force est de constater que la notion de délit de presse reçoit, dans la jurisprudence, une acception elle aussi extrêmement limitée. Cette première restriction du champ d'application de la responsabilité en cascade constitue aussi le motif d'exclusion de son application dans le cadre d'une procédure visant à obtenir le droit à l'oubli. Il ne s'agit pas en effet pas de considérer comme fautive la diffusion initiale d'une information, mais bien le fait que celle-ci « réapparaisse » ou demeure disponible¹⁴⁴⁴. La Cour européenne elle-même soutient, dans son arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* qui porte sur une action relative au droit à l'oubli d'informations, que « ce n'est pas la licéité des reportages lors de leur première parution ou leur mise à disposition sur les portails Internet des médias concernés que les requérants mettent en cause, mais la possibilité d'accès à ces reportages longtemps après [...] »¹⁴⁴⁵. Cette réflexion rejoint celle proposée dans le cadre

J.L.M.B., 1990, p. 264, note F. JONGEN (« [a]ttendu que l'irresponsabilité tant pénale que civile d'un éditeur est un principe absolu et essentiel à la liberté de pensée, d'expression et de création intellectuelle ; que reconnaître à l'éditeur d'un auteur dont le nom est connu, une responsabilité du chef du contenu de la création, de l'œuvre ou de l'article de l'auteur aurait pour conséquence immédiate d'établir une censure économique de la création littéraire et de l'expression écrite de la pensée ; qu'en effet, la responsabilité potentielle de l'éditeur lui commanderait de ne publier que des articles ou des ouvrages qui ne l'exposeraient pas à des actions civiles éventuellement coûteuses, c'est-à-dire lui donnerait à la fois le droit et l'incitant économique de censurer les œuvres qu'il accepte de publier »).

¹⁴⁴³ Cass. (3^{ème} ch.), 28 juin 2004, *A&M*, 2005/1, p. 73 ; Gand (13^{ème} ch.), 20 septembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 386 ; *Juristenkrant*, 2006/139 (reflet), p. 5 ; Gand, 29 juin 1998, *A&M*, 1999/1, p. 87, *erratum A&M*, 1999/2, p. 158. Ces décisions précisent que, s'agissant de la publication de photos, il ne peut être question de délit de presse. Dès lors, la responsabilité en cascade n'est pas applicable. Voy. encore Anvers (2^{ème} ch.), 23 juin 2010, *N.j.W.*, 2010/232, p. 790, note E. BREWAEYS, « Journalistieke aansprakelijkheid » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3 (sommaire), p. 774 ; Bruxelles (15^{ème} ch.), 20 novembre 2000, *A&M*, 2001/2, p. 276 ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 454 ; Corr. Louvain, 7 septembre 1999, *A&M*, 2000, p. 150.

Sur la question de l'application par le juge civil de la responsabilité en cascade, voy. H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », note sous Corr. Nivelles (2^e ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, spéc. pp. 198 à 201.

¹⁴⁴⁴ Sauf à prendre en compte l'oubli tel qu'indiqué à l'article 17 du RGPD. Cela étant, cet élément ne s'inscrit pas dans la réflexion menée en l'espèce. Il est pris en compte dans des développements ultérieurs.

¹⁴⁴⁵ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 99.

du délit de presse (voy. *supra*). La jurisprudence belge relative au droit à l'oubli d'informations¹⁴⁴⁶ s'appuie d'ailleurs sur le caractère non fautif du contenu pour rejeter les arguments des éditeurs des sites internet sur lesquels des articles sont maintenus en ligne visant à exiger l'application de la responsabilité en cascade. Un tel grief aboutit à rendre les éditeurs non responsables dès lors que l'auteur de l'article est connu et domicilié en Belgique, les actions devant être introduites à leur encontre. Les juridictions rejettent ce raisonnement dès lors que les problèmes en l'espèce ne concernent pas la rédaction des articles. Elles confirment qu'en leur qualité d'éditeur responsable des quotidiens, leur responsabilité peut être engagée compte tenu du fait que « le maintien ou non d'un article en ligne relève d'un choix éditorial ».

Deuxièmement, la question du type de responsabilité visée par ce mécanisme s'est posée. Au départ, pourtant, la Cour de cassation estime que ce mécanisme d'imputabilité doit s'appliquer tant à la responsabilité pénale qu'à la responsabilité civile¹⁴⁴⁷. Pourtant, cette évidence est remise en question par une doctrine – certes minoritaire – ainsi qu'une jurisprudence abondante¹⁴⁴⁸ qui souhaitent exclure la responsabilité civile du champ de l'article 25. Il faut attendre un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1996 pour mettre fin à ces divergences doctrinales et jurisprudentielles : l'article 25 « confère aux éditeurs, imprimeurs et distributeurs, le privilège de pouvoir se soustraire à toute responsabilité, *tant civile que pénale*,

¹⁴⁴⁶ Voy. notamment Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note ; civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

¹⁴⁴⁷ Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1863, I, p. 110 ; *B.J.*, 1863, p. 262. Sur les rétroactes de cette affaire, voy. M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, pp. 363 à 366, n° 2. Voy. encore, Cass., 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267.

¹⁴⁴⁸ Voy., entres autres, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° I, *Les causes de la responsabilité*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 420-421, n°s 1246-1247 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, pp. 37-38, et spécifiquement les références citées en note 25 ; Gand (9^{ème} ch.), 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; *R.W.*, 1996-1997, col. 540 ; Liège, 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954 ; *Journ. proc.*, 1995/283, p. 24, note F. JONGEN, « Pratiques du commerce et liberté d'expression » ; civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 13 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 9 ; Bruxelles (1^{ère} ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 juillet 1993, *A&M*, 1996/2, p. 161 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579 ; civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN, « Vers un tarissement de la cascade de la responsabilité de la presse ? » ; civ. Bruxelles, 28 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672 ; civ. Bruxelles, 14 septembre 1988, *Rev. Liège*, 1988, p. 1127 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 16 décembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 500 ; civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen » ; civ. Charleroi, 1^{er} avril 1982, *R.R.D.*, n° 21, 1982, p. 214 ; comm. Charleroi (3^{ème} ch.), 11 février 1982, *J.T.*, 1983, p. 506 ; civ. Liège (1^{ère} ch.), 20 mars 1980, *J.T.*, 1980, p. 437 ; comm. Bruxelles, 14 septembre 1978, *J.T.*, 1978, p. 667 ; civ. Bruxelles, 18 mars 1937, *P.P.*, 1938, n° 175.

lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique ; [...] il apporte dans cette mesure, une restriction à l'application de l'article 1382 du Code civil »¹⁴⁴⁹ (nous soulignons). Malgré ce nouvel effort de clarification de la part de la Cour, une minorité persiste à ne pas vouloir appliquer la responsabilité en cascade dans le cadre d'une procédure civile¹⁴⁵⁰. L'on estime, à l'instar de nombreux auteurs, qu'il n'y a plus aucun doute à avoir quant à l'application de ce principe dans les deux types de procédure.

Troisièmement, l'on a encore tenté de contourner l'application de l'article 25, alinéa 2, en recourant aux articles 1384, alinéa 3, du Code civil¹⁴⁵¹ ainsi qu'à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail¹⁴⁵², et *in fine* en éludant par la même occasion l'enseignement de l'arrêt du 31 mai 1996. Appliquer le prescrit de l'article 18 au monde de la presse revient à immuniser le journaliste qui, engagé dans les liens d'un contrat de travail, commet une faute légère occasionnelle. La victime ne peut alors que se retourner contre le commettant, en vertu de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, pour obtenir réparation du dommage subi. Ce raisonnement suivi par une partie de la jurisprudence et approuvé par une fraction minoritaire de la doctrine¹⁴⁵³ n'est toutefois pas correct. En effet, la hiérarchie des normes impose que les deux dispositions visées soient interprétées conformément au texte constitutionnel. C'est notamment ce que la Cour constitutionnelle a confirmé par un arrêt du 22 mars 2006¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 31 mai 1996, *A&M*, 1996/3, p. 362, obs. F. JONGEN ; *J.T.*, 1996, p. 567, avec les conclusions de l'avocat général Leclercq ; *Arr. Cass.*, 1996, p. 525 ; *C.D.P.K.*, 1997, p. 412, note A. SCHAUS ; *R.C.J.B.*, 1998, p. 357, note M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile » ; *R.W.*, 1996-1997, col. 565 ; *R. Cass.*, 1996, p. 389, note D. VOORHOOF, « De regel van de getrapte verantwoordelijkheid : van de 19de naar de 21^{ste} eeuw ? » ; *I.D.j.*, 1996/8, p. 21.

¹⁴⁵⁰ Bruxelles (9^{ème} ch.), 18 février 2001, *A&M*, 2002, p. 282 ; civ. Gand (4^{ème} ch.), 22 novembre 1999, *A&M*, 2000/1-2, p. 148, note D. VOORHOOF ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 5 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 274, note F. RINGELHEIM, « La presse élevée à la dignité de chien de garde de la démocratie » ; *Journ. proc.*, 1999/367, p. 26, note F. JONGEN, « Le retour du symbolisme ? » ; *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.296 ; Liège (19^{ème} ch.), 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298.

¹⁴⁵¹ Cet article précise que « [l]es maîtres et les commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

¹⁴⁵² Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978. Les alinéas 1er et 2 de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail organisent, pour toute personne qui fournit contre rémunération un travail d'ordre manuel (ouvrier) ou intellectuel (employé), une immunité, pour autant que ce travail soit effectué sous l'autorité d'un employeur. En vertu de cette disposition, les ouvriers et employés ne sont tenus responsables que pour leur dol, leur faute lourde ou leur faute légère habituelle. Ils bénéficient, *a contrario*, d'une exonération pour leur faute légère occasionnelle.

¹⁴⁵³ Voy. notamment les références citées par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de Jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 1004. Voy. aussi C. DOUTRELEPONT, D. FESLER, « La presse et le droit », in *La presse, pouvoir en devenir*, *Rev. U.L.B.*, 1996/3-4, pp. 200-201.

¹⁴⁵⁴ C.c., 22 mars 2006, n° 47/2006, *Mon. b.*, 31 mai 2006 ; *A.P.M.*, 2006, p. 72 (sommaire) ; *A&M*, 2006/3, p. 290 (sommaire), note K. LEMMENS, « Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften » ; *Juristenkrant*, 2006/128, p. 16 ; *J.T.*, 2006, p. 458, note E. MONTERO, « Quand la responsabilité en cascade cessera-t-elle de faire des vagues ? » ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1406, note P. DEFOURNY, « Responsabilité de la presse. La faute légère accidentelle du journaliste, l'article 25, alinéa 2, de la Constitution et l'article 18 de la loi

Mettant définitivement un terme à cette controverse, cet arrêt énonce que « par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, le législateur ne peut être présumé avoir entendu violer l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Cette disposition doit donc être interprétée comme ne s'appliquant pas aux journalistes qui exercent leur profession dans les liens d'un contrat de travail ». En précisant cela, la Cour exclut le recours à l'article 18 pour les journalistes, les soumettant directement à l'article 25 de la Constitution¹⁴⁵⁵.

279. - Les potentiels responsables. L'article 25, alinéa 2, évoque l'auteur « connu et domicilié en Belgique », l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur. Soulignons une fois encore que le système vise en premier ressort l'auteur de l'article, faisant peser sur lui seul la responsabilité du contenu de son article. Si l'on compare cela au droit à l'oubli d'informations, l'action civile est introduite soit à l'encontre de l'auteur, soit à l'encontre de l'éditeur. Dans l'environnement numérique, c'est même principalement contre l'éditeur. On le perçoit, le principe de la responsabilité en cascade, s'il devait s'appliquer – *quod non* –, limite fortement le champ d'action du demandeur revendiquant le respect de son droit à l'oubli. Quant à internet, soulignons que l'application de la cascade reste, à l'heure actuelle, controversée.

Il est intéressant de se pencher plus largement sur le rôle de l'éditeur. La responsabilité en cascade impose qu'un éditeur, imprimeur ou distributeur ne puisse en aucune façon être tenu responsable simplement parce qu'il a rendu possible – ou ne s'est pas opposé à – la publication

du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail » ; *J.T.T.*, 2006, p. 332 ; *C.D.P.K.*, 2006, p. 950, note F. VANDEVENNE, « Le journaliste salarié, un cascadeur constitutionnel », et note A. VERDOODT, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de journalist-werknemer » ; *R.G.A.R.*, 2007, 14269 ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1318 (reflet) ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1348, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid » ; *R.G.D.C.*, 2006, p. 610, note A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2 de la Constitution) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) » ; *T.B.P.*, 2007, p. 302.

Partageant ce raisonnement, voy., entre autres, civ. Namur (1^{ère} ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 18 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10 (abrégé), p. 433.

¹⁴⁵⁵ La jurisprudence du fond a suivi la position de la Cour, et précise qu'il en est de même pour l'article 1384, al. 3 du Code civil : voy., parmi d'autres, civ. Liège (6^e ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 606 ; civ. Bruges (1^{re} ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 592, note D. VOORHOOF, « Rechtspraak integreert Code van de Raad voor de Journalistiek bij beoordeling van "fout" in toepassing van art. 1382 B.W. » ; *R.G.A.R.*, 2013/10, n° 15027, note E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? » ; civ. Hasselt (4^{ème} ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Bruxelles, 19 juin 2008, *A&M*, 2009/6, p. 634 (cet arrêt rappelle que l'article 18 ne s'applique en aucun cas aux journalistes, mais pourrait trouver application pour les rédacteurs en chef sous contrat de travail, étant donné que cette fonction n'est pas visée par l'article 25, al. 2 de la Constitution) ; corr. Nivelles (2^{ème} ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 191, note H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken » ; civ. Anvers (5^{ème} ch. B), 23 juin 2005, *A&M*, 2005/5, p. 455 ; *N.j.W.*, 2005/122, p. 987, note E. BREWAEYS ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 mars 2000, *A&M*, 2000/4, p. 460.

et la diffusion de propos répréhensibles¹⁴⁵⁶. Dès lors, l'absence de contrôle ou de surveillance de leur part ne constitue pas un fondement suffisant pour les tenir responsables¹⁴⁵⁷. Ladite exonération n'est envisageable que pour autant qu'ils n'aient joué aucun rôle dans l'élaboration intellectuelle du texte ainsi que dans son écriture¹⁴⁵⁸. S'ils sont sortis de leur fonction initiale (s'ils commandent, retouchent, corédigent, s'immiscent dans la rédaction d'un écrit, etc.), les éditeurs, imprimeurs et/ou distributeurs pourront être attraités devant la justice, non pas en qualité d'auxiliaires de publication, mais bien en tant que coauteurs¹⁴⁵⁹. Dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 29 juin 2000, un tel raisonnement est avalisé : il y a responsabilité distincte de l'éditeur lorsqu'il effectue de la « publicité tapageuse » autour d'un article¹⁴⁶⁰. La Cour considère de la sorte qu'il faut distinguer l'auteur, tenu potentiellement responsable pour les propos émis dans son article, et l'éditeur, tenu potentiellement responsable pour des fautes commises dans le processus de diffusion de cet écrit. La jurisprudence a majoritairement suivi ce raisonnement en admettant une responsabilité dans le chef de l'éditeur dès lors qu'il ne se serait pas comporté comme tout éditeur normalement prudent et soucieux de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui¹⁴⁶¹. Selon certains auteurs, l'arrêt de la Cour de cassation restreint

¹⁴⁵⁶ Voy., parmi d'autres, civ. Hasselt (4^{ème} ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 14 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1424 (sommaire) ; civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 12 décembre 2003, *A&M*, 2004/2, p. 193. Dans un sens contraire, voy. notamment J. MILQUET, *op. cit.*, 1989, p. 38.

¹⁴⁵⁷ Civ. Gand (16^{ème} ch.), 26 mars 2010, *A&M*, 2011/1, p. 99 ; *N.j.W.*, 2010, p. 546, note E. BREWAEYS, « Opnemen van telefoongesprekken en schending van privacy » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 227 (sommaire). Comp. civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45. Le jugement prend – à tort – en compte le manquement de l'éditeur à son obligation de contrôle et de surveillance.

¹⁴⁵⁸ Voy. civ. Bruxelles (20^e ch.), 15 décembre 2014, *A&M*, 2015/2, p. 200, note ; *N.j.W.*, 2015, p. 406, note E. BREWAEYS, « Aansprakelijkheid uitgever bij publiceren van privéleven van bekende personen » ; *Computerr.*, 2015, p. 152, note Y. VAN DER SYPE et E. KINDT, « Schadevergoedingen wegens het niet respecteren van privé- en familielevens door de pers » ; civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597 ; civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 24 novembre 1998, *inédit*, cité par F. JONGEN, C. DONY, *op. cit.*, p. 860, note 49.

¹⁴⁵⁹ Voy., parmi d'autres, P. ROBERT, *op. cit.*, p. 19 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », in A. STROWEL, F. TULKENS, B. DEJEMEPE (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 99.

¹⁴⁶⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2000, *A&M*, 2000/4, p. 443, note E. BREWAEYS, « Het Hof van Cassatie en het verbod van censuur van art. 25 G.W. » ; *Pas.*, 2000, p. 420 ; *Journ. proc.*, 2000/398, p. 24, note F. TULKENS et A. STROWEL, « L'arrêt Leempoel et Editions Ciné Revue : de l'art de mettre fin à une controverse » ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 581 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? » ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13473 ; *Bull.*, 2000, p. 1222 ; *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-2001, p. 263, note A. VERDOODT, « Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 25 van de Grondwet » ; *R. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? ».

¹⁴⁶¹ Voy., parmi d'autres, ces jugements mettant en cause la responsabilité de l'éditeur : civ. Liège (6^{ème} ch.), 24 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 963 ; civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 28 septembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 233 ; civ. Gand (16^{ème} ch.), 19 novembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 246 ; civ. Gand (16^{ème} ch.), 26 mars 2010, *A&M*, 2011/1, p. 99 ; *N.j.W.*, 2010, p. 546, note E. BREWAEYS, « Opnemen van telefoongesprekken en schending van privacy » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 227 (sommaire) ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45 ; civ. Hasselt (4^{ème} ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2009, *A&M*,

la portée de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution en ce qu'il permet, désormais, de responsabiliser l'éditeur – qui jusqu'ici semblait totalement exonéré – pour des fautes indépendantes du contenu de l'opinion éditée¹⁴⁶². Il est difficile de partager cet avis : les développements proposés par la Cour de cassation découlent de l'essence même du principe de la responsabilité en cascade. S'il fallait cependant y voir une restriction, elle paraît être souhaitable compte tenu d'une évolution dans l'économie actuelle de la presse. La plupart des journalistes sont désormais engagés dans les liens d'un contrat de travail, impliquant une subordination à des choix largement imposés par la direction du quotidien, le rédacteur en chef ou l'éditeur¹⁴⁶³. Cet élément explique notamment que, pour certains, la disposition est devenue inadéquate. L'arrêt de la Cour a été confirmé par une jurisprudence désormais abondante, ceci permettant de considérer l'éventuelle faute de l'éditeur dans le cadre de l'application du droit à l'oubli comme indépendante du système d'imputabilité isolée et successive mis en place par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution.

Section 2. Le passage obligé par la responsabilité civile

280. - L'article 1382 comme fondement de la responsabilité des médias. Compte tenu des développements proposés dans la section précédente, l'on comprend aisément le rôle important que joue la responsabilité civile extracontractuelle pour la presse et les victimes potentielles des médias. Le passage par les articles 1382 et 1383 du Code civil pour assurer une protection efficace du droit à l'oubli d'informations journalistiques n'est pas étonnant au moins pour deux raisons. Premièrement, parce que c'est sur cette disposition que reposent de nombreuses actions

2011/1, p. 81, note B. DELBECKE, « Persoonlijke kritiek op magistraten : grenzen en verweermiddelen » ; Liège (7^{ème} ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, p. 414, note J. ENGLEBERT, « Le jugement de valeur, l'amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements » ; *J.T.*, 2009, p. 436, note L. VAN BUNNEN, « La responsabilité du journaliste et celle de l'éditeur » ; civ. Namur (1^{ère} ch.), 18 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005/502, p. 26 ; civ. Namur (1^{ère} ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896. Voy. encore civ. Hasselt (4^{ème} ch. A), 14 juin 2010, *A&M*, 2011/2, p. 250 qui énonce que « [d]e omstandigheid dat de uitgever werkt onder een arbeidsovereenkomst kan dan ook niet de trapsgewijze aansprakelijkheid van de schrijver, de uitgever, de drukker en de verspreider uithollen. Dit maakt dat ook art. 18 W.A.O. niet kan worden ingeroepen door de uitgever die onder een arbeidsovereenkomst werkt ».

¹⁴⁶² Voy. notamment J. ENGLEBERT, « Le jugement de valeur, l'amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements », note sous Liège (3^{ème} ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, spéc. pp. 419 et 420 ; D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersmisdrijf en het verbod van censuur verder af ? », *Rec. Cass.*, 2001, p. 30.

¹⁴⁶³ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 519, n° 791.

visant à voir respecter divers droits de la personnalité¹⁴⁶⁴. Deuxièmement, parce qu'à défaut de disposition plus spécifique, l'article 1382 permet d'obtenir un dédommagement à la suite d'un préjudice subi par une personne.

L'application de l'article 1382 du Code civil ne fait plus l'objet de débat. Comme l'écrit Koen Lemmens, « l'article 1382 [...] constitue la principale limite à la liberté de la presse et à la liberté d'expression. L'article, vu son libellé général, permet de sanctionner des actes illicites, qu'il s'agisse des violations de la loi ou de l'obligation générale de prudence. De ce fait, tout acte humain – l'omission comprise – peut être assujéti à un examen de diligence sous l'angle de l'article 1382 C. Civ., même si aucune régulation spécifique ne s'applique »¹⁴⁶⁵. Vu sous un autre angle, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que « [l]a liberté d'expression de la presse et notamment son devoir d'informer n'apporte aucune restriction au principe énoncé par l'art. 1382 C. civ. Le droit à cette liberté demeure limité par l'interdiction de porter atteinte aux droits d'autrui. Il appartient au juge d'apprécier dans chaque cas d'espèce s'il y a eu ou non violation des obligations qui sont celles d'un journaliste prudent et avisé »¹⁴⁶⁶. Enfin, cette application est désormais étendue au droit à l'oubli d'informations. L'application de l'article 1382 du Code civil est, au départ, une initiative de la jurisprudence « hésitante, rare et peu explicite [dans laquelle] le droit à l'oubli est alors invoqué comme l'un des fondements juridiques possibles dans des actions en responsabilité qui permettent à une personne d'obtenir réparation lorsque des événements de son passé ont été divulgués »¹⁴⁶⁷.

L'article 1382 du Code civil énonce que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Quant à l'article 1383, il porte que « [c]hacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». L'objectif de ces deux dispositions n'est non pas de punir l'auteur mais bien de permettre à la victime d'obtenir une réparation conforme au dommage qu'elle a subi en raison d'un comportement fautif¹⁴⁶⁸. Pour

¹⁴⁶⁴ Pour un large examen de cette question, voy. S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2016, 788 p.

¹⁴⁶⁵ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 365, n° 498.

¹⁴⁶⁶ Cass., 29 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 232 ; Cass., 19 octobre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 109 ; Cass., 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215. Reprenant le même principe, voy., parmi de nombreuses décisions, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 8 novembre 2011, *A&M*, 2012/2-3, p. 261 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mai 2000, *A&M*, 2000/4, p. 468 ; civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen ».

¹⁴⁶⁷ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, pp. 389 et 390.

¹⁴⁶⁸ Sur la transformation de l'objectif indemnitaire en un objectif punitif, voy. *infra*.

qu'un média, un journaliste ou un éditeur puisse être tenu responsable, la victime doit démontrer l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. En l'absence de la réunion de ces trois conditions cumulatives, aucune responsabilité civile ne peut être engagée.

281. - De l'article 1382 à l'article 5.146. Dans le cadre d'une importante réforme du Code civil initiée par le Ministre Koen Geens mais non encore entérinée, la matière de la responsabilité civile extracontractuelle subirait quelques modifications importantes. L'article 1382 du Code civil cèderait sa place à l'article 5.146 du même code qui préciserait désormais que « [q]uiconque cause, par sa faute, un dommage à autrui est tenu de le réparer ». La philosophie de cette disposition n'est pas tellement différente de celle de l'article 1382. Trois éléments peuvent être soulignés. Premièrement, la formulation semble simplifiée. Deuxièmement, le « fait quelconque de l'homme » est remplacé par la notion de « faute », sans doute dans un souci de clarté et de simplification. L'article 1382 n'évoque la faute qu'au regard de la condition du lien de causalité. La faute est en outre définie dans les nouvelles dispositions (voy. *infra*). Troisièmement, toute référence à « l'homme » est supprimée. De sorte que l'on peut légitimement sans aucun doute considérer qu'une personne morale pourrait être tenue responsable extracontractuellement. A ce titre, l'article 5.144 pose le principe d'« [é]galité de traitement des personnes morales et physiques » en soutenant que « [l]es dispositions du présent chapitre s'appliquent tant aux personnes morales, privées et publiques, qu'aux personnes physiques, à moins que le contraire ne découle de la loi ou que cette application soit incompatible avec la nature même de la personne morale »¹⁴⁶⁹. L'évidence même est ici consolidée – s'il le fallait encore – par une disposition du Code.

Quant à l'article 1383 du Code civil, il semble ne plus être repris dans la nouvelle codification.

Chapitre 1^{er}. L'atteinte fautive

¹⁴⁶⁹ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018). Sur l'application d'un droit à l'oubli d'informations journalistiques pour les personnes morales, voy. *infra*.

282. - Introduction. Dès lors que l'on inscrit la mise en œuvre concrète du droit à l'oubli d'informations journalistiques dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle, à défaut d'autres dispositions plus précises, il faut démontrer qu'il existe une faute – ou plutôt une atteinte fautive au droit à l'oubli –, un dommage et un lien de causalité. Dans le cadre d'une application d'une telle action au droit à l'oubli, il est préférable de recourir à l'expression « atteinte fautive », plutôt qu'au terme « faute ». En effet, il faut envisager le cas où l'atteinte au droit à l'oubli d'informations journalistiques ne sera pas considérée comme étant fautive.

Ce premier chapitre, consacré à l'atteinte fautive, constitue le cœur de nos réflexions. Dans un premier temps, sont développés quelques propos relatifs à la détermination de l'atteinte fautive dans le cadre de son application au droit à l'oubli d'informations journalistiques (section 1^{ère}). Ensuite, l'on se penchera sur l'ensemble des critères devant être pris en compte pour effectuer la mise en balance dans laquelle la détermination de l'atteinte fautive doit obligatoirement s'inscrire (section 2).

Section 1^{ère}. La détermination de l'atteinte fautive

283. - La structure des développements. Bien que l'utilisation de l'expression « atteinte fautive » soit préférée, il est essentiel de rappeler brièvement la définition donnée en droit civil au concept de faute (§ 1^{er}) ainsi que les éléments devant être pris en compte pour apprécier son existence (§ 2). Ces considérations générales doivent ensuite permettre de déterminer plus clairement l'atteinte fautive dans le cadre spécifique d'une action visant le droit à l'oubli d'informations journalistiques (§ 3). Enfin, la section se clôt par une intégration de la mise en balance des intérêts en jeu, à la façon de la Cour européenne des droits de l'homme, dans cette action en responsabilité civile extracontractuelle (§ 4).

§ 1^{er}. La définition de la faute

284. - La définition de la faute. Jean Dabin et André Lagasse définissent la faute comme « un manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif...) soit dans une série de règles de vie sociale, de

morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle..., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »¹⁴⁷⁰. Longtemps, la législation ne s'est pas risquée à proposer une définition de la notion de faute. Ce pas est pourtant franchi dans le cadre de la réforme du Code civil en matière de responsabilité extracontractuelle. L'article 5.147 définit la faute comme étant « un manquement à une règle de conduite qui résulte de la loi ou à la règle générale de prudence qu'il convient de respecter dans les rapports sociaux »¹⁴⁷¹.

285. - Les éléments constitutifs de la faute. L'application de la faute telle que comprise dans le cadre d'une application de l'article 1382 du Code civil requiert deux éléments.

Le premier traduit la capacité de discernement de l'auteur de la faute. Cet élément subjectif devant être mesuré au moment de l'accomplissement de la faute s'apparente concrètement à une condition d'imputabilité de la faute : un journaliste ou un éditeur est-il en mesure de comprendre le caractère dommageable de sa publication ? Cette faute lui est-elle imputable ? Cette question ne serait donc plus d'actualité avec l'adoption de la réforme en matière de responsabilité civile extracontractuelle. En effet, l'on devrait alors parler d'une faute objective, « dépouillée de son élément subjectif »¹⁴⁷². Le simple fait de transgresser une disposition légale ou réglementaire, voire même le principe général de prudence, serait un manquement fautif, entraînant la responsabilité de son auteur ainsi qu'une obligation d'indemnisation¹⁴⁷³. Clairement, le recours à ce concept de faute objective renforce la protection des victimes¹⁴⁷⁴.

Le second élément constitutif de la faute est objectif et n'a pas subi de modification. Celui-ci se matérialise soit par le non-respect d'une norme écrite, soit par le non-respect d'une

¹⁴⁷⁰ J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939-1948). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

¹⁴⁷¹ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

¹⁴⁷² Q. ALALUF, T. COPPÉE, A. KAPITA, I. LUTTE, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, 1^{er} mai 2018, disponible sur le site www.droitbelge.be, consulté le 29 juin 2018, p. 15.

¹⁴⁷³ En ce sens, voy. Cass. (1^{ère} ch.), 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, p. 41, note J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective » ; *For. ass.*, 2017, p. 211, note B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? ».

¹⁴⁷⁴ Q. ALALUF, T. COPPÉE, A. KAPITA, I. LUTTE, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, *op. cit.*, p. 15.

obligation générale de prudence qui s'impose à tous, c'est-à-dire une règle de conduite non écrite. Dans le premier cas, cela concerne la violation de dispositions légales ou réglementaires qui limitent l'activité du journaliste. On retrouve, par exemple, les règles relatives à la violation du droit au respect à la vie privée (articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme), à la présomption d'innocence (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme), au droit à l'image, etc. Dans le second cas, la norme non écrite requiert de la part de tout journaliste ou éditeur l'adoption d'un comportement que tout autre journaliste ou éditeur, placé dans les mêmes circonstances, aurait eu. En d'autres termes, il s'agit de s'assurer que le journaliste ou éditeur a agi comme l'aurait fait tout autre journaliste ou éditeur normalement prudent et diligent, placé dans un contexte identique. L'article 5.147 précité traduit sans doute cela en faisant écho à la notion de convenance dans des rapports sociaux. Pour Koen Lemmens, « [i]l faut être conscient du danger que comporte la possibilité pour le juge d'utiliser le concept du *bonus pater familias* pour présenter comme "fautif" tout ce qu'il désapprouve ou tout ce qui n'est pas souhaitable du point de vue social »¹⁴⁷⁵. Cette mise en garde prend désormais encore plus de sens depuis l'insertion explicite de la norme sociale à l'article 5.147 du Code civil. Cela étant, l'auteur relativise en mentionnant l'existence de contrepoids permettant de « contrebalancer cette emprise sociale »¹⁴⁷⁶. Enfin, si l'on revient aux deux catégories de faute, il faut préciser qu'elles peuvent éventuellement se cumuler : un média peut porter atteinte à la vie privée ou à l'honneur d'un tiers parce que le journaliste n'a pas respecté son obligation de prudence. Mais l'atteinte aux droits de la personnalité peut aussi être sanctionnée de façon autonome, sans qu'une obligation professionnelle pure ait été préalablement violée.

286. - La faute par action ou par omission. Selon la définition doctrinale proposée, la faute se produit « par acte ou par omission ». Ceci signifie que le manquement peut être constitué non seulement par un acte positif (le fait de publier des informations portant atteinte à l'honneur, la présentation de rumeurs comme informations vraies, etc.), mais aussi par une omission ou un silence. Il y a dès lors lieu de considérer que « le fait de donner des informations de manière non complète peut en altérer tout à fait le contenu et être dès lors aussi fautif et préjudiciable pour les personnes que ne l'est la diffusion d'une information inexacte. L'abstention est, en effet, susceptible de constituer une faute quasi-délictuelle ou délictuelle au même titre que

¹⁴⁷⁵ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 368, n° 504.

¹⁴⁷⁶ *Ibidem*.

l'action »¹⁴⁷⁷. Toutefois, une faute d'abstention isolée a peu de risques d'être poursuivie si elle n'a pas eu pour conséquence une atteinte à un droit de la personnalité. En ce qui concerne le droit à l'oubli d'informations journalistiques, lorsque le support visé est internet, la faute est faite par omission : ne pas anonymiser un article présent dans des archives en ligne suite à une demande de la part de la personne visée par cet article pourrait être constitutif d'un manquement fautif dès lors que le refus d'anonymiser porte atteinte au droit à l'oubli.

287. - Catégoriser les fautes. Partant de la distinction opérée ci-avant, certains auteurs sont allés plus loin en tentant de catégoriser différentes sortes de fautes à reprocher aux journalistes : « fautes résultant d'un acte d'omission ; fautes résultant de la violation des obligations liées à la recherche d'informations ou des obligations liées à la diffusion de l'information ; fautes résultant de la violation du devoir de stricte véracité à l'égard des faits ; atteinte à la dignité humaine ; atteinte à la vie privée ; atteinte au droit à l'image, etc. »¹⁴⁷⁸. Ce genre de catégorisation de la faute s'avère cependant périlleux. Les jugements procèdent souvent d'une appréciation *in concreto* et s'attardent rarement à distinguer tel ou tel type de faute. Une certaine confusion peut même conduire le juge à mélanger les notions en cause.

288. - La preuve de l'atteinte à un droit de la personnalité. Enfin, l'existence d'une faute particulière doit-elle être prouvée par la victime d'une atteinte à un droit de la personnalité ? Marc Isgour résume parfaitement la situation, s'inspirant de plusieurs auteurs distincts. Il remarque que « [p]our Thierry Léonard, il faut admettre une catégorie de faute spécifique au départ de la violation des droits subjectifs au sens strict qui, comme toute faute, comporte un critère objectif et un critère subjectif. Le premier critère étant constitué de la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité du droit subjectif qui s'impose à tous indépendamment des circonstances de sa violation (sauf application de la théorie correctrice de l'abus de droit). Le second critère étant, lui, constitué de l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif. De leur côté, Bernard Dubuisson, Vincent Callewaert, Bretrant De Coninck et Grégoire Gathem ne voient pas ce qui empêcherait de considérer que la violation d'un droit subjectif constitue l'élément matériel de la faute civile »¹⁴⁷⁹. Ces derniers auteurs estiment que l'élément matériel

¹⁴⁷⁷ J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, pp. 81 et 82.

¹⁴⁷⁸ M. ISGOUR, « La presse, sa liberté et ses responsabilités », *op. cit.*, p. 99, n° 49. L'auteur renvoie notamment à J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, pp. 36 et s. ; E. MONTERO, H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias. Volume 2. Les devoirs et responsabilités des acteurs des médias : aperçu de la jurisprudence belge », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2003, pp. 7 et s.

¹⁴⁷⁹ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », in R. ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis,

de la faute « s'apparenterait dès lors à la violation de la norme légale qui fonde le droit subjectif et énonce le principe de son opposabilité »¹⁴⁸⁰.

§ 2. L'appréciation de la faute

289. - Les facteurs d'appréciation. Dans le cadre de la réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle, l'élément objectif, désormais seule composante de la faute, est précisé à travers une série de critères d'appréciation, issus au départ de la jurisprudence et formalisés dans le cadre de cette réforme. L'article 5.148, § 1^{er}, précise que « [d]ans le cas où la règle de conduite impose un comportement déterminé, la faute se déduit de la violation de cette règle ». Il permet de formaliser dans le futur code le principe selon lequel la non-réalisation d'une obligation de résultat est constitutive d'une faute, permettant d'engager la responsabilité du débiteur de cette obligation¹⁴⁸¹. Alors que ce premier paragraphe porte davantage sur le non-respect d'une règle de conduite précise, le second paragraphe apporte des éclaircissements sur le fait de ne pas respecter l'obligation générale de prudence. Il mentionne à cet égard qu'un manquement à une telle règle « s'apprécie par rapport au comportement qu'aurait eu une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances ». Autrement dit, l'article 5.148, § 2, codifie la référence au *bonus pater familias*. Le texte poursuit en octroyant au juge quelques « outils d'aide à la décision » afin qu'il puisse apprécier l'existence d'une faute¹⁴⁸². Six outils sont proposés, formant une liste non exhaustive et non contraignante¹⁴⁸³ : « la nature et l'étendue des conséquences dommageables possibles ; les coûts et efforts nécessaires pour éviter le dommage ; l'état des connaissances scientifiques ; les meilleurs techniques disponibles à un coût qui n'est pas déraisonnable ; les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ; les principes de bonne administration et de bonne organisation ».

2017, pp. 99 et 100. L'auteur se réfère à T. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013/10, p. 982 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 47.

¹⁴⁸⁰ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 47.

¹⁴⁸¹ Q. ALALUF, T. COPPÉE, A. KAPITA, I. LUTTE, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, op. cit., p. 16.

¹⁴⁸² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 novembre 2017, p. 50 (version du 22 août 2018).

¹⁴⁸³ L'article 5.148, § 2, al. 2, précise que ces six éléments « peuvent notamment être pris en considération » (nous soulignons).

La jurisprudence n'a pas attendu ces précisions législatives pour apprécier la faute au regard d'éléments liés à l'espèce. Les décisions se fondent en outre sur les différentes dispositions légales applicables, la déontologie, les usages professionnels et les règles de l'art. Cette analyse est faite *in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte de critères aussi variés que le type de média, le type de journalisme en cause, la nature de l'information, l'identité de la personne visée par l'information, les circonstances de temps et de lieu, etc. La jurisprudence fonctionne essentiellement au cas par cas, tout en tirant quelques enseignements généraux. Dans le cadre d'actions relatives au droit à l'oubli, plusieurs balises ont été proposées par les décisions jurisprudentielles et formalisées par la doctrine¹⁴⁸⁴. Elles témoignent de cette approche *in concreto*.

§ 3. L'atteinte au droit à l'oubli d'informations journalistiques

A. La responsabilité des éditeurs et la responsabilité des exploitant des moteurs de recherche

290. - La distinction des responsabilités sur internet. Dans le cadre du droit à l'oubli, les actions sont introduites tantôt à l'encontre de l'éditeur d'un site web, voire l'auteur d'un article ou d'une émission litigieuse, tantôt à l'encontre de l'exploitant d'un moteur de recherche. Les développements s'inscrivant dans le droit belge doivent alors prendre en compte quelques enseignements tirés de la jurisprudence européenne.

Il importe dès lors de rappeler, en guise de préalable, que les deux juridictions européennes évoquent la nécessité de distinguer la responsabilité des moteurs de recherche de la responsabilité des éditeurs d'un site web. Les juges strasbourgeois semblent, sur cet élément, s'être largement inspirés du raisonnement tenu par leurs homologues luxembourgeois. En effet, l'analyse proposée sur ce point est fortement identique, qu'elle soit proposée dans l'arrêt *Google Spain*¹⁴⁸⁵ ou dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*¹⁴⁸⁶. La première affaire porte sur

¹⁴⁸⁴ Voy. *infra* (section 2).

¹⁴⁸⁵ C.J.U.E., 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

¹⁴⁸⁶ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

une action intentée à l'encontre du moteur de recherche par un internaute voyant des résultats compromettants à son sujet apparaître lors de recherches à partir de ses nom et prénom. L'internaute se fonde sur la réglementation sur les données à caractère personnel pour soutenir sa demande de déréférencement. Dans la seconde, les requérants sont d'anciens condamnés pour meurtre souhaitant voir des articles relatifs à la procédure judiciaire dont ils ont été les acteurs principaux être supprimés. Leur action est dirigée contre les éditeurs de site web et prend appui essentiellement sur la protection du droit à la vie privée (notamment l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme).

291. - Les effets amplificateurs des moteurs de recherche. Les deux décisions mettent en exergue le côté « amplificateur » joué par les moteurs de recherche. La Cour européenne note « que c'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants tenus à la disposition par les médias concernés peuvent facilement être repérées par les internautes » (§ 97), évoquant ensuite à propos des informations litigieuses le fait que « les moteurs de recherche ne [font] qu'amplifier la portée » (§ 97) de la diffusion. Elle parle explicitement de l'« effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations » (§ 97). La Cour de justice de l'Union affirme, elle, qu'« il est constant que cette activité des moteurs de recherche joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées » (§ 36). De cet effet amplificateur, la Cour tire la conclusion que le traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche « est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée » (§ 87), dès lors que l'accessibilité à l'information en est grandement facilitée. Cette hiérarchie des responsabilités n'est pas faite explicitement par la Cour européenne. Cependant, on peut considérer qu'elle l'ait fait implicitement. Dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, la Cour analyse « le contenu, la forme et les répercussions » des publications litigieuses : « tout en étant consciente de l'accessibilité durable de toute information une fois publiée sur Internet, [elle] constate que les requérants n'ont pas fait part des tentatives qu'ils auraient faites de s'adresser aux exploitants des moteurs de recherche pour réduire la détectabilité des informations sur leurs personnes »¹⁴⁸⁷. On pourrait voir derrière cette

¹⁴⁸⁷ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 114. Voy. aussi Cour eur. D.H. (déc.), 7 février 2017, *Phil c. Suède*, req. 74742/17 ; Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13, § 53.

affirmation une tentative de hiérarchiser les responsabilités dès lors que la Cour semble prendre en compte, malgré la distinction et l'indépendance des deux responsabilités, le fait que les requérants n'aient pas agi contre les moteurs de recherche, cette omission impliquant un degré de diffusion plus important des informations litigieuses.

Cet effet amplificateur ne joue pas seulement dans la diffusion de l'information. Il s'applique aussi à l'ingérence commise. A Strasbourg, les juges écrivent que les moteurs de recherche amplifient « la portée de l'ingérence » dans le droit à la vie privée (§ 97). A Luxembourg, ils précisent que « l'organisation et l'agrégation des informations publiées sur Internet effectuées par les moteurs de recherche dans le but de faciliter à leurs utilisateurs l'accès à celles-ci peut conduire, lorsque la recherche de ces derniers est effectuée à partir du nom d'une personne physique, à ce que ceux-ci obtiennent par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet leur permettant d'établir un profil plus ou moins détaillé de la personne concernée » (§ 37). Ils ajoutent que « l'activité d'un moteur de recherche est donc susceptible d'affecter significativement et de manière additionnelle par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel » (§ 38). Ils constatent cependant, on ne peut plus clairement, que tant les moteurs de recherche que les éditeurs effectuent des traitements de données qui affectent les droits fondamentaux de la personne concernée (§ 83).

292. - Une nécessaire distinction des responsabilités. Se fondant sur ces deux constats initiaux, les deux juridictions concluent alors à une distinction nécessaire des responsabilités de ces deux acteurs d'internet. La Cour de justice de l'Union européenne souligne « que le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de l'activité d'un moteur de recherche se distingue de et s'ajoute à celui effectué par les éditeurs de sites web, consistant à faire figurer ces données sur une page Internet » (§ 35). La Cour européenne des droits de l'homme soutient que « les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre,

d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci » (§ 97).

B. La faute : l'atteinte au droit à l'oubli

293. - Le non-respect du droit à l'oubli d'informations journalistiques constitutif d'une atteinte fautive. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques est consacré, comme il a été précisé ci-avant (voy. *supra*), par les dispositions relatives à la protection du droit à la vie privée. Il existe une importante jurisprudence qui, en matière civile, indemnise la victime d'une atteinte à ce droit fondamental, qu'il s'agisse d'une violation de la vie privée *sensu stricto*, de l'honneur ou encore d'une action en diffamation.

Dans le cadre plus précis du droit à l'oubli, une atteinte à cette prérogative peut, elle-aussi, être constitutive d'une faute et aboutir à la réparation du préjudice subi, au sens de l'article 1382 du Code civil (ou de l'article 5.147 du Code civil). Cela étant, il faut en réalité distinguer deux types de faute en fonction du type de médias¹⁴⁸⁸. Dans les médias dits « traditionnels », c'est-à-dire la presse écrite et l'audiovisuel, la faute reprochée consiste en un rappel inopportun de certaines informations considérées, au moment de ce rappel, comme d'ordre privé. Le droit à l'oubli est en effet invoqué dans les cas spécifiques où un journaliste rappelle des éléments anciens, ce rappel n'ayant aux yeux de la victime aucune nécessité et portant de la sorte atteinte à sa volonté que des informations soient oubliées. L'action est ici introduite à l'égard d'un journaliste qui, sous le prétexte d'avoir déjà diffusé par le passé certaines informations, croit nécessaire de les rediffuser. Dans le cadre d'internet, la jurisprudence européenne indique que « l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés du publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public », et d'ajouter encore que « ce n'est pas la licéité des reportages lors de leur première parution ou leur mise à disposition sur les portails Internet des médias concernés que les requérants mettent en cause, mais la possibilité d'accès à ces reportages

¹⁴⁸⁸ Voy. S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 23, n° 22. L'auteure ne partage pas notre approche. Elle précise que « [l']acte de diffusion reste le même dans les deux cas, seule la nature du support est modifiée, ce qui ne permet pas de caractériser différemment la faute. Seule l'importance du dommage est sans doute amplifiée, ce qui ne suffit pas à retenir la faute ».

longtemps après »¹⁴⁸⁹. Quant à la jurisprudence belge, elle permet de considérer que la faute découle d'un refus de la part de l'éditeur ou, éventuellement, du journaliste, de supprimer certaines informations disponibles en ligne, de les anonymiser, voire de les déréférencer. La faute constitue en réalité le fait, pour l'éditeur, d'avoir laissé subsister dans les archives numériques les noms de certaines parties alors même que des demandes d'anonymisation leur ont été transmises par les personnes visées. Il est par conséquent nécessaire, préalablement à l'introduction d'une action en responsabilité civile extracontractuelle par la personne qui s'estime lésée, d'introduire une demande auprès de l'organe de presse, éditeur ou journaliste pour requérir cette suppression, cette anonymisation ou ce déréférencement, justifiant cette demande par une atteinte au droit à la vie privée, entendu dans sa composante droit à l'oubli d'informations journalistiques. En cela, les demandeurs postulent que les éditeurs n'ont pas eu le comportement que tout autre éditeur suffisamment prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, aurait adopté. C'est donc sous l'angle de l'éditeur en tant que « bon père de famille », entendu aussi comme le professionnel normalement prudent et diligent, que l'on se place pour juger de l'existence d'un comportement fautif.

294. - L'appréciation de la faute. L'appréciation du caractère fautif s'effectue en se plaçant au moment où l'information litigieuse a été diffusée par le journaliste. Il n'appartient pas au juge de tenir compte d'éléments d'information ou d'appréciation postérieurs et dont le journaliste ne pouvait disposer à l'époque de la diffusion, pour conclure au caractère fautif de l'information¹⁴⁹⁰. En d'autres mots, le juge doit faire œuvre de fiction, en ne prenant pas en compte les données postérieures à la diffusion de l'information litigieuse, sous peine de biaiser l'analyse du comportement du journaliste. Cela étant, dans le cas précis des archives numériques, la jurisprudence précise que la responsabilité des éditeurs s'apprécie au moment où les demandes d'anonymisation sont formulées et non, comme on aurait pu le penser, au moment où ces demandes sont refusées¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁹ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, §§ 97 et 99.

¹⁴⁹⁰ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 janvier 2014, *A&M*, 2014/3-4, p. 274 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 13 avril 2010, *A&M*, 2010/5-6, p. 579.

¹⁴⁹¹ Voy. notamment Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note ; civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

C. Les exonérations de responsabilité des intermédiaires

295. - Les exonérations pour les activités de transport, stockage et d'hébergement. Il peut être légitime de se demander ce qui justifie le fait que, sur internet, l'exigence d'oubli ne se fasse qu'après une demande auprès de l'éditeur du site web. L'objectif sous-jacent est d'éviter de faire directement peser sur les épaules des gestionnaires de sites internet une obligation d'anonymisation, de déréférencement, de pseudonymisation ou de suppression d'informations. Ceci impliquerait de leur part un examen constant des informations qu'ils stockent et/ou transportent afin de s'assurer que celles-ci soient respectueuses des divers droits pouvant être revendiqués. Il faut établir ici un parallèle avec le régime particulier en faveur des intermédiaires sur internet. En effet, la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur¹⁴⁹² organise des exonérations conditionnelles pour trois types d'intermédiaire : ceux qui transportent, ceux qui stockent et ceux qui hébergent des informations. Transposée initialement dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹⁴⁹³, la directive est actuellement intégrée dans le Code de droit économique, aux articles XII.17 à XII.20. Ces exonérations de responsabilité s'appliquent « quel que soit le droit en cause, peu importe qu'il y ait une atteinte aux droits intellectuels, au droit à la vie privée, au droit à l'image ou à d'autres droits »¹⁴⁹⁴. En outre, à l'instar de la responsabilité en cascade, les exonérations valent tant pénalement que civilement¹⁴⁹⁵. Dans le cadre des procédures civiles – celles visées précisément dans nos développements –, « le texte communautaire limite la responsabilité en

¹⁴⁹² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 178 du 17 juillet 2000 p. 1. La directive pourrait être, « à brève échéance », modifiée afin de rendre davantage compte des problématiques liées au contenu illicite en ligne et au rôle important des plateformes (voy. à ce propos, H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires. Etat des lieux et perspectives », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, Coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 66 et 67, n° 5.

¹⁴⁹³ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003. La loi a été abrogée par la loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertions des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.

¹⁴⁹⁴ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 783, n° 1105.

¹⁴⁹⁵ Voy. le projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, 25 octobre 2002, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, n° 2100/001, p. 10.

matière de dommages-intérêts, tout en laissant ouverte la possibilité d'agir en cessation (en référé) »¹⁴⁹⁶.

Les exonérations de responsabilité valent pour les intermédiaires ayant des activités de « simple transport » (articles 12 de la directive et XII.17 du C.D.E.), de « caching » ou stockage temporaire de données (articles 13 de la directive et XII.18 du C.D.E.), ainsi que celles relatives à l'hébergement (articles 13 de la directive et XII.19 du C.D.E.). Sans entrer largement dans le détail de ces trois régimes, plusieurs caractéristiques communes à ces trois exonérations conditionnelles peuvent être soulignées. Premièrement, ces « prestataires n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites » (article XII.20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.D.E.). Pour Hervé Jacquemin, « il [est] heureux que ce principe soit consacré par la loi. Outre qu'on peut douter de l'efficacité de tels contrôles systématiques, et de leur mise en œuvre à des coûts raisonnables, on prenait le risque de voir le prestataire procéder à des actes de censure préventive, pour éviter de voir sa responsabilité engagée »¹⁴⁹⁷. Cela étant, cette absence « n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par la loi » (article XII.20, § 1^{er}, alinéa 2, du C.D.E.). En outre, les prestataires sont soumis à une obligation de collaboration avec les autorités administratives ou judiciaires (article XII.20, § 2 du C.D.E.)¹⁴⁹⁸, celle collaboration étant « réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande »¹⁴⁹⁹ desdites autorités (alinéa 2).

Ces régimes d'exonération ont été précisément mis en place parce que l'on « craignait que ces prestataires – pourtant indispensables au fonctionnement de l'Internet, se retirent du

¹⁴⁹⁶ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 784, n° 1108. La directive indique en effet que les exonérations n'affectent pas « la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation » (articles 12, § 3 ; 13, § 2 et 14, § 3 de la directive).

¹⁴⁹⁷ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires. Etat des lieux et perspectives », op. cit., p. 86, n° 19.

¹⁴⁹⁸ Selon l'exposé des motifs de la loi du 11 mars 2003, « l'absence d'une obligation générale de surveillance à charge des prestataires (sauf cas spécifiques) [est] contrebalancée par une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes dès lors qu'ils auraient connaissance d'infractions » (projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, 25 octobre 2002, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, n° 2100/001, p. 10).

¹⁴⁹⁹ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires. Etat des lieux et perspectives », op. cit., p. 93, n° 23.

marché ou mettent en place des mécanismes de censure préventive, pour éviter de voir leur responsabilité engagée trop facilement »¹⁵⁰⁰. Cet objectif se retrouve clairement dans notre conception de l'atteinte fautive dans le cadre d'une demande d'oubli d'informations journalistiques dans l'univers numérique. En effet, considérer que les prestataires commettraient une faute simplement parce qu'ils n'ont pas, par eux-mêmes, constaté que des informations journalistiques ne respectaient pas la protection du droit à l'oubli serait en réalité leur imposer une obligation générale de surveillance. Or, la directive européenne l'interdit. En d'autres termes, le simple fait qu'une information portant atteinte au droit à l'oubli soit toujours disponible en ligne n'est pas fautif. Le comportement fautif s'entend du refus, de la part de ces prestataires, de répondre favorablement à une demande d'anonymisation, de pseudonymisation, de déréférencement ou de suppression d'information. Encore faut-il que ce refus – qui constitue l'atteinte au droit à l'oubli – soit fautif, ce qui ne peut évidemment être d'office le cas. Les critères proposés ci-après permettent aux prestataires, dans un premier temps, et aux juges, dans un second, de baliser leur raisonnement.

D. Des réglementations différentes pour des médias différents

296. - Des approches différentes validées par les juridictions européennes. On l'a vu, la conception différente de la faute en fonction du type de média dans le cadre d'une demande de droit à l'oubli d'informations journalistiques s'explique par l'absence d'obligation générale de surveillance (voy. *supra*). Un second élément peut être avancé, non pas pour justifier cette distinction, mais pour la valider – pour autant que cela soit nécessaire. Les textes juridiques ainsi que la jurisprudence européenne ont déjà eu l'occasion d'admettre que des médias puissent faire l'objet de dispositions particulières, compte tenu de leur spécificité. C'est en quelque sorte un tel raisonnement qui est tenu dans la matérialisation de l'atteinte fautive. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme indique que les Etats membre peuvent « soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations », tel n'étant pas le cas pour les autres médias. Quant à la jurisprudence européenne, elle a considéré que « les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus

¹⁵⁰⁰ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires. Etat des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 65, n° 4. Cet objectif peut être rapproché de celui qui a induit l'insertion, dans la Constitution, de la responsabilité en cascade (voy. *supra*).

puissants et immédiats que la presse écrite »¹⁵⁰¹. Quant à internet, la Cour est lucide et « se dit consciente des effets potentiellement néfastes de l’outil numérique pour les autres libertés »¹⁵⁰². Elle estime « qu’à la différence d’un sujet télévisé diffusé à une heure de grande écoute », des informations disponibles dans des archives en ligne ont « une diffusion limitée en raison de leur accessibilité restreinte et de leur emplacement non pas sur les pages consacrées à l’actualité sur les portails Internet des médias concernés, mais dans des rubriques indiquant clairement qu’il s’agissait de reportages anciens »¹⁵⁰³. Paradoxalement, dans un arrêt du 5 mai 2011, elle constate on ne peut plus clairement que « [l]’Internet est certes un outil d’information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l’information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d’usagers partout dans le monde, n’est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l’exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée. Aussi, la reproduction de matériaux tirés de la presse écrite et celle de matériaux tirés de l’Internet peuvent être soumises à un régime différent. Les règles régissant la reproduction des seconds doivent manifestement être ajustées en fonction des caractéristiques particulières de la technologie de manière à pouvoir assurer la protection et la promotion des droits et libertés en cause »¹⁵⁰⁴.

Ajoutons encore que la Cour de justice de l’Union européenne valide l’établissement de règles différentes selon le type de média. Dans son arrêt *eDate Advertising GmbH c. X et Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited*¹⁵⁰⁵, elle se prononce sur un critère de rattachement

¹⁵⁰¹ Voy., notamment, Cour eur. D.H., 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. 48876/08, § 119 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie*, req. 38433/09, § 132 ; Cour eur. D.H., 11 décembre 2008, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, req. 21132/05, § 60 ; Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00, § 39 ; Cour eur. D.H., 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, req. 44179/98, §§ 69 et 74 ; Cour eur. D.H., 19 juin 2003, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99, § 79 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 31.

¹⁵⁰² F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l’oubli », *op. cit.*, p. 296, n° 23.

¹⁵⁰³ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 112.

¹⁵⁰⁴ Cour eur. D.H., 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. 33014/05, § 63. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 58.

¹⁵⁰⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH c. X, et Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited, A&M*, 2012/4, p. 344, note E. TAELEMAN, « Forum shopping en rechtsbescherming tegen onrechtmatige publicaties op internet » ; *CML Rev.*, 2012/3, p. 1211, note J. KUIPERS, « Brussels I regulation: jurisdiction and applicable law relating to a tort » ; *Computerr.*, 2012/1, p. 44, note C. VANLEENHOVE, « Het Hof van Justitie als forum actoris voor slachtoffers van een lasterlijke publicatie op het internet » ; *J.D.E.*, 2011, p. 313 ; *J.T.*, 2002, p. 192, note P. PETERS, « Compétence élargie du tribunal du domicile de la victime d’une atteinte au droit de la personnalité - Quid en cas d’atteinte aux droits intellectuels? » ; *Rev.*

formulé comme suit : le « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire »¹⁵⁰⁶. Ce critère est d'application en cas d'atteinte aux des droits de la personnalité. La Cour admet que « la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son Etat membre d'établissement et en dehors de son contrôle » (§ 45). Les juges ajoutent par conséquent que le critère de la diffusion d'un écrit, répondant traditionnellement au critère du lieu où le fait dommageable s'est produit, est moins pertinent sur internet (§ 46). Par conséquent, « [i]l y a donc lieu d'adapter les critères de rattachement [...] en ce sens que la victime d'une atteinte à un droit de la personnalité au moyen d'Internet peut saisir, en fonction du lieu de la matérialisation du dommage causé dans l'Union européenne par ladite atteinte, un for au titre de l'intégralité de ce dommage. Etant donné que l'impact d'un contenu mis en ligne sur les droits de la personnalité d'une personne peut être le mieux apprécié par la juridiction du lieu où la prétendue victime a le centre de ses intérêts, l'attribution de compétence à cette juridiction correspond à l'objectif d'une bonne administration de la justice [...] » (§ 48).

Pour le surplus¹⁵⁰⁷, il peut être renvoyé à l'analyse proposée dans le cadre du critère relatif au type de média utilisé, critère évoqué par la Cour dans l'examen de sa balance des intérêts (voy. *infra*).

E. Une application simplifiée des conditions de l'article 1382 du Code civil

297. - Des conditions d'application « simplifiées » ? La question d'une éventuelle application simplifiée des conditions d'application de l'article 1382 du Code civil s'inscrit dans

crit. dr. intern. Privé, 2012/2, p. 389, note H. MUIR WATT, « Compétence juridictionnelle et contenus illicites diffusés sur Internet – Rapport entre la clause 'marché intérieur' de la directive commerce électronique et le conflit de lois intra-européen en matière de droit privé » ; *S.E.W.*, 2012/5, p. 207, note B. DRIJBER, « Onrechtmatige publicaties verspreid via internet - Nieuw bevoegdheidscriterium » ; *R.D.C.*, 2013/5, p. 394, note T. KRUGER, F. VAN OVERBEEKE, « Over het toepassingsgebied van het herkomstlandbeginsel in het spanningsveld tussen het vrij verkeer en het IPR ».

¹⁵⁰⁶ Article 5, 3) du Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 12 du 16 janvier 2001. Le critère est initié par l'arrêt *Shevill e.a.* (C.J.U.E., 7 mars 1995, C-68/93, *Shevill et autres c. Presse Alliance*).

¹⁵⁰⁷ Voy. aussi la contribution suivante, S. TURGIS, « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/93, pp. 17 à 38.

les réflexions qui entourent les droits de la personnalité. Comme l'exprime Evelyne Langenaken, « l'intérêt de qualifier certains attributs du sujet de 'droits de la personnalité' n'est réel que si l'on sait quelles protections et garanties ils confèrent »¹⁵⁰⁸. De sorte que ce questionnement relatif à la nature du droit à l'oubli n'intervient, dans notre thèse, qu'à l'aune de nos interrogations sur les protections et garanties concrètes qui permettent à ce droit d'être mis en œuvre.

Les droits de la personnalité sont « des droits subjectifs accordés à toute personne, du seul fait de cette qualité, en vue d'assurer l'intégrité des composantes physiques, psychiques et morales de sa personnalité : sa vie, son corps, sa vie privée, son image, son honneur, son nom »¹⁵⁰⁹. Ces prérogatives juridiques sont aujourd'hui considérées par la majorité de la doctrine comme des droits subjectifs¹⁵¹⁰. Le droit subjectif s'entend comme « un pouvoir spécifique et exclusif, distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire, sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts (face interne du droit). Le devoir de respect dans le chef des tiers est le corollaire nécessaire de l'exclusivité de ce pouvoir (face externe) »¹⁵¹¹. La reconnaissance des droits de la personnalité en tant que droits subjectifs impacte l'application des conditions à mettre en œuvre afin de constater la violation d'un tel droit et d'envisager la réparation de cette atteinte. En effet, le fait même de consacrer une prérogative de droit subjectif induit manifestement une volonté de conférer à ce droit sa pleine et entière effectivité¹⁵¹². Cette volonté d'assurer une pleine efficacité aux droits subjectifs amène de nombreux auteurs à assouplir, parfois considérablement, les conditions d'application de la responsabilité aquilienne.

¹⁵⁰⁸ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 423, n° 1.

¹⁵⁰⁹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3^{ème} éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 123, n° 102. Dans le même sens, voy. aussi ¹⁵⁰⁹ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 423, n° 1. Voy. enfin, à propos des droits de la personnalité, les références citées par cette dernière auteure, en note 2.

¹⁵¹⁰ Voy. notamment M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, p. 82. Voy. toutefois les écrits de François Rigaux qui conçoit davantage les droits de la personnalité comme une manifestation de la liberté individuelle (RIGAUX F. (dir.), Y. POULLET (collab.), X. THUNIS (collab.), T. LÉONARD (collab.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, *op. cit.*, p. 224). L'enjeu de la qualification est explicité par Evelyne Langenaken (*op. cit.*, pp. 423 à 425, n° 2 et 3) : l'auteure rappelle que « [l']enjeu de cette controverse n'est pas la simple théorie du droit, mais concerne la pratique juridique, plus précisément la nature de la garantie juridictionnelle des droits de la personnalité. Concrètement, il s'agit de savoir quelles conditions doivent être remplies pour que soit reconnue une violation des droits de la personnalité » (*ibidem*, p. 424, n° 3).

¹⁵¹¹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 46, n° 36. Voy. aussi T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, liberté civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 104, n° 60 et 61.

¹⁵¹² T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 238.

298. - Les atteintes au droit de la personnalité vues à travers trois courants. Constatant cet affaiblissement potentiel des conditions d'existence, et plus particulièrement de la faute, Evelyne Langenaken perçoit en réalité trois courants différents lorsqu'une atteinte est causée à ce qu'elle appelle les « droits à l'intégrité morale », c'est-à-dire « tous les droits de la personnalité qui touchent à l'identité de la personne, principalement illustrés dans la jurisprudence par le droit à la vie privée, le droit à l'image, le droit à l'honneur ou le droit à la voix »¹⁵¹³.

Selon le premier courant doctrinal, l'atteinte à un droit de la personnalité n'est pas synonyme de faute. Pour qu'il y ait faute, les autorités judiciaires doivent impérativement apprécier le comportement du journaliste ou de l'éditeur, le comparant au journaliste ou éditeur suffisamment prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La faute doit donc être démontrée par la victime. Ce premier courant s'inscrit dans une application « banale » des conditions d'application, confirmant le raisonnement de la Cour de cassation qui soutient que qu'il y a faute s'il y a une atteinte illicite. Autrement dit, toute atteinte n'est pas illicite : la violation d'un droit subjectif de la personnalité ne consitue en soi pas une faute. Thierry Léonard critique cette application traditionnelle des conditions dans le cadre d'un droit subjectif : il écrit que ce courant « oublie que le titulaire du droit subjectif n'est pas par définition dans une situation égale à celle des autres puisque le droit objectif lui a reconnu un pouvoir exclusif d'autrui »¹⁵¹⁴.

Un deuxième courant, en revanche, assimile totalement l'atteinte à la faute, s'intégrant dans une approche objective de la faute. Evelyne Langenaken souligne que « [l]a faute consiste à ne pas avoir obtenu le consentement de la personne qui se prévaut de la violation »¹⁵¹⁵, le consentement prenant une place tout à fait centrale dans la détermination de la faute¹⁵¹⁶. Alors que la doctrine belge semble largement prendre part à cette théorie, la jurisprudence paraît

¹⁵¹³ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 425, n° 4. L'article 9 du Code civil français s'inscrit, selon l'auteure, parfaitement dans cette appellation. Sauf indication, les développements proposés eu égard à ces trois courants s'inspirent du raisonnement de cette auteure.

¹⁵¹⁴ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 440.

¹⁵¹⁵ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 427, n° 11.

¹⁵¹⁶ B. DOCQUIR, « Aperçu général et règle de la proportionnalité », in B. DOCQUIR, A. PUTTEMANS (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 13.

réfractaire à lier à ce point le consentement à l'existence d'une faute¹⁵¹⁷. En France, l'article 9 du Code civil illustre ce courant dans l'utilisation qui en a été faite par la jurisprudence¹⁵¹⁸. En effet, s'appuyant sur cette disposition, la Cour de cassation française a admis, le 5 novembre 1996, que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁵¹⁹. Il n'est désormais plus nécessaire de démontrer l'existence d'une faute pour en obtenir réparation : la seule constatation d'une atteinte au droit à la vie privée protégé par cet article 9 suffit¹⁵²⁰. Cette théorie aboutit à se poser une question fondamentale : pourrait-on envisager de se détacher de l'article 1382 du Code civil et de ses conditions en cas d'atteinte aux droits de la personnalité ? En Belgique¹⁵²¹, des auteurs s'y opposent, à raison. Thierry Léonard estime que ce serait créer « une incohérence nouvelle dans une théorie en quête de systémisation »¹⁵²². Evelyne Langenaken soutient que cet affranchissement apparaît être « en porte-à-faux avec le droit positif général » d'autant plus qu'il n'existe aucune équivalent à l'article 9 du Code civil français permettant à cette théorie de trouver un appui. Joëlle Milquet écrit, déjà en 1989, qu'« [e]n l'absence de toute législation précise à cet égard et d'unanimité sur le contenu et le nombre exact des droits de la personnalité, il est permis d'être sceptique quant à la possibilité d'intenter, devant les tribunaux belges, une action spécifique pour sanctionner une atteinte à un droit de la personnalité en dehors d'un cadre légal de l'article 1382. Tant qu'aucune loi n'offre à ces droits un fondement juridique autonome, ils ne peuvent que rester attachés à la seule disposition légale qui a permis leur création, l'article 1382 »¹⁵²³.

¹⁵¹⁷ Pour des références doctrinales, voy. E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 427, n° 11, note 40.

¹⁵¹⁸ Voy. notamment T. HASSLER, « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 2830, n° 4.

¹⁵¹⁹ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 5 novembre 1996, *D.*, 1997, p. 403, note S. LAUMON ; *D.*, 1997, p. 289, note P. JOURDAIN ; *J.C.P.*, 1997, I, p. 4025, note G. VINEY ; *J.C.P.*, 1997, II, p. 22805, note J. RAVANAS ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 632, note J. HAUSER.

¹⁵²⁰ T. HASSLER, « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 2830, n° 5. L'auteur écrit que « [l]e rappel, par un auteur, de faits relatifs à la vie privée de personnes publiés lors d'éditions biographiques, journalistiques, historiques ou filmographiques illustre parfaitement cette hésitation entre deux systèmes. Si la Cour de cassation semblait privilégier une analyse objective, les juridictions de fonds, plongées dans le factuel, paraissent privilégier une approche subjective : ces dernières recherchaient si l'auteur avait manqué ou non au devoir de vérité ou s'il y avait eu diffamation ». Voy. aussi N. MALLET-POUJOL, « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Légicom*, 2001/1, p. 109.

¹⁵²¹ En France, voy. les développements de T. HASSLER, « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *op. cit.*, pp. 2830 à 2832, n° 6 à 8. La Cour de cassation, en assemblée plénière a, par deux fois, indiqué que « les abus de la liberté d'expression, prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881, ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du code civil » (Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 2000, n° de pourvoi 98-10160 ; Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 2000, n° de pourvoi 98-11155). La loi de 1881 forme ainsi un « ensemble clos » (J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, chron. 99). En outre l'article 9 du Code civil français permet de se détacher d'une application de l'article 1382 du Code civil (voy. *supra/infra*).

¹⁵²² T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, *op. cit.*, p. 436.

¹⁵²³ J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, pp. 46 et 47.

Le troisième courant – qui rejoint le premier évoqué – s’inscrit précisément dans l’esprit de notre thèse : il vise à prendre en compte les intérêts en présence afin de rechercher un équilibre. Les intérêts de chacune des parties doivent être pondérés. Il est d’ailleurs confirmé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation belge qui, *a contrario* de son homologue française¹⁵²⁴, rejette donc l’assimilation du deuxième courant. Ainsi, « si la liberté d’expression trouve une limite légitime dans le caractère fautif de l’usage qui en est fait, l’appréciation de ce caractère fautif s’apprécie à l’aune des critères européens. Le critère n’est plus seulement celui du bon père de famille, s’y ajoute celui du caractère nécessaire dans une société démocratique. Nous sommes loin de l’assimilation de l’atteinte à la vie privée à la faute... »¹⁵²⁵. Ce courant semble être admis par la Cour de cassation belge ainsi que par la jurisprudence majoritaire. Elle donne pleine et entière application à l’article 1382 du Code civil, insérant dans ce raisonnement *a priori* civiliste une balance des intérêts inspirée directement de la méthode utilisée par la Cour européenne des droits de l’homme¹⁵²⁶. Ce troisième courant est plus large que le premier : n’est pas seul pris en compte le comportement du journaliste bon père de famille, mais bien les intérêts de chacune des parties au litige.

§ 4. L’atteinte fautive à l’épreuve du test en trois étapes de la Cour européenne des droits de l’homme

A. L’atteinte fautive et la balance des intérêts

299. - L’atteinte fautive déterminée par une balance des intérêts en présence.

Pratiquement, les juridictions amenées à se pencher sur le droit à l’oubli d’informations journalistiques intègrent en réalité dans leur raisonnement relatif à la détermination de l’atteinte fautive une balance des intérêts entre les droits fondamentaux en présence : d’une part, la liberté

¹⁵²⁴ Cependant, la Cour de cassation française semble être en partie revenue sur son raisonnement tenu dans l’arrêt du 5 novembre 1996, laissant entrevoir la prise en compte des intérêts légitimes (voy. notamment Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 9 juillet 2003, n° 00-20.289).

¹⁵²⁵ E. LANGENAKEN, « L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 430, n° 14. L’auteur se réfère à H. VANDENBERGHE, « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1587.

¹⁵²⁶ Sur ce sujet, voy. E. CRUYSMANS, E. D’URSEL, « Les juridictions judiciaires face aux droits fondamentaux. Analyse des rapports entre le droit public et le droit privé dans les litiges en responsabilité civile relatifs au droit à l’oubli et à la responsabilité face au scisme dans les médias », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD, B. LOMBAERT (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 123 à 162.

d'expression (consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et par les articles 19 et 25 de la Constitution), de l'autre le droit au respect de la vie privée (consacré par l'article 8 de la Convention européenne et par l'article 22 de la Constitution). Un tel *modus operandi* semble avoir été avalisé par la Cour de cassation belge dans ses arrêts du 29 avril 2016¹⁵²⁷ et du 8 novembre 2018¹⁵²⁸. Elle y souligne en effet que « la liberté d'expression et, partant, la liberté de la presse confèrent aux organes de la presse écrite le droit de mettre en ligne des archives numériques et au public celui d'accéder à ces archives ». Cela étant, cette liberté n'est point absolue : « [l']archivage numérique d'un article ancien de la presse écrite ayant à l'époque des faits, légalement relaté des événements du passé désormais couverts par le droit à l'oubli [...] n'est pas soustrait aux ingérences que ce droit peut justifier dans le droit à la liberté d'expression. Ces ingérences peuvent consister en une altération du texte archivé de nature à prévenir ou réparer une atteinte au droit à l'oubli »¹⁵²⁹.

Concrètement, il y a lieu de mettre en œuvre le test en trois étapes que la Cour européenne de droits de l'homme répète inlassablement dans l'ensemble de ses décisions mettant en conflit deux droits fondamentaux, ce test découlant de l'article 10, § 2, de la Convention (pour le droit à la liberté d'expression) ou de l'article 8, § 2, de la Convention (pour le droit à la vie privée). Ces deux dispositions présentent des similitudes. La première précise que l'exercice des différentes composantes de la liberté d'expression « comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Quant à l'article 8, § 2, il précise à propos de la protection du droit à la vie privée qu'« [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société

¹⁵²⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, A&M, 2016/5-6, p. 459, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – contradictoir of complementair ? » ; *Juristenkrant*, 2016/333, p. 5 ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.j.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

¹⁵²⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018.

¹⁵²⁹ La Cour de cassation semble considérer qu'une telle ingérence pourrait prévenir une atteinte au droit à l'oubli. Admettrait-elle que, sur ce fondement particulier, une ingérence de nature préventive puisse être prise ?

démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Le constat est clair : les droits consacrés ne sont pas absolus et peuvent être soumis à des restrictions. Seul l'angle adopté dans ces deux dispositions est différent : alors que l'article 10, § 2, évoque des libertés pouvant être limitées moyennant le respect de conditions, l'article 8, § 2, part du principe que des autorités peuvent restreindre le droit moyennant le respect de ces mêmes conditions. Cela étant, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion d'indiquer que « [d]ans des affaires [...] qui nécessitent une mise en balance du droit au respect de la vie privée et du droit à la liberté d'expression, la Cour considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon qu'elle a été portée devant elle, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10, par l'éditeur qui l'a publié. En effet, ces droits méritent *a priori* un égal respect »¹⁵³⁰. En soulignant cela, la Cour réitère le fait que ces droits fondamentaux ne sont pas hiérarchisés entre eux, et jouissent par conséquent d'une égale valeur¹⁵³¹.

B. Une ingérence prévue par la loi, légitime et proportionnelle

300. - Test de proportionnalité ou pondération des intérêts. L'application de ce test implique la démonstration d'une ingérence prévue par la loi, poursuivant un but légitime, et nécessaire dans une société démocratique. Il y a d'emblée lieu de préciser que le raisonnement tenu dans le cadre d'une analyse d'un conflit entre les articles 8 et 10 de la Convention n'est pas totalement identique, même s'il présente de fortes similitudes, avec le raisonnement tenu par la Cour lorsqu'elle effectue un contrôle de l'article 8, indépendamment de l'article 10, ou

¹⁵³⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08, § 106 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 87. Voy. aussi Cour eur. D.H., 17 mai 2016, *Fürst-Pfeifer c. Autriche*, req. 33677/10 et 52340/10, § 38 ; Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. 48009/08, § 111 ; Cour eur. D.H. (déc.), 12 octobre 2010, *Timciuc c. Roumanie*, req. 28999/03, § 114 ; Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03, § 41. Voy. aussi F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 301, n° 28 (évoquant les différents moyens de réparation, les auteurs soulignent que « [q]uelle que soit la solution retenue, l'on ne peut qu'être attentif au fait que si l'arbitrage des droits en présence s'avère défaillant, c'est tantôt l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui risque d'être violé par une atteinte excessive portée à la liberté de la presse, tantôt l'article 8 de la Convention, en raison d'une protection insuffisamment accordée au droit à l'oubli »).

¹⁵³¹ Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée, § 11.

vice versa. Alors que dans la première hypothèse, elle effectue une pondération d'intérêts, elle fait un test de proportionnalité dans la seconde hypothèse.

301. - L'ingérence selon l'article 8 ou l'article 10 de la Convention. En ce qui concerne l'ingérence – ou l'atteinte –, l'article 8 de la Convention ne donne pas de plus amples précisions tandis que l'article 10 évoque des « formalités, conditions, restrictions ou sanctions ». Il paraît essentiel d'indiquer que l'ingérence ne peut être assimilée à la faute, tel que l'on l'entend dans le cadre de l'action en responsabilité civile extracontractuelle¹⁵³². En effet, l'ingérence ne peut être *per se* considérée comme fautive. La détermination de la faute emporte un examen complet des conditions évoquées aux paragraphes 2 des articles 8 et 10. Il semble toutefois que l'ingérence, telle que l'on entend ce terme dans le contexte d'application de la Convention européenne, puisse être assimilée au mode de réparation requis (voy. *infra*) dans le cadre de l'action en responsabilité extracontractuelle¹⁵³³. En effet, lorsqu'une telle action est introduite, elle vise à obtenir la réparation d'un préjudice. Dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, dès lors que deux droits fondamentaux sont en jeu, l'ingérence peut être vue sous deux angles différents. Premièrement, prenant en compte le droit à la liberté d'expression des journalistes et éditeurs, la Cour de cassation belge, dans ses arrêts du 29 avril 2016 et du 8 novembre 2018, considère que l'ingérence est matérialisée par « une altération du texte archivé de nature à prévenir ou réparer une atteinte au droit à l'oubli ». Cette altération est requise en vue de limiter la diffusion d'information par le biais d'une anonymisation, d'une pseudonymisation, d'un déréférencement ou d'une suppression totale. Deuxièmement, sous l'angle du droit à la protection de la vie privée, l'ingérence se matérialise par la rediffusion d'informations d'ordre privé.

¹⁵³² A cet égard, voy. les réflexions de K. Lemmens qui aboutit à une conclusion similaire à la nôtre (K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 370 à 376, n° 507 à 515). L'auteur précise qu'« [i]l faut absolument éviter de faire la confusion entre, d'une part, le droit subjectif et la sanction qui lui est inhérente et, de l'autre, la responsabilité civile qui concerne la réparation du préjudice subi. L'action inhérente vise à faire cesser l'atteinte illicite ; elle ne présuppose pas qu'il y ait une faute ni même un préjudice. Par contre, l'action en réparation est subordonnée à la présence de ces deux conditions. De la simple violation d'un droit subjectif ne découlent pas *ipso facto* une faute et un préjudice ! » (p. 374, n° 512, l'auteur citant J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, 1978, pp. 373 et 374 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », op. cit., p. 47).

¹⁵³³ En ce sens, l'on peut rejoindre les considérations de Koen Lemmens. Il indique qu'« [i]l nous reste à remarquer que l'article 1382 C. civ. "n'assure qu'une protection imparfaite et indirecte" des intérêts des personnes concernées dans la mesure où il envisage seulement de réparer des préjudices et non de les prévenir et où son application dépend du fait que les conditions de sa mise en œuvre soient remplies » (K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 368, n° 504 ; l'auteur renvoie à J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », op. cit., p. 46, et J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 100).

302. - Une ingérence prévue par la loi. Sur la condition de légalité, la Cour de cassation belge valide le fait que l'ingérence, en l'espèce il s'agissait d'une demande d'anonymisation – c'est-à-dire une altération du texte initial –, repose en réalité non pas sur un seul fondement légal, mais bien sur une combinaison de dispositions. Ainsi, la demande peut être fondée sur les articles 8 de la Convention, 22 de la Constitution et 1382 du Code civil : l'ensemble de ces dispositions permet d'obtenir une norme répondant aux critères à satisfaire selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, à savoir une disposition de portée générale, claire, précise, prévisible et accessible¹⁵³⁴. Autrement dit, les journalistes et éditeurs sont à même de prévoir leur éventuelle condamnation par des juridictions civiles à réparer le préjudice causé, soit par le paiement de dommages et intérêts, soit par l'altération d'articles en ligne. Le recours à des dispositions éparpillées a été validé à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, la Cour valide explicitement le fait que l'article 1382 du Code civil puisse être considéré comme une loi, au sens de l'article 10, § 2¹⁵³⁵. Dans l'affaire *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique*¹⁵³⁶, elle a l'occasion non seulement de rappeler plusieurs principes relatifs à la condition de légalité, mais aussi de confirmer la possibilité que la légalité de la mesure prenne appui sur une combinaison de dispositions différentes. Ainsi, cette condition « non seulement impose que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais aussi vise la qualité de la loi en cause : celle-ci doit être accessible au justiciable et prévisible dans ses effets [...] » (§ 56). Elle soutient qu'une « application combinée de l'article 1382 du Code civil et des articles 18, alinéa 2, et 584 du code judiciaire devait être considérée comme visant à limiter l'ampleur d'un dommage déjà causé à la juge par la publication de l'article » (§ 57) et que les conséquences d'une telle combinaison de dispositions sont parfaitement prévisibles dès lors qu'il « existait des précédents judiciaires » (§ 59) permettant aux « requérants – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – [de] prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences pouvant résulter de la

¹⁵³⁴ A ce sujet, voy. F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 316 à 320, n° 466 à 473.

¹⁵³⁵ Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92, § 33. L'arrêt a fait l'objet des commentaires suivants : D. VOORHOOF, « Het Humo-arrest: scherpe kritiek op rechters geoorloofd », *Mediaforum* 1997, pp. 68 à 69 ; P. LAMBERT, « La liberté de la presse et l'honneur des magistrats », *Journ. proc.*, 1997/323, pp. 30 et 31 ; V. CASTILLE, « Journalisten scoren in Straatsburg », *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, pp. 287 à 296 ; P. DE FONTBRESSIN, « Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge », *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 581 à 587.

¹⁵³⁶ Voy. Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/09. Pour un commentaire de cette affaire, voy. N. BONBLED, M. LYS, « L'affaire Leempoel et Ciné Revue: le mot de la fin? La commission d'enquête parlementaire dans le cadre de l'affaire Dutroux, les médias et l'art. 10 Conv. eur. D.H. », *J.T.*, 2006, pp. 789 à 792 ; P. De HERT, « De parlementaire onderzoekscommissie 'Dutroux' en de pers », *A&M*, 2007/1-2, pp. 144 à 147 ; P. Lambert, « L'épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d'instruction remises à la commission d'enquête parlementaire, lors de l'affaire Dutroux », *J.L.M.B.*, 2007, pp. 308 et 309.

publication de l'article litigieux » (§ 59). La Cour, constatant implicitement que cette combinaison n'offre sans doute pas la même clarté qu'une disposition particulière « rappelle qu'il peut être difficile, dans le domaine considéré, de rédiger des lois d'une totale précision et une certaine souplesse peut même se révéler souhaitable pour permettre aux juridictions internes de faire évoluer le droit en fonction de ce qu'elles jugent être des mesures nécessaires dans l'intérêt de la justice ». C'est sans doute cette souplesse qui a permis à la Cour de cassation belge de valider les fondements mentionnés ci-dessus dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques. S'appuyant enfin sur la Résolution 1165 relative au droit à la vie privée, la Cour européenne rappelle que les Etats membres du Conseil de l'Europe doivent « garantir la possibilité d'intenter une action civile pour permettre à la victime de prétendre à des dommages et intérêts, en cas d'atteinte à sa vie privée, de rendre les directeurs de publication et les journalistes responsables des atteintes au droit au respect de la vie privée commises par leurs publications au même titre qu'ils le sont pour la diffamation et de prévoir une action judiciaire d'urgence au bénéfice d'une personne qui a connaissance de l'imminence de la diffusion d'informations ou d'images concernant sa vie privée »¹⁵³⁷.

Les affaires *De Haes et Gijssels c. Belgique* et *Leempoel & S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique* concernent des mesures répressives, c'est-à-dire le même type de mesure que celles qui sont invoquées concrètement dans le cadre d'une demande d'oubli d'informations journalistiques. En revanche, dans le cadre d'une requête visant une demande préventive à l'encontre d'une émission de télévision, la Cour européenne ne valide pas ce même raisonnement. Dans son arrêt *RTBF c. Belgique*¹⁵³⁸, la Cour conclut que « le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention » (§ 116). Les dispositions légales avancées pour justifier cette mesure préventive sont les suivantes : les articles 19, 22 et 25 de la Constitution ; les articles 1382 et 1383 du Code civil ; les articles 18, 19, 584, 1039 et 1080 du Code judiciaire. La Cour rappelle que les lois, entendues au sens de la Convention « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude,

¹⁵³⁷ Il s'agit du § 59 de l'arrêt, l'extrait étant une citation du § 14 de la résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée.

¹⁵³⁸ Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06. Pour des commentaires, voy. Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, req. 50084/06, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1257 à 1270 ; M. REGOUT, « Pourquoi fallait-il invoquer la violation de l'article 584 du code judiciaire ? », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1270 à 1271 ; B. MAES, « Het formalisme van de cassatieprocedure opnieuw in de kijker », *R.A.B.G.*, 2011/12, pp. 812 à 817 ; K. LEMMENS, « La censure préventive en matière de presse audiovisuelle: contraire à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2012, pp. 245 à 248.

bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation » (§ 103). Elle précise ensuite que les restrictions préalables à la publication ne sont pas interdites mais « présentent cependant de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus attentif », impliquant qu'elles s'inscrivent « dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels » (§ 103). Les juges européens considèrent *in fine* que ce cadre fait défaut en Belgique, et qu'en outre, le cadre jurisprudentiel belge ne permet pas d'apporter la clarté et la prévisibilité requises.

On le perçoit dans le raisonnement de deux affaires (*Leempoel* et *RTBF*), la Cour européenne des droits de l'homme donne une place importante à la jurisprudence nationale dans la détermination de la légalité d'une ingérence. La Cour de cassation belge semble s'être inspirée de cet enseignement dans son propre raisonnement, reconnaissant une certaine unanimité des quelques décisions jurisprudentielles de fond relative au droit à l'oubli d'informations journalistiques. En effet, les demandeurs en cassation, dans les deux arrêts précités, soutiennent que ce droit ne bénéficie d'aucune consécration légale, mais seulement de consécration doctrinales et jurisprudentielles, visant plus particulièrement l'arrêt *Google Spain*¹⁵³⁹, cette conclusion devant aboutir à ne pas le reconnaître. La Cour de cassation a pourtant rejeté cette argumentation, affirmant que l'oubli constitue bien une composante particulière du droit à la vie privée.

303. - Une ingérence justifiée par un but légitime. La deuxième condition est la légitimité de l'ingérence. Selon les articles 8, § 2, et 10, § 2, de la Convention, l'ingérence prévue par la loi doit être justifiée par l'un des buts légitimes énumérés limitativement par les dispositions. Bien que cette énumération soit exhaustive, les objectifs mentionnés s'interprètent largement. Cependant, malgré la possibilité théorique de légitimer quasiment toutes les ingérences grâce à ce large spectre, l'on constate que la Cour s'en tient généralement au prescrit du texte conventionnel. Lorsque la requête est introduite sous l'angle d'une atteinte à l'article 8 de la Convention, il y a lieu de limiter la liberté d'expression, cette limitation étant légitimée lorsqu'elle tend à « la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». Lorsque la requête est

¹⁵³⁹ A ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme admet que de la jurisprudence puisse constituer cette norme. Voy. notamment Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06. La Cour se penche sur la jurisprudence des juridictions suprêmes ainsi que des juridictions de fond pour vérifier s'il existe une tendance claire et unanime dans la validation d'une mesure préventive à l'égard d'une émission de télévision. En l'espèce, elle conclut à l'absence d'une telle tendance et donc à l'absence de la prévisibilité requise.

introduite sous l'angle d'une atteinte à l'article 10 de la Convention, il y a lieu de limiter le droit à la protection de la vie privée, cette ingérence pouvant être justifiée par la « protection des droits et libertés d'autrui ». De tels justificatifs confortent clairement – s'il le fallait encore – la possibilité d'une application horizontale des droits consacrés par la Convention¹⁵⁴⁰. Il est intéressant de noter que l'article 10, § 2, précise que l'exercice de la liberté d'expression *sensu lato* implique des « devoirs et des responsabilités ». Selon la Cour, cet élément ne constitue pas en soi une restriction autonome¹⁵⁴¹. Il s'agit là simplement d'une « pierre de touche supplémentaire, notamment quand elle se prononce sur la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique »¹⁵⁴². Une telle interprétation implique deux conséquences : premièrement, ces devoirs et responsabilités s'analysent différemment selon le média en jeu ; deuxièmement, ils ne sont pas identiques « selon la qualité des personnes concernées »¹⁵⁴³.

304. - Une ingérence nécessaire dans une société démocratique. Enfin, la condition de proportionnalité : il y a lieu de vérifier si l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique »¹⁵⁴⁴, les restrictions devant être proportionnées au but légitime poursuivi et identifié lors de l'étape précédente. « Le test de proportionnalité est le véritable standard pour l'appréciation d'une mesure nationale au regard du droit de la Convention »¹⁵⁴⁵.

Pour ce faire, cette exigence de proportionnalité se décompose en trois sous-étapes, celles-ci pouvant se matérialiser en trois questions. Premièrement, l'ingérence – qu'il s'agisse d'une ingérence au droit à la vie privée ou d'une ingérence à la liberté d'expression – est-elle

¹⁵⁴⁰ S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, op. cit., p. 94, n° 132.

¹⁵⁴¹ Cour eur. D.H., 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, req. 13778/88, § 64.

¹⁵⁴² K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 186, n° 218. L'auteur propose un renvoi intéressant aux propos de K. RIMANQUE, « Het wankel evenwichtspunt waar de vrijheid van expressie en andere grondrechten elkaar raken », in *Interuniversitair Centrum Mensenrechten, Mensenrechten. Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 1995-1996*, Anvers, Maklu, 1996, p. 158. Koen Lemmens indique ceci (note 523) : « Rimanque remarque que cette exigence n'est pas formulée aussi explicitement pour les autres libertés. Ce faisant, les rédacteurs ont voulu souligner pour la énième fois que la liberté d'expression et ses restrictions sont des valeurs jumelles. L'usage de cette liberté exige alors une certaine intelligence qui reste discrète. Qui se sert de la liberté d'expression doit en effet en connaître les limites. Tel est le devoir du citoyen conscient et responsable. Il en résulte en effet que l'on peut attendre une certaine responsabilité et une sorte de sérénité de la part de la presse ».

¹⁵⁴³ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 186, n° 218.

¹⁵⁴⁴ Sur une analyse de cette expression, voy. notamment K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 188 à 199, n° 222 à 239.

¹⁵⁴⁵ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 321, n° 474.

pertinente, c'est-à-dire est-elle à même de pouvoir atteindre le but légitime identifié ? Autrement dit encore, l'on s'interroge sur la causalité existante entre la mesure adoptée et l'objectif avancé de cette mesure. Cette condition est parfaitement illustrée dans l'affaire *Editions Plon c. France*¹⁵⁴⁶. La Cour distingue clairement des mesures prises au provisoire à l'encontre de la diffusion d'un livre constituant une atteinte au secret médical et des mesures adoptées définitivement, considérant que les premières sont pertinentes alors que les secondes ne le sont pas (ou plus). Dès lors que l'ouvrage concerne un homme politique décédé, qu'il a été largement diffusé, et qu'un certain laps de temps s'est écoulé permettant à la famille de faire son deuil, la Cour considère qu'une interdiction définitive n'est pas adéquate. Ensuite, se pose la question de la nécessité : n'existe-t-il pas d'autres mesures qui auraient pu être adoptées en l'espèce et qui sont moins attentatoires pour le droit protégé ? La Cour tend par exemple à soutenir que les sanctions pénales ne sont pas nécessaires dès lors qu'il existe, généralement, des mesures alternatives moins intrusives. Troisièmement, la mesure est-elle proportionnelle au sens strict ? Il faut effectuer « une comparaison entre les éléments bénéfiques de la mesure – la protection d'un objectif prédéterminé – et le(s) préjudice(s) qu'une telle mesure entraîne – l'atteinte plus ou moins importante à un droit fondamental protégé ». Au cours de son raisonnement, la Cour met en évidence une série de critères lui permettant d'opérer la balance des intérêts¹⁵⁴⁷. Ce sont de tels critères qui ont été mis en exergue par la jurisprudence belge en matière de droit à l'oubli d'informations journalistiques, repris en partie de et par la jurisprudence européenne (voy. *infra*).

Section 2. La « balance des intérêts » à travers l'application de critères¹⁵⁴⁸

305. - Des critères pas totalement innovants. Il est de jurisprudence constante qu'« [e]n présence d'un conflit d'intérêts entre la liberté de la presse et le respect des droits et libertés d'autrui, il y a lieu de pondérer les droits, libertés ou intérêts en concours et de vérifier si l'atteinte portée à la liberté du journaliste n'excède pas ce que commande la sauvegarde du droit

¹⁵⁴⁶ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00. L'affaire est d'autant plus intéressante dès lors qu'elle fait l'objet de développements plus conséquents dans l'un des critères d'appréciation (voy. *infra*).

¹⁵⁴⁷ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 322, n° 475.

¹⁵⁴⁸ Sur la méthode de la balance des intérêts, voy. notamment T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in RIGAUX F. (dir.), Y. POULLET (collab.), X. THUNIS (collab.), T. LÉONARD (collab.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 251 à 256, n° 28 à 34.

individuel ou, en d'autres termes, si l'atteinte éventuelle à la vie privée justifie que primauté soit donnée à ce droit par rapport au droit à la liberté d'expression »¹⁵⁴⁹. Pour effectuer cet équilibre, les juridictions semblent s'appuyer sur une série de critères mis en lumière dès les premières décisions relatives au droit à l'oubli dans la presse traditionnelle (écrite et audiovisuelle)¹⁵⁵⁰, ceux-ci ayant ensuite été systématisés par la doctrine¹⁵⁵¹. Pour partie, ces critères se retrouvent, en toute logique, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, plus spécifiquement dans ses arrêts relatifs au conflit entre la liberté d'expression et la vie privée¹⁵⁵². Cette liste des critères n'apparaît *a priori* pas être exhaustive, de sorte que de futures décisions en la matière pourraient s'appuyer sur de nouveaux éléments pour évaluer les intérêts en présence, cette approche étant éminemment circonstancielle. L'absence d'exhaustivité est justifiée notamment par le fait que les critères sont issus de décisions jurisprudentielles de premier ou second ressort, attachées à fournir une solution concrète à une situation particulière.

L'exercice n'est pas chose aisée pour le pouvoir judiciaire. Pour se faciliter la tâche, les juges ont forgé des personnages-types qui répondent à différentes exigences, et qui n'existent en réalité qu'à travers l'interprétation que leur donne concrètement la jurisprudence. D'une part, le journaliste ou éditeur « normalement avisé et prudent ». Il s'agit d'un journaliste (auteur- ou éditeur « bon père de famille » – *bonus ac diligens pater familias* –, c'est-à-dire un professionnel normalement prudent, diligent, honnête, avisé, objectif, sincère, compte tenu des circonstances. Comme l'écrit Koen Lemmens, « pour que l'on puisse se servir de ce critère de manière utile, besoin est de le concrétiser. Aussi analysera-t-on la faute à la lumière de circonstances précises »¹⁵⁵³. La création de ce modèle a permis à la jurisprudence d'établir la

¹⁵⁴⁹ Bruxelles (9^e ch.), 5 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 274, note F. RINGELHEIM, « La presse élevée à la dignité de chien de garde de la démocratie » ; *Journ. proc.*, 1999/367, p. 26, note F. JONGEN, « Le retour du symbolisme ? » ; *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.296. Dans le même sens, voy., parmi tant d'autres, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 janvier 2014, *A&M*, 2014/3-4, p. 274 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 5 février 2013, *A&M*, 2013/5, p. 411 ; civ. (20^{ème} ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597 ; civ. (14^{ème} ch.), 13 avril 2010, *A&M*, 2010/5-6, p. 579.
¹⁵⁵⁰ Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1182 ; civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 25 mai 2011, *A&M*, 2011/4-5, p. 569 ; civ. Namur (1^{ère} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000/4, p. 471 ; civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 785, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse » ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710.

¹⁵⁵¹ Voy. notamment A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu vient le temps du silence », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2000, pp. 742 et s. ; A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », note sous civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 785 et s.

¹⁵⁵² Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08 ; Cour eur. D.H., (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08.

¹⁵⁵³ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 367, n° 501.

norme de comportement que doit adopter tout journaliste ou éditeur s'il souhaite éviter de voir sa responsabilité engagée. D'autre part, le lecteur, auditeur ou téléspectateur moyen. Il correspond à un public normalement intelligent et attentif. La balance des intérêts que les autorités judiciaires doivent mettre en œuvre s'appuie non seulement sur cette standardisation des parties au litige, mais aussi sur des critères attachés au contexte particulier de chaque cas d'espèce.

Les critères sont les suivants :

- Une première divulgation licite des informations (§ 1^{er}),
- Une nouvelle divulgation licite des informations (§ 2),
- L'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations (§ 3),
- La qualité de la personne visée par les informations (§ 4),
- Le type d'information rappelée (§ 5),
- La justification du rappel par l'actualité des informations (§ 6),
- La prise en compte d'un devoir de mémoire (§ 7),
- La prise en compte de la resocialisation de la personne visée par les informations (§ 8).

A ces critères tirés de la jurisprudence et repris ensuite par la doctrine, trois autres peuvent être ajoutés :

- Le comportement antérieur de la personne visée par les informations (§ 9, A.),
- Le consentement de la personne visée par les informations (§ 9, B.),
- Le type de médias rappelant les informations (§ 9, C.).

Enfin, il importe d'indiquer que l'ensemble des critères analysés le sont sous un angle précis : celui d'une atteinte fautive au droit à l'oubli. L'atteinte qui, pour savoir si elle est fautive ou non, fait l'objet d'une appréciation grâce aux critères porte bien sur le droit à l'oubli d'informations journalistiques.

§ 1^{er}. La première divulgation licite des informations journalistiques

306. - Introduction. Selon le premier critère établi par la jurisprudence¹⁵⁵⁴, les faits doivent avoir été divulgués licitement une première fois, quel que soit leur support de diffusion. En l'absence d'un tel élément, il semble que le droit à l'oubli ne puisse prévaloir sur le droit à l'information. Pour autant, la divulgation de l'information pourrait être considérée, sur le fondement du droit à la vie privée ou d'un autre droit de la personnalité, comme fautive.

Dans le cadre de la mise en œuvre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, il importe de développer quelque peu la notion de divulgation (B.), son caractère licite ou non (C.), ainsi que la notion d'information (D.). En guise d'introduction à ces développements, l'on s'interrogera sur la compréhension de ce critère dans le cas de son application au droit à l'oubli d'informations journalistiques ainsi que de sa nécessité (A.).

A. Une première divulgation licite : un critère indispensable ?

307. - La divulgation licite d'information. Le critère de la première divulgation licite ne pose généralement que peu de problème dans la jurisprudence existante relative au droit à l'oubli. En effet, en cas de contestation de la part, par exemple, de la personne visée par un article ou une émission, c'est à la sortie de cette première divulgation que le caractère licite ou non sera interrogé, si nécessaire devant le pouvoir judiciaire.

308. - La divulgation licite, une condition ou un critère ? L'on peut toutefois s'interroger sur la qualification de cet élément : la première divulgation licite de l'information est-elle une condition d'application du droit à l'oubli ou simplement un critère, parmi d'autres, permettant à une autorité de s'interroger sur le bien fondé du droit à l'oubli d'informations journalistiques au regard du droit à la liberté d'expression. Une condition s'entend d'un « [é]tat, [d'une] situation, [d'un] fait dont l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe »¹⁵⁵⁵. Un critère est le « [c]aractère, signe qui permet de distinguer une chose, une notion,

¹⁵⁵⁴ Voy. notamment civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net » ; civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 785.

¹⁵⁵⁵ Le Petit Robert, v^o *Condition*.

de porter sur un objet un jugement d'appréciation », c'est en outre « [c]e qui sert de base à un jugement ». La différence entre ces deux notions réside essentiellement dans le caractère « indispensable » : la condition doit nécessairement être remplie pour que le droit à l'oubli d'informations puisse être revendiqué ce qui n'est pas le cas pour le critère.

En l'espèce, la présence d'une première divulgation constitue une condition. Pour que l'on puisse revendiquer l'oubli, il faut nécessairement que l'information ait d'ores et déjà été divulguée. A défaut, le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne peut être invoqué.

Cela étant, il est alors plausible d'agir sur le fondement du droit à la protection de la vie privée ou d'une atteinte au droit à l'honneur ou à la réputation¹⁵⁵⁶. Lorsque une information est dévoilée, la vie privée au sens strict – ou une autre dimension du droit à la vie privée au sens large – s'applique, lorsque le secret dévoilé est rappelé, le droit à l'oubli – c'est-à-dire une composante du droit à la vie privée au sens large – prend tout son sens.

B. La divulgation licite d'informations

309. - Remarque sémantique préliminaire. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques nécessite une divulgation. Cette notion, présente dans les deux premiers éléments mis en évidence par la jurisprudence, s'entend, dans son sens courant, comme l'« action de divulguer », c'est-à-dire le fait de « [p]orter à la connaissance du public »¹⁵⁵⁷. Terme générique, il embrasse l'ensemble des moyens et supports permettant de porter des informations à la connaissance du public.

Il y a lieu de préférer l'utilisation du terme « divulgation » plutôt qu'une série d'autres notions en ce qu'il n'est pas attaché à un moyen particulier de transmission. Le terme « diffusion », se définit, dans son sens courant comme le « [f]ait de répandre par le moyen des ondes sonores »¹⁵⁵⁸. La notion d'« émission » renvoie à une réalité similaire en ce qu'elle se comprend comme étant le fait de transmettre par les ondes électromagnétiques des signaux, des

¹⁵⁵⁶ Voy. à ce propos les considérations relatives à l'écoulement du temps et sur le fait que le temps peut effacer le caractère fautif de la divulgation d'informations (voy. *infra*).

¹⁵⁵⁷ Le Petit Robert, v° *Divulgation* et *Divulguer*.

¹⁵⁵⁸ Le Petit Robert, v° *Diffusion*.

sons ainsi que des images¹⁵⁵⁹. Ces deux dernières notions semblent recevoir une assise trop limitée, dès lors qu'elles se restreignent à un support particulier. En revanche, le terme de « communication » défini comme le fait de « [f]aire connaître (qqch.) à qqn »¹⁵⁶⁰ paraît pouvoir être utilisé comme un synonyme du mot divulgation. De même, le terme « transmission » entendu notamment comme l'« [a]ction de faire connaître »¹⁵⁶¹ semble lui aussi être adéquat.

310. - Définir la divulgation sans définition légale. La divulgation ne fait l'objet d'aucune définition légale. Pourtant, la notion est importante en ce qu'elle constitue une composante de la liberté d'expression (1.). Afin de pouvoir déterminer clairement ce qu'elle recouvre, il est intéressant d'analyser et de rappeler brièvement les développements que la doctrine et la jurisprudence ont d'ores et déjà pu faire sur la notion de divulgation dans le cadre de la distinction entre les mesures préventives et les mesures répressives en matière de presse (2.), comme condition d'existence du délit de presse (3.), en tant qu'élément indispensable à la qualification de comportements en infraction pénale (4.), dans son utilisation en matière de propriété intellectuelle (droit d'auteur et droit des dessins et modèles) (5.). Ces quelques précisions devraient permettre de préciser les contours de la notion de divulgation dans le cadre de la mise en pratique du droit à l'oubli.

1. La divulgation, une composante de la liberté d'expression

311. - La divulgation comme composante de la liberté d'expression. La divulgation fait partie du concept plus large de liberté d'expression, celle-ci étant composée d'une série de droits plus particuliers. Tant les textes internationaux que la Constitution belge semblent distinguer ces différentes prérogatives, sans toutefois les identifier de manière identique. Ainsi, l'article 10 de la Convention européenne des droits l'homme précise que « [c]e droit *comprend* la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées [...] » (nous soulignons). A la lecture de cette disposition, il faut donc comprendre que la liberté d'expression *sensu lato* est constituée de trois libertés particulières : la liberté d'opinion, la

¹⁵⁵⁹ Le Petit Robert, v° *Emission*. Est aussi appelé émission « [c]e qui est transmis par les ondes. *Emission radiophonique, télévisée* [...] ».

¹⁵⁶⁰ Le Petit Robert, v° *Communication*.

¹⁵⁶¹ Le Petit Robert, v° *Transmission*.

liberté de communiquer des informations¹⁵⁶² et la liberté de recevoir des informations¹⁵⁶³. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proposant une rédaction similaire à celle de la Convention, indique que le droit à la liberté d'expression « [...] *comprend* la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières » (article 11, nous soulignons). En revanche, l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques distingue plus clairement deux libertés particulières : le paragraphe premier, qui ne trouve pas en tant que tel d'équivalent dans les textes européens précités¹⁵⁶⁴, évoque la protection des opinions, tandis que le deuxième paragraphe précise que « [t]oute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit *comprend* la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix » (nous soulignons). Une succincte analyse comparée de ce texte permet de constater que Convention et Charte semblent recourir à la notion de « liberté d'expression » dans un sens générique. Elles la comprennent comme une liberté constituée de trois composantes particulières, alors que le Pacte distingue la liberté d'opinion et la liberté d'expression. Cette différence entre ces textes internationaux n'est toutefois que formelle¹⁵⁶⁵ : la liberté d'expression, utilisée par le Pacte dans un sens strict, renvoie en réalité à ce que les deux textes européens nomment la « liberté de communiquer des informations ou des idées » ou, autrement dit, à la divulgation d'information.

Quant à la Constitution belge, deux dispositions évoquent la liberté d'expression. Selon l'article 19, « [l]a liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ». L'article 25 instaure la liberté de la presse, interdisant la censure et le cautionnement. Notre texte fondamental consacre donc une disposition particulière à la liberté de la presse, ce qui est tout à fait inexistant dans les textes internationaux rappelés ci-avant. Cela étant, comme le précise notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, force est de constater que les libellés des dispositions internationales

¹⁵⁶² Sur la notion d' « information », voy. *supra*.

¹⁵⁶³ Voy. en ce sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, Anvers, Maklu Uitgevers, 1991, p. 42, n° 20 ; G. MALINVERNI, « Freedom of information in the European Convention on Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights », *H.R.L.J.*, 1983, p. 446.

¹⁵⁶⁴ C. ZANGHI, « La liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques », *R.G.D.I.P.*, 1970, p. 574, n° 2.

¹⁵⁶⁵ J. VELU, R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd. (R. ERGEC), coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 735, n° 734.

s'appliquent inévitablement à la presse¹⁵⁶⁶. En revanche, la Constitution belge ne semble pas protéger directement la liberté d'opinion. Certes, son article 19 consacre la liberté de manifester ses opinions¹⁵⁶⁷. Toutefois, celle-ci relève de la liberté de communiquer des informations ou des idées, ou de la liberté d'expression au sens strict, et non du fait de voir simplement ses opinions protégées. Rappelons cependant que ce n'est que lorsqu'elles sont exprimées que des opinions peuvent être problématiques : la Constitution belge adopte cette conception pragmatique.

312. - Le droit de communiquer et le droit de recevoir des informations : les deux composantes de la divulgation. Le fait de divulguer des informations actionnent en définitive deux droits distincts : d'une part, le droit de communiquer et de répandre des informations et, d'autre part, le droit pour le public de recevoir ces informations. Les libertés de communiquer et de recevoir sont donc indissolublement liées. La liberté de réception est toutefois moins fortement consacrée dans les textes que le premier volet de la liberté d'expression. L'article 19 de la Constitution belge ne fait pas expressément référence à cette « liberté de réception », tandis que l'article 10 de la Convention précise que « le droit à la liberté d'expression comprend la liberté de recevoir [...] des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières »¹⁵⁶⁸. L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit à l'information, dans des termes identiques à ceux proposés par la Convention¹⁵⁶⁹. Reconnu comme étant la composante passive du droit à la liberté d'expression, l'accès à l'information et le droit qui en découle signifient « le droit de pouvoir accéder, sans ingérence injustifiée des autorités publiques, à des informations ou des idées qu'autrui consent librement à [...] faire parvenir »¹⁵⁷⁰.

Outre ces considérations générales, aucun des textes en matière de liberté d'expression

¹⁵⁶⁶ Voy. notamment, pour la Convention européenne des droits de l'homme, Cour eur. D.H., 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, §§ 41 et s. ; Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 65.

¹⁵⁶⁷ Voy., pour une analyse plus large de l'article 19, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, op. cit., pp. 45 et s., n° 25 et s.

¹⁵⁶⁸ S. HOEBEKE ET B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., p. 75, n° 142. Ces auteurs précisent que si ce texte, établi après la Seconde Guerre mondiale, se réfère expressément à la liberté de recevoir des informations ou des idées, c'est sans doute parce que « la communauté internationale sortait du fascisme » lequel avait usé et abusé de la propagande pour annihiler la liberté de pensée et pour mouvoir les masses.

¹⁵⁶⁹ Sur l'articulation entre ces deux textes européens, voy. l'article 52, § 3 de la Charte qui indique que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

¹⁵⁷⁰ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », op. cit., p. 174, n° 2.

ne reconnaît, comme tel, un droit général du public à l'accès à l'information¹⁵⁷¹. Celui-ci n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit : c'est le cas par exemple pour la transparence administrative¹⁵⁷², l'accès à l'information environnementale¹⁵⁷³, l'accès aux données personnelles¹⁵⁷⁴, le droit d'accès du public aux retransmissions télévisées d'événements considérés comme d'importance majeure¹⁵⁷⁵, ou lorsqu'un tel droit peut être considéré comme devant découler de l'exercice d'un autre droit ou liberté fondamentale. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu fonder un droit d'accès à certaines informations personnelles ou environnementales sur le droit au respect

¹⁵⁷¹ Voy. F. DUBUISSON, « Quand le “droit” du public à l'information rencontre les “droits” sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STROWEL, F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards croisés d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 89 et s. Voy. aussi J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 608 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF2003, pp. 418 à 419.

¹⁵⁷² L'article 32 de la Constitution consacre un droit à l'accès à l'information limité à la consultation des documents administratifs (« Chacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi »). Voy. la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994 (article 9) ; loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 19 décembre 1997 (article 10) ; décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 31 décembre 1994 (article 9), *erratum M.B.*, 21 mars 1995, p. 6319 ; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 23 juin 1995 (article 13) ; décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 28 juin 1995 (article 9) ; décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs, *M.B.*, 29 décembre 1995 ; décret de la Commission communautaire française du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 27 août 1996 (article 11).

¹⁵⁷³ Voy. not. la directive 90/313/CE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, *J.O.U.E.*, L 158 du 26 juin 1990, modifiée par la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 41 du 14 février 2003 ; la Convention des Nations Unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée à Aarhus le 25 juin 1998, ratifiée par la Belgique le 21 janvier 2003, *M.B.*, 24 avril 2003.

¹⁵⁷⁴ Voy. la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (dite « Convention n° 108 »), ratifiée par la Belgique le 28 mai 1993 ; la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281 du 23 novembre 1995 ; la loi belge 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. Voy. aussi la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

¹⁵⁷⁵ Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, modifiée par la directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.*, L 332 du 18 décembre 2007, p. 27, modifiée en partie par la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), *J.O.U.E.*, L 95 du 15 avril 2010.

de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention) ou le droit à la vie¹⁵⁷⁶.

La liberté de réception ne saurait donc s'interpréter comme un « droit de savoir » absolu¹⁵⁷⁷. A l'instar du volet actif de la liberté d'expression, le volet passif que constitue le droit de recevoir des informations peut être restreint, dans le respect des conditions mentionnées à l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. A ce titre, plusieurs dispositions légales limitent ce droit d'accès, par exemple, la loi sur la protection des sources journalistes permet aux journalistes de ne pas révéler leurs sources¹⁵⁷⁸ en vue de protéger plus globalement la liberté d'expression, ou des limitations à l'accès aux documents administratifs¹⁵⁷⁹, etc. D'autres fondements permettent encore de limiter le droit de savoir : il s'agit des prétentions fondées sur la protection de la vie privée, et plus particulièrement celles qui s'appuient sur le droit à l'oubli d'informations journalistiques.

313. - Le droit à l'information dans la jurisprudence européenne. Sans être totalement absent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le volet passif de la liberté d'expression n'a pas fait l'objet de décisions aussi nombreuses que le volet actif. A de nombreuses reprises, la Cour rappelle que la presse a non seulement pour tâche de communiquer des informations, mais « le public a aussi le droit de les recevoir »¹⁵⁸⁰. La portée du droit à l'information est ainsi définie strictement par la Cour : la liberté de recevoir des informations « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir. Dans des circonstances du genre de celles de la présente affaire, l'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige

¹⁵⁷⁶ Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. 48939/99 ; Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. 42326/98, § 42 ; Cour eur. D.H., 24 septembre 2002, *M.G. c. Royaume Uni*, req. 39393/98 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89 ; Cour eur. D.H. (plén.), 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume Uni*, req. 10454/83.

¹⁵⁷⁷ Ceci remettant partiellement en cause la qualification de « droit de savoir ». A ce propos, voy. notamment F. JONGEN, « Y a-t-il un droit de savoir ? », *Juger*, 1995, n° 8/9/10, pp. 17 à 22 ; M. HANOTIAU, « Le droit à l'information », *Rev. trim. D.H.*, 1993, pp. 23 à 56.

¹⁵⁷⁸ Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes, *M.B.*, 27 avril 2005.

¹⁵⁷⁹ Voy. notamment P.-O. DE BROUX, D. DE JONGHE, M. VANDERSTRAETEN, R. SIMAR, « Les exceptions à la publicité des documents administratifs », in V. MICHIELS (dir), *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 133 à 192.

¹⁵⁸⁰ La formule est, elle aussi, reprise dans un nombre très important d'arrêts. Voy. les premiers arrêts, Cour eur. D.H., 29 août 1997, *Worm c. Autriche*, req. 22714/93, § 50 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. 6538/74 ; Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. 5493/72, § 52.

le gouvernement à les lui communiquer »¹⁵⁸¹. Dans d'autres affaires, la Cour soutient qu'il est « difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif »¹⁵⁸², tout en élargissant néanmoins son interprétation de la notion de « liberté de recevoir des informations », s'approchant de la reconnaissance d'un droit d'accès à l'information¹⁵⁸³. Un individu ne saurait dès lors se prévaloir de sa liberté d'expression et d'information afin de se ménager l'accès à une information dont un tiers serait en possession¹⁵⁸⁴. Dans un arrêt du 24 juin 2014, la Cour rappelle que « le public a droit à recevoir les informations d'intérêt général. Sa jurisprudence en la matière a été élaborée en rapport avec la liberté de la presse, les médias ayant pour rôle de communiquer des informations et des idées sur les questions d'intérêt général [...]. À cet égard, la Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures prises par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse, l'un des “chiens de garde” de la société, de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime [...]. Eu égard à l'intérêt protégé par l'article 10, la loi ne peut permettre des restrictions arbitraires qui pourraient devenir une forme de censure indirecte si les autorités devaient faire obstacle à la collecte des informations. Cette collecte est en effet, par exemple, une démarche préalable essentielle à l'exercice du journalisme. Elle est inhérente à la liberté de la presse et, à ce titre, protégée. L'ouverture d'espaces de débat public fait partie du rôle de la presse »¹⁵⁸⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Google Spain*, fait écho au droit d'accéder à l'information. Pour certains auteurs, la Cour aurait refusé « de lui reconnaître un poids équivalent à celui dont bénéficie le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée »¹⁵⁸⁶. Ils s'appuient notamment sur le fait que,

¹⁵⁸¹ Cour eur. D.H., 8 octobre 2013, *Ricci c. Italie*, req. 30210/06, § 38 ; Cour eur. D.H., 14 avril 2009, *Tarsasag A Szabadságjogokért c. Hongrie*, req. 37374/05, § 35 ; Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81, § 74. Voy. également Cour eur. D.H., 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89, § 5.

¹⁵⁸² Cour eur. D.H. (déc.), 18 novembre 2003, *Loiseau c. France*, req. 46809/99.

¹⁵⁸³ Cour eur. D.H. (déc.), 10 juillet 2006, *Sdružení Jihočeské Matky c. République tchèque*, req. 19101/03.

¹⁵⁸⁴ Voy. E. MACKAAY, « The Public's Right to Information », in W. F. KORTHALS ALTES, E. J. DOMMERING, P. B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL, (eds), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, p. 171.

¹⁵⁸⁵ Cour eur. D.H., 24 juin 2014, *Rosianu c. Roumanie*, req. 27329/06, §§ 61 et 62. L'extrait se réfère notamment aux arrêts suivants : Cour eur. D.H., 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, § 52 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 64 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 35.

¹⁵⁸⁶ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 175, n° 3 ; E. FRANTZIOU, « Further Developments in the Right to be Forgotten : The European Court of Justice's Judgement in Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección* », *Human Rights Law Review*, 2014, p. 769 ; C. KUNER, « The Court of Justice of the EU Judgement on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and

dans son raisonnement, la Cour souligne qu'« [a]u vu de la gravité potentielle de cette ingérence, force est de constater que celle-ci ne saurait être justifiée par le seul intérêt économique de l'exploitant d'un tel moteur dans ce traitement. Cependant, dans la mesure où la suppression de liens de la liste de résultats pourrait, en fonction de l'information en cause, avoir des répercussions sur l'intérêt légitime des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à celle-ci, il y a lieu de rechercher, dans des situations telles que celles en cause au principal, un juste équilibre notamment entre cet intérêt et les droits fondamentaux de cette personne au titre des articles 7 et 8 de la Charte. Si, certes, les droits de la personne concernée protégés par ces articles prévalent également, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes, cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers, de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information, lequel peut varier, notamment, en fonction du rôle joué par cette personne dans la vie publique » (§ 81). La Cour parle en effet d'un « intérêt » du public à avoir accès à l'information. Sans remettre en cause le droit de recevoir des informations tel que consacré par la Convention européenne, la Cour refuse de consacrer un véritable « droit d'accès ».

314. - Le droit à l'information et le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ces brefs développements proposés sur le droit à l'information sont intéressants dès lors que cette prérogative est notamment avancée par les opposants au droit à l'oubli d'informations. Ceux-ci estiment qu'il existe un droit à accéder aux informations¹⁵⁸⁷ ainsi que, lorsqu'elles ont été divulguées une première fois, un droit à accéder sans limite temporelle à ces informations. L'absence de réelle consécration conventionnelle, légale ou jurisprudentielle de cette facette du droit à la liberté d'expression *sensu lato* semble donner tort à cet argument en défaveur du droit à l'oubli. En outre, même s'il devait y avoir un droit d'accès à l'information d'intérêt public consacré explicitement, il devrait être mis en balance avec le droit à l'oubli qui, dans certaines circonstances, pourrait peser davantage que l'accès du public à l'information.

2. La notion de divulgation dans la distinction entre les mesures préventives et les mesures répressives

Future Challenges », pp. 29 à 30, disponible à l'adresse suivante, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060.

¹⁵⁸⁷ Sur le droit d'accès tel que consacré par le RGPD, voy. *infra*.

- a) Les mesures préventives et les mesures répressives dans la Constitution et dans la Convention européenne des droits de l'homme

315. - Les mesures préventives et les mesures répressives dans la Constitution. En Belgique, la distinction entre les mesures préventives et les mesures répressives est importante eu égard au régime constitutionnel particulier organisé aux articles 19 et 25 de la Constitution. Ces deux dispositions, à l'instar de la plupart des dispositions constitutionnelles garantissant des droits fondamentaux¹⁵⁸⁸, établissent une interdiction des mesures préventives, traduisant le choix posé par le Constituant. Il a souhaité « la “liberté” [...] comme une absence de toute intervention préventive »¹⁵⁸⁹. En d'autres termes, seules les limitations *a posteriori* sont envisageables : « [m]ieux vaut l'abus inévitable de cette liberté que la moindre restriction apportée à celle-ci : la restreindre dans un cas, ce serait donner prise à ceux qui voudraient l'anéantir dans d'autres »¹⁵⁹⁰. Ainsi, avec une certaine forme de résignation, un juge a pu observer que la liberté d'expression est donc « à ce point consubstantielle à l'ordonnement démocratique que les droits privés doivent leur céder le pas, se voyant imposer d'attendre la réparation, s'il échet, sans pouvoir agir préventivement, afin de ne pas paralyser l'action démocratique. Tel est, en quelque sorte, le prix citoyen de la démocratie »¹⁵⁹¹. Ce principe se traduit dans le libellé des dispositions constitutionnelles. L'article 19 énonce que « [l]a liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces

¹⁵⁸⁸ Ce régime se retrouve d'ailleurs dans la plupart des dispositions constitutionnelles. Dès avant l'établissement de la constitution, le gouvernement provisoire prit un arrêté le 16 octobre 1830 sur la liberté de la presse, de la parole et de l'enseignement. Son article 2 dispose que « toute loi ou disposition qui gêne la libre manifestation des opinions et la propagation des doctrines, par la voie de la parole, de la presse ou de l'enseignement, est abolie ». Cet arrêté s'inscrit dans un mouvement de contestation eu égard au régime en place avant l'indépendance. A ce titre, le préambule de l'arrêté précise qu'il « importe de faire disparaître à jamais les entraves par lesquelles le pouvoir a jusqu'ici enchaîné la pensée, dans son expression, sa marche et ses développements ».

Pour un rappel historique de l'évolution du régime des limitations, v. notamment J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, *op. cit.*, pp. 90 et s ; E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, t° I, Bruxelles, Walhen, 1844, p. 608.

¹⁵⁸⁹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, *op. cit.*, p. 112.

¹⁵⁹⁰ H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁹¹ Civ. Namur (réf.), 27 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1420. L'ordonnance admet aussi que « cette conception expose-t-elle chacun au risque de devoir endurer les conséquences potentiellement dévastatrices d'un usage illicite de ces libertés, en ne pouvant qu'en espérer la sanction et la réparation *a posteriori*, mais tel est bien l'enseignement majoritaire de la jurisprudence et de la doctrine, tant belges qu'européennes ».

libertés »¹⁵⁹². Quant à l'article 25 qui consacre le droit de la presse, il précise, en son alinéa 1^{er}, que « [l]a presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs ».

316. - Les mesures préventives et répressives dans les textes du Conseil de l'Europe.

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme propose une écriture différente de celle des dispositions constitutionnelles. Son paragraphe 2 énonce que l'exercice de la liberté d'expression « peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Concrètement, la Convention n'interdit pas expressément les mesures préventives¹⁵⁹³. En témoigne, le recours aux termes utilisés dans le texte de la Convention : le recours possible à des « formalités », des « conditions » ou des « restrictions », permettant notamment d'« empêcher la divulgation d'informations confidentielles », autant de traces qui témoignent de la possibilité de recourir à des telles mesures¹⁵⁹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs explicitement

¹⁵⁹² Lorsque l'on compare l'article 19 à l'article 25 de la Constitution, force est de constater que le premier est moins clair que le second : l'article 19 n'interdit pas, en tant que tel, le recours à la censure (en ce sens, voy. M. KADANER, R. COIRBAY, « Audiovisuel : quelques décisions récentes », *A&M*, 1997/2, p. 157). Cette absence de précision a notamment permis à certains juges d'admettre que des mesures préventives soient adoptées à l'égard de films ou émissions de télévision (civ. Bruxelles, 18 octobre 1996, *A&M*, 1997/1, p. 85 ; civ. Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47 ; Bruxelles (réf.), 18 décembre 1991, *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 176 ; Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611 ; *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 173 ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309 ; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29). Ce doute a en outre été soulevé par la Cour constitutionnelle elle-même. En 2009, elle écrit que l'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la liberté d'opinion et d'interdire *en principe*, toute mesure préventive d'une autorité publique. La mention de 'délits', dans l'article 19 de la Constitution, manifeste la volonté du Constituant de n'autoriser *en règle* le législateur à prévoir des mesures sanctionnant l'usage *abusif* de la liberté d'expression qu'après que celle-ci a été exercée » (C.c., 3 décembre 2009, n° 17/2009, § B.61.2, nous soulignons). Cela étant, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le cadre légal, en Belgique, ne permet pas que de telles mesures préventives soient adoptées (Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06). Sur ce sujet, voy. aussi F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *A&M*, 2013/5, pp. 332 à 347.

¹⁵⁹³ Voy. des cas où la Cour a admis des mesures préventives afin de limiter la liberté d'expression, et notamment la liberté de la presse : Cour eur. D.H., 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. 17419/90 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. 6538/74 ; Cour eur. D.H. (plén.), 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. 10572/83.

¹⁵⁹⁴ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 47. Voy. cependant certains juges de la Cour européenne qui estiment que des mesures préventives restent dangereuses lorsqu'elles touchent à la liberté d'expression, et notamment la liberté de la presse. Le juge De Meyer, dans une opinion partiellement dissidente écrit ceci : « [j]'ai la ferme conviction que "la presse doit être laissée libre de publier des informations, quelle qu'en soit la source, sans censure, injonctions ou restrictions préalables" : dans une société libre et démocratique il ne peut y avoir de place, en temps de paix, pour des restrictions de cette nature, surtout si l'on y a recours, comme en l'espèce, en vue de la "suppression par le gouvernement d'informations embarrassantes" ou d'idées gênantes »

reconnu : « [l']article 10 n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la circulation, ou toute interdiction de diffusion, mais de telles restrictions présentent pour une société démocratique de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux [...] »¹⁵⁹⁵. Elle ajoute qu' « il en va spécialement ainsi dans le cas de la presse : l'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt. Ce risque existe également s'agissant de publications, autres que les périodiques, qui portent sur un sujet d'actualité »¹⁵⁹⁶.

Un second texte du Conseil de l'Europe admet ce type de mesures. La résolution 1165 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au droit au respect de la vie privée¹⁵⁹⁷ considère qu'un bon appareillage judiciaire en vue de protéger le droit au respect de la vie privée doit « prévoir une action judiciaire d'urgence au bénéfice d'une personne qui a connaissance de l'imminence de la diffusion d'informations ou d'images concernant sa vie privée, comme la procédure de référé ou de saisie conservatoire visant à suspendre la diffusion de ces données, sous réserve d'une appréciation par le juge du bien-fondé de la qualification d'atteinte à la vie privée » (point 14, vii de la résolution). Le texte n'est cependant pas tout à fait clair. Il évoque en effet le caractère imminent d'une diffusion, ce qui permet de déduire que l'information n'est pas encore divulguée. Cela étant, il précise que la mesure doit permettre de « suspendre » la diffusion, ce qui laisse à penser qu'elle est déjà en cours et que l'on se trouve alors face à une mesure répressive.

b) Les mesures préventives et les mesures répressives : définitions et élément distinctif

(Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, *Observer Guardian c. Royaume-Uni*, req. 13585/88, opinion approuvée par les juges Pettiti, Russp, Foighel, Bigi).

¹⁵⁹⁵ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 42. Voy. encore Cour eur. D.H., 8 octobre 2013, *Cumhuriyet Vakfi et autres c. Turquie*, req. 28255/07, § 61 ; Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. 48009/08, § 117 ; Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, § 105 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, req. 32772/02, § 93 ; Cour eur. D.H., 27 septembre 2007, *Dzhavadov c. Russie*, req. 30160/04, § 32 ; Cour eur. D.H., 3 mai 2007, *Ulusoy et autres c. Turquie*, req. 34797/03, § 44 ; Cour eur. D.H., 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, § 52 ; Cour eur. D.H., 29 mars 2005, *Alinak c. Turquie*, req. 40287/98, § 37 ; Cour eur. D.H., 29 juin 2004, *Affaire Chauvy et autre c. France*, req. 64915/01, § 66 ; Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 42 ; Cour eur. D.H., 14 mars 2002, *Gawęda c. Pologne*, req. 26229/95, § 35 ; Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, req. 39288/98, § 56 ; Cour eur. D.H.(plén.), 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. 13585/88, § 60 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. 13166/87, § 51.

¹⁵⁹⁶ Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10, § 47. Voy., dans un sens identique, Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, req. 39288/98, § 56.

¹⁵⁹⁷ Résolution 1165 adoptée le 26 juin 1998 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée.

317. - Les définitions et le critère de distinction. La loi ne propose aucune définition de ces deux types de mesures. Elles font pourtant l'objet d'un débat doctrinal important. Quentin Van Enis précise que « [l]es mesures préventives désignent les ingérences de l'autorité publique visant à contrôler les opinions ou informations préalablement à leur diffusion »¹⁵⁹⁸. Il s'agit là d'une rare véritable définition de ce type de mesure. Les auteurs sont en effet plus nombreux à évoquer davantage le critère permettant de distinguer les mesures préventives des mesures répressives, qu'à proposer de véritables définitions. Ainsi, François Jongen mentionne qu'« [u]ne mesure sera généralement considérée comme préventive si elle intervient préalablement à la publication d'un écrit ou à la diffusion d'une émission télévisée ou radiodiffusée. Cette mesure agit avant qu'une opinion ait été exprimée : or une opinion "est forcément antérieure à toute diffusion" »¹⁵⁹⁹. *A contrario*, une mesure répressive opère postérieurement à une telle publication ou diffusion »¹⁶⁰⁰. Plus clairement encore, Renaud Van Melsen soutient que « la nature de la mesure dépend du moment auquel elle intervient : à partir du moment où la publication a connu une diffusion réelle, il s'agit d'une mesure répressive qui vise, conformément aux principes en vigueur en matière de responsabilité civile, non seulement à réparer le dommage déjà occasionné, mais aussi à prévenir toute persistance future du dommage »¹⁶⁰¹. Concrètement, la mesure préventive se distingue de la mesure répressive par rapport à un moment clé : la première intervient préalablement à la publication d'un écrit ou à la diffusion d'une émission télévisée ou radiodiffusée, agissant avant qu'une opinion¹⁶⁰² ait été exprimée, « laquelle est forcément antérieure à toute diffusion »¹⁶⁰³. *A contrario*, une mesure répressive opère postérieurement à une telle publication ou diffusion¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁸ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 305, n° 241.

¹⁵⁹⁹ A. STROWEL, F. TULKENS, « Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité », *op. cit.*, p. 8, n° 10 ; F. TULKENS, « La liberté d'expression », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 828.

¹⁶⁰⁰ F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *op. cit.*, p. 335, n° 9. L'auteur fait notamment référence à R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *C.D.P.K.*, 2007, p. 142, n° 23. Dans le même sens, S. VAN GARSSE, « Het recherlijk verspreidingsverbod : een kwestie van timing ? », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 567; Anvers, 4 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 89.

¹⁶⁰¹ R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, pp. 142 et 143.

¹⁶⁰² Une opinion s'entend comme « une manière de pensée, de juger ; une attitude de l'esprit qui tient pour vraie une assertion », *civ. Bruxelles* (réf.), 20 juin 1985, *inédit*.

¹⁶⁰³ A. STROWEL, F. TULKENS, « Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité », *op. cit.*, 2008, p. 8, n° 10 ; F. TULKENS, « La liberté d'expression », *op. cit.*, p. 828.

¹⁶⁰⁴ R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, p. 142, n° 23. Voy. dans

Le critère temporel¹⁶⁰⁵, qui est en réalité davantage un critère de fait puisqu'il implique l'existence – ou non – d'une divulgation, est validé par la Cour de cassation sans que ce choix ne lui soit dicté par la Constitution¹⁶⁰⁶. Dans un arrêt du 29 juin 2000¹⁶⁰⁷, elle confirme que ne peut être qualifiée de censure la mesure visant à ordonner le retrait – et non pas l'interdiction – d'une publication déjà largement diffusée. Elle constate en effet que « cet hebdomadaire était imprimé et mis en vente et qu'il avait, de l'affirmation même des demandeurs, "déjà reçu une large diffusion au moment de la signification de l'ordonnance de retrait" ». François Jongen déduit du raisonnement exécuté par la Cour « qu'il y aurait eu [...] censure prohibée par l'article 25 de la Constitution si la diffusion de l'écrit litigieux n'avait pas encore commencé »¹⁶⁰⁸. La Cour évoque une « large diffusion ». Sans considérer cet élément comme une condition nécessaire¹⁶⁰⁹, elle décide seulement que la diffusion réelle est une condition suffisante¹⁶¹⁰ pour qualifier une mesure de répressive. Le raisonnement et le choix de la Cour de cassation ont été implicitement confirmés par l'arrêt rendu, dans la même affaire, par la Cour européenne des droits de l'homme en concluant à une validation de la mesure de retrait au regard de l'article

le même sens S. VAN GARSSE, « Het recherlijk verspreidingsverbod : een kwestie van *timing* ? », *op. cit.*, p. 567. En jurisprudence, voy. Anvers, 4 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 89.

¹⁶⁰⁵ Avant l'établissement du critère temporel, « la ligne de démarcation [...] passait par un critère d'objet, étant la nature du média considéré : possibilité d'interdiction ou de suspension de diffusion pour l'audiovisuel, impossibilité pour les médias écrits » (F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? », *op. cit.*, p. 1592).

¹⁶⁰⁶ *Ibidem* ; F. JONGEN, « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *op. cit.*, p. 336, n° 12.

¹⁶⁰⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 581 ; *A&M*, 2000/4, p. 443 (reflet), note E. BREWAEYS, « Het Hof van Cassatie en het verbod van censuur van art. 25 G.W. » ; *Arr. Cass.*, 2000, p. 1245 ; *Bull.*, 2000, p. 1222 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note de F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? » ; *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-01, p. 263, note A. VERDOODT, « Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 25 van de Grondwet » ; *Journ. proc.*, 2000/398, p. 25, note F. TULKENS, A. STROWEL, « L'arrêt Leempoel et Editions Ciné Revue: de l'art de mettre fin à une controverse » ; *Juristenkrant*, 2000, p. 12 (reflet), *R. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? » ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.473, note. Voy. dans le même sens Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010/1, p. 86, note K. LEMMENS, « Preventieve censuur, de grenzen van satire en de rechten in kort geding] Politie uit de kleren ? Humo uit de rekken ! » ; *N.j.W.*, 2010/219, p. 248, note E. BREWAEYS, « Rechterlijk publicatieverbod » ; civ. Anvers, 8 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 241, note D. VOORHOOF ; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 789, note D. VOORHOOF ; *R.W.*, 2001-2002, p. 452 ; civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift, ...) » ; civ. Gand (réf.), 12 février 1999, *inédit* ; civ. Anvers (réf.), 19 septembre 1997, *A&M*, 1997/4, p. 408, note D. VOORHOOF ; civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30 ; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note M. HANOTIAU, « La censure ne pourra jamais être établie » ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, note F. JONGEN, « Le juge des référés, restriction non prévue par la loi ? » ; civ. Anvers (réf.), 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84.

¹⁶⁰⁸ F. JONGEN, « Le juge est-il censeur ? », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, p. 1592.

¹⁶⁰⁹ D. DE PRINS, « De burgerlijke rechter en de persvrijheid », *R.W.*, 2000-2001, p. 1449 ; R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, p. 143, n° 23.

¹⁶¹⁰ *Ibidem*. Dajo De Prins utilise l'expression « voldoende voorwaarde ».

10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶¹¹. Par la suite, la Cour européenne ajoute, a considéré qu'une intervention du juge des référés est moins grave dès lors que la diffusion de l'article a déjà été entamée¹⁶¹². En cela, elle confirme non seulement le critère du moment de la divulgation pour distinguer la mesure préventive de la mesure répressive, et réaffirme qu'une mesure répressive est moins attentatoire pour le droit fondamental protégé – en l'espèce le droit à la liberté d'expression – qu'une mesure préventive.

Cet élément temporel fait l'objet de quelques critiques d'ordre pratique¹⁶¹³. Premièrement, il s'accommode difficilement de la procédure en référé. Pour qu'une telle voie judiciaire soit envisageable, deux conditions sont requises : l'urgence et le provisoire¹⁶¹⁴ (article 584 du Code judiciaire). Dès lors, agir avant la diffusion réelle, c'est risquer de se voir refuser sa demande considérée comme préventive, et donc inconstitutionnelle. Agir après la publication, c'est potentiellement perdre le caractère urgent et nécessaire de la demande en référé¹⁶¹⁵. A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises qu'il y a « absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors

¹⁶¹¹ Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. Editions Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, *J.L.M.B.*, 2007, p. 292, note P. LAMBERT, « L'épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d'instruction remises à la commission d'enquête parlementaire, lors de l'affaire Dutroux » ; *J.T.*, 2006, p. 789, note N. BONBLED, M. LYS, « L'affaire Leempoel et Ciné Revue : le mot de la fin ? La commission d'enquête parlementaire dans le cadre de l'affaire Dutroux, les médias et l'art. 10 Conv. eur. D.H. » ; *A&M*, 2007/1-2, p. 144, note P. DE HERT, « De parlementaire onderzoekscommissie 'Dutroux' en de pers ».

¹⁶¹² Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, § 109. Voy. notamment le commentaire proposé par F. JONGEN, « « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *op. cit.*, p. 336, n° 11.

¹⁶¹³ Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », *op. cit.*, p. 1260, n° 5.

¹⁶¹⁴ La condition du provisoire pose aussi problème. Agir en référé, c'est « s'interdire de donner un caractère absolument irréversible qui aurait pour effet de priver de toute utilité le jugement au fond » (S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, *op. cit.*, p. 627, n° 896). Or, interdire ou reporter une émission ou un article portant sur l'actualité (l'information étant un bien consommable) aura inévitablement des conséquences irréversibles et excèderaient alors la compétence du juge des référés¹⁶¹⁴. Voy. civ. Bruxelles (réf.), 30 janvier 2002, *A&M*, 2002/4, p. 368 ; civ. Bruxelles (réf.), 15 mars 1989, *Journ. proc.*, 1989/147, p. 29, note de F. JONGEN (l'ordonnance porte sur la diffusion d'un match de football).

¹⁶¹⁵ S. VAN GARSSE, « Het recherlijk verspreidingsverbod : een kwestie van timing ? », *op. cit.*, p. 567 ; J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake vrijheid van media », *Mensenrechten 1995-1996*, Anvers, Maklu, 1996, p. 87 ; Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96 ; M. HANOTIAU, « La censure de la presse écrite par le juge des référés », note sous civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A&M*, 1997/2, p. 205 ; civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift, ...) » ; civ. Liège (réf.), 16 mai 1997, *A&M*, 2000/1, p. 153 ; civ. Liège (réf.), 24 mars 1995, *Draux c. RTBF*, inédit ; civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30 ; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note M. HANOTIAU, « La censure ne pourra jamais être établie » ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, note F. JONGEN, « Le juge des référés, restriction non prévue par la loi ? » ; Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96 ; Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 94 ; *J.T.*, 1975, p. 534 ; *Ing. Cons.*, 1975, p. 211.

qu'elles [ont] déjà été rendues publiques [...] »¹⁶¹⁶ ou ont « perdu leur caractère confidentiel [...] »¹⁶¹⁷. Cela étant, le référé conserve toute son utilité lorsqu'il est question de limiter l'ampleur du préjudice. Deuxièmement, le critère entraverait le droit de recevoir des informations¹⁶¹⁸. Ainsi, « si l'on peut admettre que l'opinion a[it] reçu sa chance dès lors qu'elle a connu un début de diffusion, peut-on en dire autant du public – présent et à venir – potentiellement intéressé par le propos ? »¹⁶¹⁹. Ce constat pose directement la question du caractère réel de la divulgation ainsi que de l'étendue du droit à l'information¹⁶²⁰. Il renvoie en outre au statut conféré à cet accès aux informations. Il ne jouit pas d'une consécration à l'instar des autres composantes du droit à la liberté d'expression (voy. *supra*). Enfin, la distinction fondée sur le commencement de publication s'accommode difficilement des « modalités pratiques qui tiennent au fonctionnement des différents médias »¹⁶²¹. Alors que la presse écrite et son contenu ne sont que rarement annoncés à l'avance, les programmes de radio et de télévision font quant à eux l'objet d'une programmation préalable, rendant l'intervention préventive du juge plus aisément envisageable¹⁶²².

D'autres critiques sont portées au critère temporel sous forme de réflexion davantage philosophique. Ainsi, des auteurs soutiennent qu'une mesure demeure préventive, lors même que la diffusion d'une opinion aurait eu lieu, notamment quand son objectif est d'interdire la « réitération de l'opinion exprimée »¹⁶²³. Une telle compréhension ne paraît pas totalement

¹⁶¹⁶ Cour eur. D.H., 30 mars 2006, *Ozgur Radyo-SES Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim AS c. Turquie* (n°1), req. 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00 et 64184/00, § 81 ; Cour eur. D.H., 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas*, req. 16616/90 § 44 ; Cour eur. D.H., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, req. 11034/84, § 49.

¹⁶¹⁷ Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. 13585/88, §§ 66-70 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), req. 13166/87, §§ 52-56.

¹⁶¹⁸ Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », *op. cit.*, p. 1260, n° 5. Voy. aussi D. VOORHOOF, J. BAERT, « Verbod tot het verspreiden van een boek ? », note sous civ. Anvers (réf.), 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-84, col. 1993. Selon ces auteurs, « [h]et passief recht op informatie omvat dus ook het recht om denkbelden te ontvangen zonder inmenging van de overheid ».

¹⁶¹⁹ Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », *op. cit.*, p. 1260, n° 5.

¹⁶²⁰ Voy. *supra*.

¹⁶²¹ Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », *op. cit.*, p. 1260, n° 5.

¹⁶²² S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 614, n° 885. Q. VAN ENIS, « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », *op. cit.*, pp. 1268-1269, n° 15. Cet auteur relativise cette critique. Il indique que cet élément n'est plus réellement déterminant compte tenu des pratiques journalistiques qui établissent qu'un journaliste, lorsqu'il porte des critiques sur une personne particulière, en avise cette dernière, et dans le meilleur des cas, l'invite à y répondre. Voy. en ce sens Cour eur. D.H., 29 juin 2008, *Flux c. Moldavie* (n° 6), req. 22824/04, § 29. Cet arrêt semblait obliger les journalistes à contacter les personnes mises en cause dans leur article. Cependant la Cour semble être récemment revenue sur cette obligation (Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. 48009/08).

¹⁶²³ En ce sens, voy. J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A&M*, 2002/6, p. 490, n° 6.

compatible avec l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000. En outre, il pourrait aboutir à considérer le droit à l'oubli comme une mesure préventive, dès lors que la prérogative touche au rappel – et donc à la réitération – de faits. Pour d'autres auteurs, tous ces débats sont vains¹⁶²⁴. Ils avancent que les mesures d'interdiction, « même préalables à toute diffusion, constituent par définition des mesures répressives, en tant qu'elles seraient nécessairement postérieures au fait dommageable et se situeraient donc uniquement dans une optique de prévention du dommage et non de l'opinion litigieuse »¹⁶²⁵. Suivant cette théorie, une interdiction judiciaire de publication ou de diffusion constituerait en réalité une mesure réprimant *a priori* « un abus de liberté qui va être commis »¹⁶²⁶. Sylviane Velu soutient à ce titre que « l'action du juge des référés se situe davantage dans la perspective du régime répressif que dans celle du régime préventif, dès lors qu'elle ne tend pas, comme la censure, à un contrôle de l'exercice même normal de la liberté d'expression, mais à la cessation et, si possible, à la prévention des dommages que l'abus apparent de cette liberté a engendrés ou risque de causer, cette intervention étant décidée au terme d'un examen “prima facie” d'une contestation soumise au juge des référés, et par anticipation du sort qui sera réservé par le juge du fond à l'action dont il est saisi »¹⁶²⁷. Toutefois, selon François Jongen, « il paraît difficile de se rallier à la thèse du caractère répressif de l'interdiction de diffusion dès lors que “ainsi conçue, la répression se confond avec la censure et que distinguer la répression préventive de la mesure préalable relève

¹⁶²⁴ Voy. notamment S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t° 3, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1771, n° 22 ; B. JADOT, « La radio et la télévision face au juge des référés », *Ann. dr. Louvain*, 1987, pp. 49 et 50, n° 1 et 2 ; A. BEGASSE DE DHAEM, « Le référé préventif et la liberté d'expression », note sous civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1157.

¹⁶²⁵ R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, pp. 141 et 142, n° 22. Comme l'auteur le souligne ensuite, une telle vision prend comme critère l'existence d'une opinion, et non pas sa diffusion. La mesure est en effet répressive par rapport à l'existence de cette opinion, mais demeure bien préventive eu égard à la diffusion de cette opinion. Or, la liberté d'expression emporte la diffusion.

¹⁶²⁶ F. JONGEN, *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1994, p. 250, n° 270. Voyez dans le même sens, J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake vrijheid van media », *op. cit.*, p. 90 ; L. NEELS, « De media in het geding », *T.B.P.*, 1981, p. 387, n° 6 ; B. JADOT, « La radio et la télévision face au juge des référés », *op. cit.*, p. 49 ; S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 1772, n° 22 ; civ. Charleroi (réf.), 24 octobre 1995, *Hainaut Caravaning Center c. RTBF*, inédit, cité par M. KADANER, R. COIRBAY, « Audiovisuel : quelques décisions récentes », *op. cit.*, p. 156, note 12 (le juge souligne que son intervention ne fait qu'« anticiper sur la répression du trouble causé ») ; civ. Charleroi (réf.), 17 novembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 965 ; civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, p. 1147, note A. BEGASSE DE DHAEM, « Le référé préventif et la liberté d'expression ».

¹⁶²⁷ S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 1772, n° 22.

du jeu de mot”¹⁶²⁸ »¹⁶²⁹. En outre, voir en une telle interdiction une répression *a priori* suppose que le juge chargé de statuer puisse consulter l’article litigieux ou visionner le programme contesté¹⁶³⁰. Or, une telle exigence s’analyse comme une mesure préventive¹⁶³¹. En effet, tout comme le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le troisième pouvoir est soumis au respect des textes constitutionnels¹⁶³², et dès lors à l’interdiction de censure et de mesures préventives¹⁶³³. Koen Lemmens nuance la théorie proposée par Sylviane Venu en soutenant que « selon toute vraisemblance, [...] une mesure répressive (une *sanction*) a comme but, ne serait-ce que partiellement, d’empêcher l’exercice abusif de la liberté en cause à l’avenir. De ce point de vue, on pourrait la considérer comme un détournement de l’interdiction des mesures

¹⁶²⁸ P. MARTENS, « Le contrôle juridictionnel de l’audiovisuel », in F. JONGEN (dir.), *Médias et service public*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 248.

¹⁶²⁹ F. JONGEN, *La police de l’audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, op. cit., p. 250, n° 270. Voy. dans un sens identique M. HANOTIAU, M. KADANER, « Le référé dans la presse écrite et dans l’audiovisuel », *Rev. dr. ULB*, 1993, p. 186.

¹⁶³⁰ *Ibidem*.

¹⁶³¹ A. SCHAUS, « Les restrictions à la liberté d’expression opérées par le juge des référés face à l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’Homme », *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 168 ; A. SCHAUS, « Inédits du droit de la presse », *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1154 et 1155. Voy. aussi civ. Liège (réf.), 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788 ; civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *R.W.*, 1993-94, p. 619, note de J. CEULERS, « Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending ? » ; Bruxelles, 21 février 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 89, note de E. BREWAEYS, « Persvrijheid en economisch kritiek » ; *Consumentenrecht*, 1990/9, p. 459, note de G.L. BALLON, « Optreden van een erbij betrokken onderneming tegen vergelijkende warenonderzoeken voor hun publicatie ».

¹⁶³² S. VELU, op. « Le juge des référés et la liberté d’expression », cit., p. 1770, n° 21 ; J. DE MEYER, note sous civ. Anvers (réf.), 13 avril 1979, *R.W.*, 1978-79, p. 2824 ; K. LEMMENS, « “Taisez-vous, Elkabbach!” L’interdiction de la censure à la lumière des pratiques sociales », *Rev. b. dr. const.*, 2003/4, p. 384, n° 14 ; L. NEELS, « De media in het geding », op. cit., p. 387 ; B. JADOT, « La radio et la télévision face au juge des référés », op. cit., p. 48 ; P. MARTENS, « Le contrôle juridictionnel de l’audiovisuel », op. cit., p. 245 ; M. KADANER, R. COIRBAY, « Audiovisuel : quelques décisions récentes », op. cit., p. 161 ; J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake vrijheid van media », op. cit., p. 87 ; A. BEGASSE DE DHAEM, « Le référé préventif et la liberté d’expression », op. cit., p. 1153 ; E. BREWAEYS, « De grondwettigheid van een gerechtelijk publicatieverbod », note sous civ. Anvers, 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986 et 87, col. 810 ; D. VOORHOOF, J. BAERT, « Verbod tot het verspreiden van een boek ? », op. cit., col. 1992 ; Cass., 28 mars 1839, citée dans Cass. 2 juin 2006, *A&M*, 2006/4, reprenant les conclusions du Ministère public (P. DE KOSTER), p. 364, n° 116 ; civ. Anvers (réf.), 17 décembre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 299 ; civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 82, note A. VERDOODT, « De audiovisuele media en de kortgedingrecht » ; civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 354 ; *A&M*, 1999/1, p. 101 ; civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift, ...) » ; civ. Anvers (réf.), 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84 ; Bruxelles, 21 février 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 89, note de E. BREWAEYS, « Persvrijheid en economisch kritiek » ; *Consumentenrecht*, 1990/9, p. 459, note de G.L. BALLON, « Optreden van een erbij betrokken onderneming tegen vergelijkende warenonderzoeken voor hun publicatie » ; civ. Bruxelles (réf.), 12 octobre 1990, *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 175 ; *Journ. proc.*, 1990/181, p. 27, note de F. JONGEN ; civ. Tongres (réf.), 6 octobre 1988, *Limb. Rechst.*, 1989, p. 29, note de E. MONARD ; Gand, 9 mars 1935, *P.P.*, 1935, n° 106, p. 309.

¹⁶³³ Civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 354 ; *A&M*, 1991/1, p. 101 ; Bruxelles, 21 février 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 89, note de E. BREWAEYS, « Persvrijheid en economisch kritiek » ; *Consumentenrecht*, 1990/9, p. 459, note de G.L. BALLON, « Optreden van een erbij betrokken onderneming tegen vergelijkende warenonderzoeken voor hun publicatie » ; civ. Liège, (réf.), 4 décembre 1980, *Morelli c. RTBF*, inédit ; civ. Liège (réf.), 29 janvier 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, p. 187.

préventives. Quoi qu'on en dise, une sanction provoque toujours un effet dissuasif »¹⁶³⁴. Mesures préventives et mesures répressives sont, selon ce point de vue, intimement liées.

- c) Les mesures préventives et les mesures répressives : l'impact sur le droit à l'oubli d'informations journalistiques

318. - Le droit à l'oubli : une mesure répressive. Ces considérations générales relatives aux mesures préventives et répressives permettent de s'interroger le droit à l'oubli. Dans sa mise en œuvre, faut-il le concevoir comme une mesure *a priori*, interdite par la Constitution, ou davantage comme une mesure *a posteriori* ?

La concrétisation du droit à l'oubli pourrait être considérée par certains comme étant une mesure préventive. En effet, l'oubli empêche qu'il puisse y avoir une nouvelle divulgation d'une information journalistique.

Pourtant, le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne constitue nullement une mesure préventive. En effet, sa mise en œuvre concrète intervient alors qu'il y a déjà eu divulgation de l'information. L'oubli ne vise en réalité que la reprise, dans le futur, de cette information. Il s'inscrit d'ailleurs dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle intentée dans le but d'obtenir réparation d'une atteinte potentiellement fautive à cet oubli. La nuance proposée ci-avant par Koen Lemmens au regard de la théorie soutenue par Sylviane Velu prend, dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, tout son sens. La mesure, qualifiée de répressive a, au moins en partie, pour objectif un usage abusif du droit à la liberté d'expression dans le futur¹⁶³⁵.

Dès lors que la divulgation a d'ores et déjà eu lieu, l'on ne peut considérer l'application du droit à l'oubli comme une mesure préventive. Dans l'hypothèse d'une absence de première divulgation effective, le droit à l'oubli – ou tout autre droit – ne pourrait être invoqué pour que

¹⁶³⁴ K. LEMMENS, « “Taisez-vous, Elkabbach!” L'interdiction de la censure à la lumière des pratiques sociales », *op. cit.*, pp. 388 et 389, n° 21. L'auteur se demande si l'on n'a pas surestimé la distinction entre les deux types de mesures. Voy. aussi R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, pp. 142 et 143, n° 23 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, *op. cit.*, p. 225, n° 225 ; D. VOORHOOF, J. BAERT, « Verbod tot het verspreiden van een boek ? », *op. cit.*, col. 1993.

¹⁶³⁵ Voy. *supra*.

soit refusée ladite diffusion. Il s'agirait alors clairement de censure, interdite à l'heure actuelle par la Constitution belge. Il y a lieu de rejeter à nouveau la théorie évoquée ci-avant, considérant comme étant préventive toute mesure visant à s'opposer à la réitération d'informations. Certes, l'on admet que cela puisse prêter à débat. Toutefois, en l'état actuel du texte constitutionnel et compte tenu des interprétations que l'on en fait, notre point de vue paraît tout à fait défendable¹⁶³⁶.

3. La notion de divulgation dans le cadre du délit de presse

319. - Introduction. Evoquer plus amplement la divulgation dans le cadre du délit de presse a du sens dès lors que plusieurs auteurs, à défaut de disposer d'indications précises quant au critère de divulgation mis en lumière par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 29 juin 2000, ont opéré un parallèle avec cette condition du délit de presse¹⁶³⁷. Pour les autres conditions, il y a lieu de faire un renvoi développements précédents relatifs au délit de presse, à son fondement constitutionnel ainsi qu'à ses différentes conditions d'existence¹⁶³⁸.

320. - Les composantes du délit de presse : la publicité. L'opinion couchée sur un support écrit doit faire l'objet d'une diffusion, par quelque moyen que ce soit. A défaut de publicité réelle et effective¹⁶³⁹, une publicité possible ne suffisant pas¹⁶⁴⁰, il ne peut y avoir de délit de presse. En effet, « [c]'est par la publicité donnée à un écrit imprimé [...] que le délit de presse est consommé, qu'il prend naissance »¹⁶⁴¹. L'appréciation de cette condition est une question

¹⁶³⁶ Plus globalement, on pourrait d'ailleurs admettre que l'on puisse, moyennant une modification constitutionnelle, ou du moins une modification de l'interprétation donnée au terme « censure » de l'article 25 de la Constitution, admettre que des mesures préventives limitent le droit à la liberté d'expression. L'on ne fait qu'admettre, dans l'ordre juridique belge, ce qui l'est déjà dans le cadre de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶³⁷ Voy., notamment, F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? », *op. cit.*, p. 1592 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, *op. cit.*, pp. 173 et s., n° 155 et s., p. 225, n° 211 ; R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, pp. 142 à 143, n° 23.

¹⁶³⁸ Voy. *supra*.

¹⁶³⁹ Selon Marc Verdussen, « [l]a reproduction de l'écrit montre que l'opinion émise n'est pas destinée à un cercle restreint de personnes, mais s'adresse au public en général » (M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 655). Voy. aussi Cass., 13 avril 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 906 : « [a]lors que la publicité réelle et effective requise pour qu'il y ait délit de presse est établie à suffisance dès que l'écrit a été rendu public par la distribution, fût-elle restreinte, en un certain nombre d'exemplaires et à un cercle de personnes relativement large ». La Cour estime en définitive que la distribution de tracts destinés au personnel d'une entreprise ne remplit pas la condition de publicité.

¹⁶⁴⁰ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, *op. cit.*, p. 196, n° 179.

¹⁶⁴¹ R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le délit de presse (Réquisitions devant la Cour d'appel de Bruxelles) », *op. cit.*, p. 396. Voy. dans le même sens Cass. (2^{ème} ch.), 20 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 508.

d'espèce et se fait par le juge de fond¹⁶⁴². A ce propos, la Cour de cassation a en effet exprimé que c'est « par la distribution, fût-elle restreinte, en un certain nombre d'exemplaires et à un cercle de personnes relativement large »¹⁶⁴³ que la diffusion devient réelle. Renaud Van Melsen effectue un parallèle entre ce caractère réel de la publicité et son application potentielle dans le cadre de la compréhension du critère temporel permettant de distinguer la mesure préventive de la mesure répressive. Il écrit en effet que « l'exigence de publicité réelle [...] paraît exclure tout retrait après une durée de diffusion extrêmement courte »¹⁶⁴⁴, celle-ci ne devant pas être considérée comme réelle¹⁶⁴⁵.

Outre la diffusion, l'intention de publicité doit, elle aussi, être bien réelle pour qu'il y ait délit de presse. La publication « doit avoir lieu avec l'agrément de son auteur »¹⁶⁴⁶. Si l'écrit est publié malgré l'auteur ou à son insu, ce dernier n'encourt aucune responsabilité. Enfin, la condition de publicité peut se confondre, mais seulement partiellement, avec la condition de la multiplicité d'exemplaires de l'écrit : le fait de reproduire un écrit en plusieurs exemplaires témoigne généralement d'une intention de diffusion et dès lors d'une volonté d'assurer la publicité de cet écrit. Toutefois, la publicité devant être réelle et effective, la seule multiplication d'un écrit ne suffira pas à remplir la condition de publicité. En outre, nul besoin qu'un grand nombre en ait pris connaissance, il faut simplement démontrer qu'ils en ont eu la possibilité¹⁶⁴⁷.

4. La notion de divulgation dans le cadre de diverses infractions pénales

321. - La divulgation dans le Code pénal. Afin de comprendre ce premier critère du droit à l'oubli d'informations – une première divulgation licite de l'information –, il est encore intéressant de préciser que la notion de divulgation est centrale dans le cadre de plusieurs

¹⁶⁴² J. ENGLEBERT, « Quand y a-t-il « délit de presse » au regard de l'exigence de publicité ? », note sous Cass. (2^{ème} ch.), 18 janvier 2006, *A&M*, 2007/1-2, p. 163.

¹⁶⁴³ Cass., 13 avril 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 1018 ; *Pas.*, 1988, I, p. 942.

¹⁶⁴⁴ R. VAN MELSEN, « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *op. cit.*, pp. 143, n° 23. Selon l'auteur, la Cour européenne des droits de l'homme soutient une position semblable dans l'arrêt *Editions Plon c. France* du 18 mai 2004, req. 58148/00, §§ 38 et 42.

¹⁶⁴⁵ Voy. aussi civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2007, *A&M*, 2008/6, p. 488. L'ordonnance précise que la communication d'un reportage à la presse n'est pas constitutive d'une communication au public, et donc d'une diffusion réelle, de sorte qu'une interdiction dudit reportage s'analyse comme une mesure préventive.

¹⁶⁴⁶ *R.P.D.B.*, v° « Liberté de la presse et droit de réponse », p. 579, n° 39.

¹⁶⁴⁷ D. DE PRINS, « De burgerlijke rechter en de persvrijheid », *op. cit.*, p. 1449.

infractions pénales. Certes, à l'instant du délit de presse, l'on parlera plus volontiers d'une condition de publicité. L'article 444 du Code pénal, auquel se réfère notamment les articles 443 (pour les infractions de calomnie et de diffamation) et 448 (pour l'infraction d'injure) du même code¹⁶⁴⁸, précise que certaines infractions pénales doivent avoir lieu « [s]oit dans des réunions ou lieux publics ; [s]oit en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter ; [s]oit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins ; [s]oit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public ; [s]oit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes ». A défaut, les infractions pénales ne peuvent être constatées.

Dans le cadre d'une diffusion permettant l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques, les trois premières circonstances décrites ne paraissent pas exploitables. En effet, la diffusion orale qui n'est pas fixée sur un support ne peut constituer une première divulgation. En revanche, les deux derniers cas d'espèce peuvent être pris en compte. Comme l'écrivent Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe, « la publicité des écrits, images et emblèmes ne peut avoir eu lieu que par l'un des cinq moyens prévus par la loi : par affiche, vente, mise en vente, distribution ou exposition aux regards du public »¹⁶⁴⁹. Quant aux écrits non rendus publics, ils doivent à tout le moins avoir fait l'objet d'une publicité restreinte auprès de plusieurs personnes. De telles restrictions ne sont évidemment pas d'application dans le cadre de l'action en responsabilité civile visant à voir le droit à l'oubli d'informations journalistiques être appliqué. L'on voit ici les limites de l'emprunt d'un concept pénal encadré notamment par le principe de la légalité de l'infraction et de la peine à une action civile.

Le Code pénal, rédigé en 1867, ne mentionne pas les moyens de communication modernes, tels que la télévision, la radio et internet. Une interprétation stricte et littérale du

¹⁶⁴⁸ D'autres dispositions renvoient à cet article 444 du Code pénal : voy., par exemple, les articles 20 à 22 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, p. 9928 (cette loi est souvent appelée « loi Moureaux », du nom de l'ancien ministre de la justice, alors à l'initiative de ce texte législatif) ; l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996 ; l'article 27 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031 ; article 22 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

¹⁶⁴⁹ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., p. 391, n° 593.

Code aboutirait à exclure toute infraction commise par le biais de ces moyens d'expression plus récents¹⁶⁵⁰. Il y a dès lors lieu d'opter pour une interprétation évolutive. En effet, « si le législateur avait eu connaissance de ces techniques, il les aurait également incluses dans les actes punissables. L'important, ce n'est pas tant le support mais bien le contenu et surtout le caractère public de la déclaration calomnieuse ou diffamatoire »¹⁶⁵¹. Par conséquent, les propos diffusés par le biais de la radio, de la télévision, d'internet, entrent dans le champ de l'article 444, 2^{ème} et 4^{ème} alinéa. La jurisprudence applique d'ailleurs l'article 444 du Code pénal aux différents moyens modernes de communication¹⁶⁵². En ce qui concerne plus spécifiquement internet, la jurisprudence abonde dans le même sens. La Cour d'appel de Bruxelles estime notamment qu'« il ne peut être sérieusement contesté que les messages e-mails attribués au prévenu sont des écrits (imprimés ou non), si pas exposés au regard du public, à tout le moins adressés ou communiqués à plusieurs personnes, en l'espèce à toute personne consultant le forum de discussions sur le réseau internet ; qu'il s'ensuit que l'infraction, à la supposer établie, a bien été commise dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal »¹⁶⁵³. Le Tribunal correctionnel d'Anvers indique, dans un litige relatif à des propos négationnistes et révisionnistes tenus sur internet, que « l'information et les publications qui sont offertes à la vente et dont le contenu est décrit sur un site web, sont disponibles pour un très grand public et répondent indéniablement au prescrit de l'article 444 du Code pénal, relatif à la diffusion et à la publicité »¹⁶⁵⁴. Un raisonnement identique est tenu pour ce qui concerne les « newsgroups » ou forums de discussion : il s'agit de lieux non publics mais ouverts à un certain nombre

¹⁶⁵⁰ *Comp.* avec le libellé du Code pénal de 1810 qui, en son article 367, adoptait une conception plus restrictive que celle de l'article 444.

¹⁶⁵¹ I. DELBROUCK, « Atteinte à l'honneur et à la considération des personnes », *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, A 267, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 23. Dans le même sens, A. LORENT, « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes », supplément n° 10 à P. CHOMÉ, A. KLEES, A. LORENT, *Droit pénal et procédure pénale*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 66, n° 131. Il peut être intéressant de faire une parallèle entre cette interprétation évolutive de l'article 444 du Code pénal, évolution qui doit s'appuyer sur la conviction que le législateur, s'il avait eu connaissance de ces moyens de communication, les aurait inclus dans le libellé de la disposition, et l'absence d'interprétation évolutive de l'article 25 de la Constitution. Or, il semble que les garanties offertes à la presse en 1831 auraient, sans doute été élargies à tous les moyens de communication, si le Constituant en avait eu connaissance.

¹⁶⁵² Voy. notamment Bruxelles (m. acc.), 5 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 387, réq. Min. public, note de F. JONGEN ; Cass., 11 septembre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 36 ; *Bull.*, 1991, p. 36 ; *J.T.*, 1991, p. 643 (abrégé) ; *Pas.*, 1991, I, p. 36.

¹⁶⁵³ Corr. Bruxelles (11^{ème} ch.), 27 juin 2000, *A&M*, 2001/1, p. 142, note de D. VOORHOOF, « Aanzet tot racisme via Internet - Drukpersmisdrijf of geen drukpersmisdrijf: de correctionele rechtbank is bevoegd ! » ; *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 321. Voy. aussi Corr. Anvers (4^{ème} ch.), 9 septembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 83 ; *R.W.*, 2004-2005, p. 268, note de T. VANDROMME, « Enkele aspecten van de bestaand van negationisme ».

¹⁶⁵⁴ Corr. Bruxelles, 15 janvier 2002, *R.T.D.I.*, 2002/13, p. 73, note de P. VALCKE, C. UYTENDAELE, « Racisme et négationisme sur l'internet : les affaires Infonie et Yahoo! Bis ». Nous traduisons. L'extrait original est libellé comme suit : « [i]nformatie en publicaties die te koop worden aangeboden en waarvan een inhoudsopgave wordt weergegeven in een website, zijn toegankelijk voor een zeer groot publiek en beantwoorden onmiskenbaar aan de in art. 444 Sw omschreven verspreiding en openbaarmaking ».

d'internautes permettant de répondre à « la condition de publicité requise par la loi »¹⁶⁵⁵. En ce qui concerne l'envoi de mails, le Tribunal correctionnel de Bruxelles a jugé ceci : « l'envoi d'un courrier électronique sur une boîte de réception personnelle ne satisfait pas [à la condition de publicité], contrairement aux messages publiés sur un forum »¹⁶⁵⁶. *A contrario*, à propos de l'envoi d'un fichier texte par email à une liste de 29 personnes, le Tribunal correctionnel d'Anvers confirme que cet envoi « répond à la circonstance de publicité qui est définie à l'article 444 C. pén. comme un écrit, qui n'a pas été rendu public, mais communiqué ou adressé à plusieurs personnes »¹⁶⁵⁷. La juridiction anversoise ajoute, plus implicitement, que « [l]a diffusion par e-mail ou la mise à disposition, via un programme d'échange de fichiers, d'un fichier musical raciste peut être assimilée à la diffusion en un lieu public au sens de l'article 444, alinéa 2 C. pén. »¹⁶⁵⁸.

5. La notion de divulgation en droit intellectuel

322. - Introduction. La notion de divulgation est importante en droit intellectuel, essentiellement en droit d'auteur (a) et en droit des dessins et modèles (b).

a) En droit d'auteur

323. - La divulgation dans le droit d'auteur. L'auteur d'une œuvre bénéficie de droits patrimoniaux – ou pécuniaires – et de droits moraux. Les premiers « organisent la communication et l'exploitation de l'œuvre »¹⁶⁵⁹, sous diverses formes. Les seconds ont pour objectif de « reconnaître [le] lien intime entre l'auteur et sa création en attribuant au premier des prérogatives par lesquelles il contrôle la relation entre sa personnalité et ce qui en est

¹⁶⁵⁵ Corr. Bruxelles (55^{ème} ch.), 22 décembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 134, note de D. VOORHOOF, « Racisme op Internet: de correctionele rechtbank is voortaan bevoegd ! » ; *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 121 (abrégé). Allant dans ce sens, voy. I. DELBROUCK, « Atteinte à l'honneur et à la considération des personnes », *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁵⁶ Corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 4 février 2014, *A&M*, 2015/1, p. 93, note.

¹⁶⁵⁷ Nous traduisons. Le texte original soutient que « [h]et verzenden van het tekstbestand via *e-mail* aan een lijst van 29 personen beantwoordt aan de omstandigheid van openbaarheid dat in art. 444 Sw. Wordt omschreven als een geschrift, dat niet openbaar is gemaakt, maar aan verscheidene personen toegestuurd of medegedeeld wordt ».

¹⁶⁵⁸ Voy. le sommaire de la décision, repris dans la revue *N.j.W.*, qui ajoute cette précision.

¹⁶⁵⁹ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droit voisins*, 4^{ème} éd., coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 106, n° 60.

émané »¹⁶⁶⁰. Eu égard à la notion de divulgation, deux prérogatives de l'auteur peuvent être succinctement analysées : d'une part, le droit de communication au public, considéré comme l'un des droits patrimoniaux¹⁶⁶¹, et d'autre part, le droit de divulgation, qui entre dans la catégorie des droits moraux¹⁶⁶².

324. - Le droit patrimonial de communication au public : les fondements. La directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information¹⁶⁶³ porte, en son article 3, que « [l]es États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Selon le considérant n° 23 de ce texte européen, ce droit « doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte »¹⁶⁶⁴. Le droit de communication au public est encore consacré par le Traité de Genève du 20 décembre 1996¹⁶⁶⁵, en son article 8, ainsi que par diverses dispositions de la Convention de Berne¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶⁰ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 146, n° 181.

¹⁶⁶¹ Outre ce droit, l'auteur jouit du droit de reproduction, du droit de location et du droit de prêt, du droit de distribution, du droit de destination ainsi que du droit de suite. Pour quelques développements, voy., parmi d'autres, S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 77 à 95.

¹⁶⁶² Outre ce droit, l'auteur jouit du droit d'attribution ou de paternité ainsi que du droit à l'intégrité de son œuvre. Pour quelques développements, voy., parmi d'autres, S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, *ibidem*, pp. 95 à 99.

¹⁶⁶³ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

¹⁶⁶⁴ Cette interprétation large est indispensable « pour atteindre l'objectif principal de ladite directive [2001/29/CE], lequel, ainsi qu'il résulte de ses neuvième et dixième considérants, est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public » (*J.U.E.*, 7 décembre 2006, C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, § 36).

¹⁶⁶⁵ Traité l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, adopté à Genève et entrée en vigueur le 6 mars 2002. L'article 8 consacre le droit de communication au public : « [s]ans préjudice des dispositions des articles 11.1)ii), 11bis.1)i) et ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) et 14bis.1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ».

¹⁶⁶⁶ Convention de Berne du 9 septembre 1986 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (complétée et révisée par la suite à plusieurs reprises). Le droit de communication au public fait l'objet d'une consécration fragmentaire, à travers la lecture de plusieurs dispositions. Voy. les article 11, (1), ii) ; 11bis, (1), i) et ii) ; 11ter, (1), ii) ; 14, (1), ii) ; et 14bis, (1).

L'article XI.165 du Code de droit économique énonce que « [l']auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque, y compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès à l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». Le choix de rendre une œuvre publique appartient par conséquent exclusivement à l'auteur. Ce droit particulier recouvre « tout acte par lequel une œuvre est transmise à un public, de manière directe et non par le truchement d'un support matériel. Peu importe le vecteur de transmission de l'œuvre »¹⁶⁶⁷. Son exercice n'implique pas nécessairement un comportement positif de la part de l'auteur¹⁶⁶⁸. Communiquer recouvre l'ensemble des reproductions faites par des moyens non matérialisées – quel que soit ce moyen –, c'est-à-dire des formes non tangibles qui ne survivent pas dès lors que le moyen utilisé est mis à l'arrêt¹⁶⁶⁹. Sont par conséquent considérées comme des communications au public, la radiodiffusion ou la télédiffusion d'une émission, la transmission de l'œuvre par le câble ou le satellite, la mise à disposition et la diffusion d'une œuvre sur internet par le biais du *streaming* ou du téléchargement de l'œuvre, le fait de rendre visible une page web sur l'écran d'un ordinateur, la vidéo *on demand*, la diffusion d'une œuvre lorsqu'elle est faite par une radio ou une télévision dans un lieu ouvert au public, etc.¹⁶⁷⁰.

325. - Le droit patrimonial de communication au public : la notion de public. La communication doit en outre être publique, c'est-à-dire que l'œuvre doit avoir fait l'objet d'une publicité réelle et effective. Cette exigence se lit parallèlement à l'exception de communication dans le cercle de la famille (article XI.190, § 1^{er}, 3^o du Code de droit économique). La notion de « public » se définit davantage par la négative : une communication est publique dès lors qu'elle n'a pas été faite dans le cadre du cercle restreint de la famille. En effet, une communication est privée lorsqu'elle est faite dans le cadre familial, ou dans le cadre d'un petit groupe de personnes entre lesquelles il existe un lien intime d'ordre familial ou social. Ainsi, lorsque des membres d'une famille regardent la télévision, écoutent la radio ou sont connectés à internet, la réglementation sur le droit d'auteur considère que la communication n'est pas publique.

¹⁶⁶⁷ S. DUSOLIER, A. DE FRANQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 89. Voy. aussi F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 120, n° 146.

¹⁶⁶⁸ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 120, n° 146.

¹⁶⁶⁹ M.-C. JANSSENS, H. VANHEES, *Auteursrecht @ Internet*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2012, pp. 38-39.

¹⁶⁷⁰ Ces exemples sont tirés de S. DUSOLIER, A. DE FRANQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 90 ; M.-C. JANSSENS, H. VANHEES, *Auteursrecht @ Internet*, op. cit., p. 39 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., pp. 124-125, n° 149.

La notion de « famille » fait toutefois l'objet d'une interprétation raisonnable par les juridictions de fond¹⁶⁷¹ et par la Cour de cassation. Celle-ci soutient, dans un arrêt du 26 janvier 2006¹⁶⁷², qu'« on entend par communication privée à laquelle l'auteur ne peut s'opposer toute communication gratuite réalisée dans un cercle privé à l'attention de personnes entre lesquelles il existe un lien familial. Il peut s'agir d'un groupe limité de personnes entre lesquelles il existe un lien tellement étroit qu'il peut être assimilé à un lien familial ». En l'espèce, la Cour estime qu'une juridiction a pu légalement considérer « que la musique diffusée par la radio dans un atelier fermé uniquement accessible aux cinq membres du personnel qui s'y côtoient chaque jour et entre lesquels s'est de ce fait créé un lien privé et intime, peut être assimilée à une communication privée dans un cercle familial ». Dans un arrêt du 18 février 2000¹⁶⁷³, la Cour considère que le juge du fond a légalement pu déduire le caractère privé de la communication du fait qu'elle s'est déroulée dans un home de personnes âgées. En l'espèce, selon le juge du fond, des liens très étroits, quasi familiaux se tissent quotidiennement entre les pensionnaires. En revanche, la Cour refuse de considérer comme familial un club sportif¹⁶⁷⁴ ou une soirée d'entreprise réunissant le seul personnel et leurs proches dans un local non ouvert au public¹⁶⁷⁵. De même, elle a estimé qu'une radio placée dans un atelier de travail dont la musique était audible par les clients du magasin de cet atelier constitue une communication publique¹⁶⁷⁶. Ainsi, « [d]iffuser de la musique lors d'une fête d'anniversaire où seuls des amis sont invités n'est pas une communication au public ; par contre, diffuser de la musique lors d'une soirée payante ou ouverte à tous est une communication au public. Transmettre une photo protégée par le droit d'auteur sur une liste d'e-mails est une communication si les destinataires de cet e-mail ne constituent pas un groupe restreint de personnes qui ont un lien familial ou social étroit »¹⁶⁷⁷.

¹⁶⁷¹ J.P. Péruwelz, 9 novembre 2009, *A&M*, 2010/4, p. 360, note de H. VANHEES ; J.P. (2^{ème} canton) Louvain, 5 mai 2009, *A&M*, 2010/4, p. 357, note de H. VANHEES ; *J.J.P.*, 2010, p. 12 ; J.P. Bruges (4^{ème} canton), 30 avril 2009, *A&M*, 2010/4, p. 358, note de H. VANHEES (le juge parle d'une interprétation « stricte »).

¹⁶⁷² Cass. (1^{ère} ch.), 26 janvier 2006, *A&M*, 2006/2, p. 180, note de H. VANHEES ; *D.C.C.R.*, 2006, p. 31, note de P. LAURENT, O. SASSERATH ; *N.j.W.*, 2006/137, p. 168 ; *Pas.*, 2006, II, p. 228 ; *R.W.*, 2006-07, p. 511, note de J. DEENE.

¹⁶⁷³ Cass. (1^{ère} ch.), 18 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 135.

¹⁶⁷⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 8 octobre 1999, *A&M*, 2000/3, p. 289 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 974 ; *R.W.*, 1999-00, p. 1401, note de H. VANHEES.

¹⁶⁷⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 21 novembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 35, note de H. VANHEES ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 856 ; *Pas.*, 2003, p. 1869.

¹⁶⁷⁶ Cass., 26 septembre 1996, *Arr. Cass.*, 1996, p. 809 ; *A&M*, 1997/1, p. 173 ; *Bull.*, 1996, p. 866 ; *I.R.D.I.*, 1997, p. 172, note de H. VANHEES ; *J.T.*, 1997, p. 585 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1644 ; *Pas.*, 1996, I, p. 866 ; *R.W.*, 1996-97, p. 1031 ; *T.B.P.*, 1997, p. 493 (reflet).

¹⁶⁷⁷ S. DUSOLLIER, A. DE FRANCKQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 93. Sur l'existence d'un groupe fermé, ne donnant pas lieu à communication au public, voy. Cass., 25 mai 1972, *Pas.*, 1972, p. 885, ainsi que les

La condition de publicité réelle et effective est cependant nuancée lorsque la communication de l'œuvre se fait par internet. L'exigence de communication au public ne peut en effet être comprise trop restrictivement, sous peine d'exclure le procédé d'internet de son champ d'application. Séverine Dusollier et Anne de Francquen précisent à bon escient que « [s]ur les réseaux numériques tels qu'Internet, l'acte de communication se réalise souvent par l'intervention active du public. Si vous mettez une musique sur un blog, il se peut que personne ne vienne jamais écouter cette musique. La chanson a toutefois été mise à la disposition d'un public potentiel. Les utilisateurs d'Internet, tels les visiteurs du blog, ne sont pas non plus nécessairement réunis dans un même lieu lorsque les œuvres leur sont communiquées. Or, la communication au public pourrait être comprise de manière trop restreinte comme le fait de transmettre une œuvre à un public passif, ou du moins qui n'a pas le choix des œuvres qu'il entend ou visionne, public composé d'un certain nombre de personnes dans le même espace. On songe à un concert, à une séance de cinéma, à une représentation d'une pièce de théâtre ... En revanche, sur Internet, c'est l'utilisateur qui détermine quel site il veut visiter, quelle chanson il veut télécharger, ainsi que le moment de ce téléchargement. Et l'internaute est souvent seul chez lui lors de ce téléchargement, il ne constitue donc pas à proprement parler un public. Ce qui compte toutefois c'est que l'œuvre soit communiquée à un public potentiel qui peut y accéder. C'est ce que clarifie la définition du droit de mise à la disposition du public et son inclusion dans le droit de communication »¹⁶⁷⁸.

Le fait de ne pas exiger la présence d'un groupe de plusieurs personnes présentes au moment de la communication a déjà été relevée par la Cour de justice de l'Union européenne dans diverses affaires. Dans l'arrêt *SGAE* du 7 décembre 2006, la juridiction européenne affirme que dans le cadre de la notion de « communication au public », « le terme “public” vise un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels »¹⁶⁷⁹. L'arrêt semble aller plus loin qu'une précédente décision de la Cour de justice rendue dans une affaire *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media* dans laquelle les juges européens concluent que le public est constitué d'« un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels, auprès desquels les mêmes

références citées par F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 121, n° 147, note 239.

¹⁶⁷⁸ S. DUSOLLIER, A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 90. Les auteures adaptent la notion à l'univers particulier d'internet.

¹⁶⁷⁹ C.J.U.E., 7 décembre 2006, C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, § 37.

images sont simultanément transmises »¹⁶⁸⁰. Ce raisonnement est repris quelques jours après dans un arrêt du 4 juillet 2005 où la Cour précise qu'« il convient de constater qu'un cercle limité de personnes susceptibles de capter les signaux provenant du satellite uniquement au moyen d'un équipement professionnel ne saurait être considéré comme un public étant donné que ce dernier doit être constitué par un nombre indéterminé d'auditeurs potentiels »¹⁶⁸¹. L'arrêt *SGAE* est pourtant confirmé à plusieurs reprises, supprimant définitivement l'obligation qu'une communication soit faite à des personnes présentes en un lieu au même moment. Dans une affaire *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, la Cour énonce que le public « vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et d'un nombre assez important de personnes [...]. S'agissant, tout d'abord, du caractère "indéterminé" du public, la Cour a rappelé [qu'il] s'agit de "rendre perceptible une œuvre [...] de toute manière appropriée, à des personnes en général, par opposition à des personnes déterminées appartenant à un groupe privé" [...]. Concernant, ensuite, le critère relatif à un "nombre de personnes assez important", la Cour a précisé, d'une part, que celui-ci vise à signaler que la notion de public comporte un certain seuil de *minimis*, ce qui exclut de cette notion une pluralité de personnes concernées trop petite, voire insignifiante [...]. D'autre part, afin de déterminer ce nombre, il convient de tenir compte des effets cumulatifs qui résultent de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels. À cet égard, il n'est pas seulement pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement, mais il convient également de savoir combien d'entre elles ont successivement accès à celle-ci [...] »¹⁶⁸².

326. - Le droit moral de divulgation. Le droit de divulgation n'est consacré ni par la Convention de Berne ni par la directive précitée 2001/29/CE¹⁶⁸³. Le Code de droit économique,

¹⁶⁸⁰ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, § 30.

¹⁶⁸¹ C.J.C.E., 4 juillet 2005, C-192/04, *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE)*, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, § 31.

¹⁶⁸² C.J.U.E., 15 mars 2012, C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, §§ 82 à 87. Reprenant exactement le même raisonnement, voy. C.J.U.E., 15 mars 2012, C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlande, Attorney General*, §§ 32 à 35.

¹⁶⁸³ La Convention de Berne consacre, en son article 6bis le droit de paternité et le droit au respect de son œuvre. La directive 2001/29/CE ne concerne que les droits patrimoniaux. Elle énonce simplement, dans son considérant n° 19, que « [l]e droit moral des titulaires de droits sera exercé en conformité avec le droit des États membres et les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Le droit moral reste en dehors du champ d'application de la présente directive ». En outre, quelques dispositions de la directive mentionnent le droit de paternité. Voy., V. CASTILLE, « Les droits moraux dans la Société de l'information. Proposition d'adaptation ; d'harmonisation et d'uniformisation », *I.R.D.I.*, 2002, pp. 151-152.

Voy. aussi l'analyse en droit comparé du droit de divulgation proposée par C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 182 et s., n° 244 et s. L'auteur y indique notamment que le droit de divulgation est perçu, dans certains États membres de l'Union

en son article XI.165, § 2, confère à l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique un droit moral sur celle-ci, incluant le droit de divulguer (alinéa 3). Davantage que le droit de communication au public, qui constitue essentiellement un moyen pour l'auteur d'une œuvre d'obtenir une rémunération pour celle-ci, le droit de divulgation constitue « le droit pour l'auteur de décider de porter son œuvre à la connaissance du public »¹⁶⁸⁴. L'auteur, estimant que son œuvre est achevée, prend la décision, sans qu'on puisse l'y forcer, de divulguer le fruit de son travail en un lieu et un moment de son choix, moyennant éventuellement le respect de conditions particulières¹⁶⁸⁵. Ce droit constitue « l'expression du principe qu'il serait contraire à la liberté du créateur de lui imposer [...] une divulgation quelconque, qu'elle ait trait à l'ébauche d'un tableau, à une première version non remaniée d'un manuscrit ou encore à toute œuvre qu'il n'estimerait pas satisfaisante »¹⁶⁸⁶. Ces définitions mettent en lumière deux composantes : d'une part, un acte matériel doit être posé par l'auteur¹⁶⁸⁷, et d'autre part, ce dernier doit témoigner d'une volonté réelle¹⁶⁸⁸. Ceci implique que la divulgation faite par un tiers, sous la contrainte, voire même involontairement n'a pas d'incidence. L'exercice de ce droit peut, dans certains cas, être présumé par le comportement de l'auteur. Tel est le cas notamment lorsque l'auteur livre, sans réserve, son œuvre à une entreprise pour son impression, lorsqu'il remet son manuscrit à une société d'auteurs, lorsqu'il signe un bon à tirer¹⁶⁸⁹, ou lorsqu'il fait une exploitation lucrative de son œuvre¹⁶⁹⁰. Ces présomptions doivent toutefois être appréciées *in concreto*.

européenne comme un droit patrimonial de l'auteur. Elle consent toutefois à considérer cette qualification comme non déterminante « puisque toute décision d'exploitation d'une œuvre non divulguée présuppose, en pratique, la divulgation de celle-ci ».

¹⁶⁸⁴ S. DUSOLLIER, A. DE FRANQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, op. cit., p. 96.

¹⁶⁸⁵ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, op. cit., p. 186, n° 103 ; C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, op. cit., p. 180, n° 241 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 151, n° 190 ; F. GOTZEN, « Le droit moral dans la nouvelle loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *Ing.-Cons.*, 1995, pp. 137 et 138 ; A. DIETZ, « Le droit moral de l'auteur – Rapport général », *Le droit moral de l'auteur – The moral right of the author, Congress of Antwerp 1993*, ALAI 1994, pp. 30 et 33. La jurisprudence, à de nombreuses reprises, à confirmer ces éléments. Voy., parmi d'autres, civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 avril 2006, A&M, 2006/4, p. 335 ; Bruxelles, 4 février 1988, R.I.D.A., 1988/137, n° 91.

¹⁶⁸⁶ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, op. cit., p. 180, n° 241. L'auteur cite une décision en sens contraire dans laquelle un expert s'est substitué à l'artiste pour apprécier le caractère achevé de l'œuvre (civ. Anvers, 14 juin 1989, J.T., p. 985).

¹⁶⁸⁷ Cet acte matériel peut coïncider avec la communication au public de l'œuvre. Toutefois, il n'y a pas lieu de confondre totalement les deux prérogatives. Voy., en ce sens, F. GOTZEN, « Le droit moral dans la nouvelle loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins », op. cit., p. 138.

¹⁶⁸⁸ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 151, n° 190.

¹⁶⁸⁹ Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 avril 2006, A&M, 2006/4, p. 335

¹⁶⁹⁰ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, op. cit., p. 187, n° 251. Voy. toutefois la nuance apportée par la Cass. fr. (ch. civ. 1), 14 mars 1900, D.P., 1900, I, p. 497. Dans la présente affaire, une peinture avait exposé temporairement son œuvre au public afin de recueillir ses réactions, et de pouvoir éventuellement apporter quelques retouches à son tableau. La Cour de

Traditionnellement, on enseigne que le droit de divulgation ne peut être exercé qu'une unique fois, impliquant par conséquent un épuisement de cette prérogative dès le moment où l'auteur fait usage de son droit¹⁶⁹¹. Toutefois, comme l'indique Alain Berenboom, il y a lieu de nuancer ce constat : « cet épuisement ne vaudra que dans la version prévue par l'auteur, et certainement s'il l'a spécifié »¹⁶⁹².

b) En droit des dessins et modèles

327. - La divulgation en droit des dessins et modèles. Le règlement CE n° 6/2002 du Conseil du 6 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires¹⁶⁹³ confère une protection particulière aux dessins et modèles dès lors que ceux-ci ont fait l'objet d'une divulgation au public. Le titulaire de ce droit de propriété intellectuelle est alors en mesure d'interdire toute utilisation de son dessin ou modèle lorsque celle-ci dérive d'une copie du dessin ou modèle protégé. Selon l'article 11, § 1^{er}, du règlement, un dessin et modèle est protégé durant « une période de trois ans à compter de la date à laquelle [il] a été divulgué au public pour la première fois au sein de la Communauté ». Le paragraphe 2 de la même disposition affirme qu'« un dessin ou modèle est réputé avoir été divulgué au public au sein de la Communauté s'il a été publié, exposé, utilisé dans le commerce ou rendu public de toute autre manière de telle sorte que, dans la pratique normale des affaires, ces faits pouvaient raisonnablement être connus des milieux spécialisés du secteur concerné, opérant dans la Communauté. Toutefois, le dessin ou modèle n'est pas réputé avoir été divulgué au public uniquement parce qu'il a été divulgué à un tiers à des conditions explicites ou implicites de secret ». Enfin, l'article 7 énonce plus précisément les conditions de la divulgation : « un dessin ou modèle est réputé avoir été divulgué au public s'il a été publié à la suite de l'enregistrement ou autrement, ou exposé, utilisé dans le commerce ou rendu public de toute autre manière, [...] selon le cas, sauf si ces faits,

cassation a considéré qu'il n'y avait pas divulgation. Voy. encore les quelques illustrations françaises données par l'auteur concernant l'absence de divulgation par l'auteur d'une œuvre, pp. 186 et 187, n° 251, note 435.

En Belgique, voy. Cass., 12 septembre 1975, *J.T.*, 1976, p. 723.

¹⁶⁹¹ Voy. en ce sens F. GOTZEN, « Le droit moral dans la nouvelle loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *op. cit.*, pp. 137-138 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 152, n° 191.

¹⁶⁹² A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur*, *op. cit.*, p. 187, n° 103 ; C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, *op. cit.*, p. 181, n° 242

¹⁶⁹³ Règlement CE n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires, *J.O.U.E.*, L 3 du 5 janvier 2002.

dans la pratique normale des affaires, ne pouvaient raisonnablement être connus des milieux spécialisés du secteur concerné, opérant dans la Communauté. Toutefois, le dessin ou modèle n'est pas réputé avoir été divulgué au public s'il a seulement été divulgué à un tiers sous des conditions explicites ou implicites de secret ».

La divulgation s'inscrit au regard des « milieux spécialisés ». Ceci permet « d'une part, de définir le moment à partir duquel le dessin ou modèle non enregistré est protégé, et d'autre part, ce que l'on considère comme une création indépendante ou une contrefaçon. La définition de la notion de milieux spécialisés est entendue largement afin de conférer une large protection des titulaires. En conséquence, les milieux spécialisés doivent être entendus comme un cercle ouvert de professionnels opérant dans le secteur concerné [...] qui reste limité au territoire de l'Union européenne [...] »¹⁶⁹⁴. La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt rendu le 13 février 2014 apporte quelques précisions sur ce qu'il y a lieu de comprendre par « milieux spécialisés ». Sans entrer trop largement dans les détails, les juges européens de Luxembourg précisent, non seulement, que l'énumération des hypothèses de divulgation reprise à l'article 11 n'est pas exhaustive, mais aussi que le paragraphe 2 de cette disposition « ne comporte pas de restriction quant à la nature de l'activité des personnes physiques ou morales pouvant être considérées comme faisant partie des milieux spécialisés du secteur concerné » (§ 27). Dès lors, la Cour rejette l'interprétation stricte de la notion de milieux spécialisés, pour y inclure toute personne « faisant commerce du dessin et modèle en question »¹⁶⁹⁵. Enfin, l'article 7 du Règlement précise que les conditions de la divulgation ne sont pas présentes lorsque les faits qui permettent *in concreto* la divulgation ne peuvent *raisonnablement* être connus des milieux spécialisés, se référant à la pratique *normale* des affaires.

6. La première divulgation dans le cadre d'une application du droit à l'oubli d'informations journalistiques

328. - La divulgation et le droit à l'oubli. La notion de divulgation n'est nullement définie par un texte légal. Doctrine et jurisprudence pallient en partie à cette absence légale. Il importe

¹⁶⁹⁴ M. MOUNCIF-MOUNAGACHE, « De nouvelles précisions sur le dessin ou modèle communautaire non enregistré », note sous C.J.U.E., 13 février 2014, *H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG contre Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH*, C-479/12, R.A.E.-L.E.A., 2014, p. 224.

¹⁶⁹⁵ M. MOUNCIF-MOUNAGACHE, « De nouvelles précisions sur le dessin ou modèle communautaire non enregistré », *op. cit.*, p. 225.

de rassembler certains de ces éléments pour tenter, dans la mesure du possible, d'appréhender la notion de divulgation telle qu'elle doit être entendue dans la présente thèse.

A plusieurs reprises, l'ampleur de la divulgation est visée par la doctrine et/ou la jurisprudence. Ainsi, l'on évoque une « large diffusion » pour distinguer les mesures préventives des mesures répressives, celle-ci devant se comprendre comme étant une diffusion réelle. Une telle divulgation réelle est en outre nécessaire pour satisfaire l'une des composantes du délit de presse ainsi que d'autres infractions pénales. L'on évoque même une publicité réelle et effective. Quant au droit d'auteur, il évoque la communication au public, par quelque support que ce soit, le public étant constitué d'un nombre indéterminé de personnes ne devant pas être présentes en un même lieu et à un même moment.

La définition du journalisme proposée (voy. *supra*) implique que l'information soit portée à la connaissance du public. Il faut dès lors que cette publicité soit réelle et effective, quel que soit le support. La divulgation implique qu'un public ait pris connaissance ou ait été en mesure de prendre connaissance d'une information. A défaut, la divulgation n'est pas réelle et effective. Autrement dit, la divulgation ne doit pas obligatoirement se faire auprès d'un grand nombre de personnes. *A contrario*, elle ne peut se limiter à quelques personnes clairement identifiées à travers, par exemple, l'envoi d'un email. En outre, la divulgation n'oblige pas que les personnes formant le public soient présentes en un même lieu ou qu'elles prennent connaissance au même moment de l'information, sous peine d'exclure toute divulgation par internet.

Dès lors que la divulgation est généralement le fait d'un tiers – sans que l'on puisse toutefois exclure catégoriquement que la divulgation d'information par la personne visée empêche d'office de revendiquer par la suite le droit à l'oubli –, nul besoin à l'instar du délit de presse ou des infractions pénales impliquant l'application d'un des cas visés à l'article 444 du Code pénal, de démontrer l'existence d'une intention réelle.

Quant au support de cette première divulgation, il importe peu, pour autant qu'il y ait communication à un public d'une information et que cette communication soit réelle. On le sait, la liberté d'expression protège non seulement le contenu mais aussi le support de diffusion. Il est cependant nécessaire, comme précisé préalablement, qu'un support soit existant : la seule communication orale non enregistrée ou fixée sur un support ne peut être considérée comme

une première divulgation licite d'information, qu'elle ait été effectuée en public ou non, dès lors qu'il sera difficile d'apporter la preuve de l'existence réelle de cette communication.

C. La divulgation *licite* d'information

329. - La licéité de la divulgation. Le premier critère nécessite une divulgation licite de l'information. Sans entrer dans de larges considérations relatives à ce qui peut être licitement ou non divulgué et renvoyons vers différents écrits qui proposent cette question comme sujet principal¹⁶⁹⁶, l'on peut simplement rappeler que le caractère illicite de la communication des informations (par exemple en cas d'atteinte à la vie privée ou de diffamation) peut être sanctionné, selon les cas, tant par une juridiction civile que par une juridiction pénale. Dans le premier cas, l'action sera généralement introduite sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ou sur la base d'une disposition particulière (tel l'article 9 du Code civil français). Dans le second, l'on s'inscrit alors dans le cadre d'une infraction pénale, sanctionnée par une juridiction pénale. En outre, les instances déontologiques peuvent parfaitement considérer qu'une divulgation est inopportune au regard des dispositions déontologiques.

D. La divulgation *licite* d'information

330. - Un concept omniprésent et pluriel. « L'information fait partie de ces concepts à ce point omniprésents que ceux qui l'utilisent – et notamment les législateurs, qui l'ont placée au centre de nombre de textes juridiques – ne jugent pas nécessaire de la définir »¹⁶⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est d'ailleurs jamais risquée à une telle définition¹⁶⁹⁸,

¹⁶⁹⁶ Voy. notamment, F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., not. pour ce qui concerne les limitations à la liberté d'expression, pp. 325 à 551, n° 483 à n° 778, et pour ce qui concerne la faute, pp. 669 à 697, n° 958 à 1009 ; K. LEMMENS, *La presse et la protectio juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 399 à 444, n° 560 à 657 ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., not. pour ce qui concerne les limitations à la liberté d'expression, pp. 257 à 518, n° 439 à 736.

¹⁶⁹⁷ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 553, n° 779. Voy. aussi M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, op. cit., p. 117.

¹⁶⁹⁸ P. VAN DIJCK, G. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 559, cité par K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 138, n° 150, note 356.

souhaitant éviter qu'un tel exercice ait *in fine* pour conséquence l'exclusion de certaines formes d'information, tant elles sont nombreuses.

En droit national, la notion d'*information* ne fait pas l'objet de définition. Tout au plus, est-il question d'« information générale » dans la loi relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel¹⁶⁹⁹. L'une des conditions pour obtenir ce statut est de « participer à la rédaction de journaux quotidiens ou périodiques, d'émissions d'information radiodiffusées ou télévisées, d'actualités filmées ou d'agences de presse consacrées à l'information générale » (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o). Cette loi estime, en son article 2, a), que cette participation ne concerne que « ceux qui, d'une part, rapportent les nouvelles concernant l'ensemble des questions d'actualité et qui, d'autre part, s'adressent à l'ensemble des lecteurs, des auditeurs ou des spectateurs ». Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur cette notion dans un arrêt du 4 février 1987¹⁷⁰⁰. Il a considéré « qu'un périodique n'est pas consacré à l'information générale, parce qu'il ne rapporte pas principalement les nouvelles concernant l'ensemble des questions d'actualités, mais est constitué pour l'essentiel de son contenu, par la publicité et des annonces ».

Il est intéressant d'indiquer que le législateur luxembourgeois propose une définition du terme information dans la loi sur la liberté d'expression dans les médias. Elle y est définie comme étant « tout exposé de faits, toute opinion ou idée exprimés sous quelque forme que ce soit »¹⁷⁰¹.

331. - L'information, au cœur d'un imbroglio sémiotique. En s'écartant du seul prisme juridique, l'on s'aperçoit rapidement que « [l]e terme *information* est au cœur d'un invraisemblable imbroglio sémiotique résultant de son utilisation dans des contextes variés et mouvants »¹⁷⁰². Le dictionnaire¹⁷⁰³ définit l'information comme étant des « [r]enseignements sur qqn, sur qqch », obtenus par une personne. C'est aussi l'« [a]ction de s'informer, de prendre des renseignements ». Il s'agit encore d'un « fait ou jugement qu'on porte à la connaissance

¹⁶⁹⁹ Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295.

¹⁷⁰⁰ C.E. (6^{ème} ch.), 4 février 1987, n° 27.497, *A.P.M.*, 1987, p. 32 ; *Pas.*, 1990, IV, p. 67 ; *T.B.P.*, 1988, p. 107 (abrégé). L'arrêt porte sur la reconnaissance de la qualité de journaliste professionnel d'un rédacteur en chef du toutes-boîtes *Vlan*.

Devant se prononcer sur la qualité de journaliste professionnel du rédacteur en chef du toutes-boîtes *Vlan*

¹⁷⁰¹ Loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, *Mémorial*, A – N° 85, 8 juin 2004, p. 1202.

¹⁷⁰² F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, op. cit., p. 9.

¹⁷⁰³ Le Petit Robert, 1996, v° *Information*.

d'une personne, d'un public à l'aide de mots, de sons ou d'images », prenant l'exemple du bulletin d'informations. Prenant l'angle médiatique, c'est le fait « d'informer l'opinion sur la vie publique, les événements récents ». Soulignons enfin que le terme *information* lorsqu'il est utilisé au pluriel renvoie, notamment dans l'audiovisuel, à l'émission qui contient les informations, à savoir le journal parlé ou télévisé¹⁷⁰⁴.

Dans cet « imbroglio sémiotique », quelques auteurs ont tenté de définir la notion en conceptualisant différents types d'information. François Jongen et Alain Strowel font, par exemple, le départ entre l'information *sensu lato* et l'information *sensu stricto*¹⁷⁰⁵. La première renvoie directement à la conception qu'en a la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle désigne l'ensemble des contenus véhiculés par les médias, quels qu'ils soient, allant jusqu'à y intégrer les moyens techniques permettant d'effectuer leur communication. Ainsi, quand l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme évoque les *informations* que chacun est libre de recevoir et de communiquer, le terme est au pluriel et indissociable d'un autre terme, les *idées*, que chacun est également libre d'avoir, de recevoir et de communiquer : pris ensemble, les deux mots désignent ce qui peut être communiqué, en ce compris le discours politique¹⁷⁰⁶, le discours commercial¹⁷⁰⁷, les œuvres artistiques¹⁷⁰⁸, ainsi que « la musique légère et la publicité »¹⁷⁰⁹. Pour ces deux dernières catégories de contenus, on

¹⁷⁰⁴ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse* [...], *op. cit.*, p. 53, n° 91.

¹⁷⁰⁵ Le paragraphe reprenant la distinction présentée est largement inspiré de F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, pp. 553 à 555, n° 779 à 780. Nous nous autorisons la reprise de certains passages, ayant nous-même contribué à la rédaction de cet ouvrage.

¹⁷⁰⁶ Sur le discours politique, voy., entre autres, K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 145, n° 162 et 163 ; M. HALLE, *Discours politique et Cour européenne des droits de l'homme. Fondements et limites de la liberté d'expression politique dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Nemesis, 2009, 112 p. ; K. MUYLLE, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'extrémisme politique », *Rev. trim. D.H.*, 2009/42, pp. 1986 à 1994 ; B. DOCQUIR, « Accès à la tribune médiatique par voie publicitaire : l'annonce de l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels n'était pourtant pas nécessaire », note sous C.c., 22 décembre 2010, n° 161/2010, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 505 à 511 ; E. CRUYSMANS, « Publicité des partis politiques hors période électorale : l'interdiction est désormais levée », note sous C.c., 22 décembre 2010, n° 161/2010, *A&M*, 2011/4-5, pp. 562 à 565 ; F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, pp. 78 et 79, n° 109 et 110.

¹⁷⁰⁷ Sur le discours commercial, voy. notamment K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 146, n° 164 ; F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, pp. 76 à 78, n° 104 à 108.

¹⁷⁰⁸ Sur le discours artistique, voy., parmi d'autres, F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, p. 79, n° 112 et 112.

¹⁷⁰⁹ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 139, n° 151. L'auteur se réfère à Cour eur. D.H., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et csts c. Suisse*, req. 10890/84. L'arrêt précise que « la Cour estime que la diffusion de programmes par voie hertzienne comme leur retransmission

peut paradoxalement considérer qu'elles ne contiennent parfois ni informations, ni idées. L'information s'entend alors des « questions d'intérêt général susceptibles d'être communiquées à l'opinion publique »¹⁷¹⁰. Quant à l'information *sensu stricto*, elle s'entend comme l'ensemble des contenus qui ont pour but de relater, décrire ou commenter des faits d'actualité, qui sont en principe réalisés sans contrepartie financière et dont la responsabilité éditoriale et juridique incombe soit à leurs auteurs (le plus souvent des journalistes) soit au média dans lequel ils sont publiés ou diffusés¹⁷¹¹. Le deuxième critère – celui de la responsabilité, et tout particulièrement de la responsabilité éditoriale¹⁷¹² – deviendra alors déterminant pour distinguer l'information de la publicité, et notamment de sa forme spécifique que représente le publi-reportage. Cette notion *sensu stricto* implique généralement une activité journalistique¹⁷¹³. En ce sens, François Heinderyckx définit aussi l'information, dans un sens journalistique, comme une « actualité, c'est-à-dire [un] fait ou [un] jugement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public à l'aide de mots, de sons ou d'images »¹⁷¹⁴. Cette dernière définition est cependant bien trop large.

Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe semble adhérer, au moins en partie, à cette distinction. Ils précisent que « [l']information constituée de renseignements et de données variables, est un bien immatériel dont la valeur peut se détériorer très rapidement. Pour qu'une information anodine devienne une donnée journalistique – et participe à ce titre à "l'Information" –, elle doit avoir été mise en forme et communiquée au public »¹⁷¹⁵. Dans ce

par câble relèvent du droit consacré par les deux premières phrases de l'article 10 § 1 (art. 10-1), sans qu'il faille distinguer selon le contenu des programmes. » (§ 55).

Sur le discours publicitaire, voy.

¹⁷¹⁰ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse* [...], *op. cit.*, p. 52, n° 90.

¹⁷¹¹ François Jongen et Alain Strowel ajoutent cependant que « [f]orce est toutefois de constater que, particulièrement en ces temps de précarité de certains médias, il arrive que certains contenus d'information ne soient réalisés qu'en fonction de certaines contreparties. Attribution au journaliste de places gratuites pour accéder à un événement sportif ou culturel, remise en service de presse d'exemplaires de livres, de DVD, de CD voire d'objets de consommation courante, financement d'un déplacement par un gouvernement, un homme politique ou un organisateur d'événement, les hypothèses ne manquent pas où de tels coups de pouce sont nécessaires pour faire l'actualité ».

¹⁷¹² Voy. *infra*.

¹⁷¹³ C'est ce sens du mot *information* qu'on va notamment retrouver dans la loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel (*M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295 ; voy. notamment l'article 1^{er}, al. 2, a)) ; la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes (*M.B.*, 27 avril 2005, voy. notamment l'article 2) ; le décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels (*M.B.*, 24 juillet 2009, voy. notamment l'article 36) le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF) (*M.B.*, 28 août 1997, p. 22018, voy. notamment les articles 3, 5, et 7).

¹⁷¹⁴ F. HEINDERYCKX, *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, *op. cit.*, p. 10. L'auteur fait référence au Dictionnaire *Le Robert*. Il distingue cette information « journalistique » à l'information, au sens restrictif qui « est un élément qui peut être transmis par un signal » (p. 9).

¹⁷¹⁵ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse* [...], *op. cit.*, p. 52, n° 87.

sens plus restreint, l'information est alors « constituée d'une série de questions d'intérêt général susceptibles d'être communiquées à l'opinion publique », les auteurs ajoutant encore qu'elle « regroupe essentiellement les nouvelles », c'est-à-dire les « choses récentes », l'actualité¹⁷¹⁶.

332. - La notion d'information. La recherche doctorale s'appuie notamment sur la notion d'information, qu'elle soit journalistique ou non. Le terme information est appréhendé *sensu stricto*, à l'instar de ce que François Jongen et Alain Strowel proposent dans leur ouvrage. En réalité, l'expression « information journalistique » qui est utilisée est quasiment pléonastique. Entendue dans son sens strict, la notion d'information renvoie déjà à l'activité journalistique de sorte que l'ajout de l'adjectif *journalistique* n'est peut-être pas tout à fait nécessaire. Cela étant, dans un souci de clarification et pour n'avoir aucun doute quant à la conception qui est proposée de cette notion, et parce qu'elle construit une distinction majeure dans cette thèse, nous confirmons – et assumons – cette redondance.

§ 2. La nouvelle divulgation de l'information

333. - La structure des développements. L'analyse de la première divulgation licite des informations amène logiquement à analyser un deuxième critère, celui de l'existence d'une nouvelle divulgation licite des informations. D'autres critères seront ensuite analysés : l'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations (§ 3) ; la qualité de la personne visée par les informations (§ 4) ; le type d'information rappelée (§ 5) ; la justification du rappel par l'actualité des informations (§ 6) ; la prise en compte d'un devoir de mémoire (§ 7) ; la prise en compte de la resocialisation de la personne visée par les informations (§ 8) ; le comportement antérieur de la personne visée par les informations (§ 9, A.) ; le consentement de la personne visée par les informations (§ 9, B.) ; et enfin le type de médias rappelant les informations (§ 9, C.).

334. - Introduction : une condition indispensable au droit à l'oubli d'informations journalistiques. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques implique, comme deuxième

¹⁷¹⁶ *Ibidem*, pp. 52 et 53, n° 90 et 91. Ils prolongent leur raisonnement en évoquant une conception assez large de l'actualité, celle-ci permettant à la presse de tirer « argument d'une date anniversaire ou d'un changement d'année civile » pour « remonte[r] dans le temps et procède[r] à une rétrospective ou à un rappel historique ». Sur cette idée, voy. *infra*.

élément à prendre en compte dans la balance des intérêts, une nouvelle divulgation. Cette « redivulcation » est définie comme le fait de diffuser, quel que soit le support, des informations journalistiques d'ores et déjà communiquées publiquement de façon licite sous quelque support¹⁷¹⁷. Les écueils liés à de potentielles redivulgations apparaissent au départ au moment de l'essor de la photographie et emmènent dans leur sillon la question importante de l'ampleur du consentement donné par une personne. Dans le cadre du droit à l'oubli, la redivulcation s'inscrit soit dans le cadre de la presse traditionnelle, soit par le biais d'un média numérique, en ce compris à travers les archives numériques.

A l'instar de la première divulgation, l'existence d'une redivulcation constitue une condition de mise en œuvre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, et non simplement un critère. L'oubli porte précisément sur l'atteinte potentielle qu'une nouvelle communication peut avoir sur la vie privée d'une personne. L'absence de redivulcation ne permet donc pas de pouvoir bénéficier de la protection découlant de la concrétisation juridique de ce droit à l'oubli.

A. La redivulcation dans les textes juridiques

335. - La redivulcation consacrée dans la réglementation. Peu de textes abordent clairement la question de la redivulcation.

En Belgique, le Collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel soutient, dans un avis rendu en 2009 que, « dès lors qu'elle a été accordée de manière certaine, tacitement ou de manière expresse, oralement ou par écrit, l'autorisation semble devoir par nature s'étendre aux différents supports sur lesquels l'information transite, et dans le temps grâce aux différentes techniques de conservations existantes. L'autorisation reste acquise pour autant qu'elle ne soit pas détournée de sa finalité, à savoir que les diffusions ultérieures ne peuvent être hors contexte ou ne peuvent dénaturer le propos »¹⁷¹⁸. Pour Bernard Mouffe, la redivulcation n'est pas considérée comme fautive lorsqu'elle s'inscrit « dans un contexte identique à une première diffusion : par exemple, en cas de rediffusion d'une émission de télévision ou de mise à disposition de contenus à la demande via la télévision de rattrapage, sur Internet ou via un

¹⁷¹⁷ Sur la notion de divulgation, voy. *infra*.

¹⁷¹⁸ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Collège d'avis, avis n° 04/2009 relatif à la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité (droit à l'image / droit à l'oubli / droit à l'information), disponible à l'adresse suivante, www.csa.be.

réseau de câblodistribution, ou via les sites d'archives écrites ou audiovisuelles... »¹⁷¹⁹. Le consentement (voy. *infra*) prend une place centrale dans ce raisonnement. Pourtant, dans certaines circonstances, il n'est pas clairement donné. En matière d'actualité, l'autorisation découle généralement du fait même de l'actualité, avec les difficultés que cela peut engendrer en cas de redivulgence. Il paraît donc difficile d'admettre qu'un consentement, qu'il soit explicite ou non, puisse emporter l'accessibilité de l'archive, notamment sur internet, sans limites temporelle et territoriale.

En France, le champ du consentement est notamment soulevé lors de l'insertion de l'article 9 dans le Code civil français¹⁷²⁰ en vue de protéger la vie privée. Des discussions ont abordé la question de la portée du consentement et la possibilité de la limiter. Un amendement est déposé afin que l'on ajoute clairement dans le contenu de la disposition l'impossibilité de revenir sur le consentement initialement donné. Adopté au Sénat, l'amendement n'est pas validé par l'Assemblée nationale française, aboutissant à ce qu'aucune mention ne soit reprise à l'article 9. Bernard Mouffe, dans son ouvrage relatif au droit à l'image, conclut de ce rejet qu'« en France, malgré la critique d'une certaine doctrine, le principe reste inchangé : le fait qu'une image ait fait l'objet d'une première divulgation n'atténue pas le droit que peut avoir le modèle de se prévaloir de l'atteinte portée à sa vie privée : la spécificité du consentement doit l'emporter. Peu importe que l'image soit notoire ou qu'elle ait été largement publiée par d'autres ... “A nouvelle publication, nouvelle appréciation de la licéité” »¹⁷²¹. Un tel raisonnement est repris par la jurisprudence qui, se détachant du seul droit à l'image, l'applique au droit à la vie privée. Les juges ont en effet « longtemps considéré que l'accord donné par une personne pour la divulgation d'informations relevant de sa vie privée ne signifiait pas renonciation au droit de s'opposer à toute divulgation postérieure »¹⁷²². La situation française met en lumière le lien existant entre toute nouvelle divulgation et le consentement donné au départ. Autrement dit, la redivulgence d'une image impliquerait obligatoirement une nouvelle autorisation.

¹⁷¹⁹ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 167, n° 171.

¹⁷²⁰ L'article 9 du Code civil français a été inséré par l'article 22 de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.R.F.*, 19 juillet 1970.

¹⁷²¹ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 167, n° 172. L'auteur se réfère à de la jurisprudence française (voy. les notes 844 à 846) ainsi que, pour la dernière citation, à A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002, p. 110, n° 136.

¹⁷²² N. MALLEY-POUJOL, *Protection de la vie privée et des données personnelles*, op. cit., p. 7. L'auteur renvoie à deux décisions de la Cour d'appel de Paris (27 janvier 1989, *J.C.P.*, 1989, II, p. 21325 ; 15 mai 1970, *D.*, 1970, J, p. 466).

On ne peut s'empêcher de faire un parallèle avec le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Pourquoi l'image bénéficierait d'un statut particulier impliquant une autorisation expresse, ce qui ne serait pas le cas pour des informations d'un autre type ? La question demeure sans réponse claire : il n'existe aucune réelle justification pour traiter l'image différemment d'une information manuscrite, sauf à considérer que l'image peut, davantage qu'un autre droit de la personnalité, faire l'objet d'une propriété¹⁷²³. La Cour de cassation française semble abonder en ce sens, à propos de la redivulgateion non pas d'images mais de faits. Elle nuance toutefois quelque peu le propos. L'on peut effectivement refuser une redivulgateion, ce droit n'étant toutefois pas absolu. La haute juridiction française confirme en réalité la nécessité de mettre en balance les intérêts en présence dès lors que deux droits fondamentaux sont en cause. C'est dans son arrêt du 12 novembre 1975 qu'elle écrit que « si une personne peut s'opposer à la redivulgateion de faits déjà divulgués avec son accord lorsque les renseignements relatifs à sa vie privée ont été divulgués par elle à certaines conditions, elle ne dispose pas d'un pouvoir absolument discrétionnaire pour s'opposer à la redivulgateion des mêmes faits »¹⁷²⁴.

B. La redivulgateion des faits judiciaires

336. - Le rappel de faits judiciaires face au droit à l'oubli. La redivulgateion de faits judiciaires s'oppose frontalement à l'invocation des formes juridiques de l'oubli. La Cour de cassation française semble faire pencher la balance davantage du côté des « droits de l'Histoire », comme l'écrit Nathalie Mallet-Poujol¹⁷²⁵. Commentant l'arrêt précité du 3 décembre 1980 rendu par la Cour de cassation française dans l'affaire dite du *Pull-over rouge*¹⁷²⁶, Bernard Edelman, farouche opposant au droit à l'oubli, a clairement indiqué que les droits de l'histoire et de la mémoire doivent prévaloir dès lors que des faits de nature privée sont devenus publics¹⁷²⁷. Cette affirmation est cependant faite en 1980, à un moment où internet n'existait pas et où l'impact d'une redivulgateion était tout autre.

¹⁷²³ En règle, les droits de la personnalité sont incessibles et intransmissibles. Le principe n'est pas absolu dès lors que l'image d'une personne peut être monnayée, à l'instar d'un droit de propriété sur son image. Sur le droit de propriété relatif à des informations, voy. *infra/supra*.

¹⁷²⁴ Cass. fr., 12 novembre 1975, *D.*, jur., 1976, p. 421.

¹⁷²⁵ N. MALLET-POUJOL, *Protection de la vie privée et des données personnelles*, op. cit., p. 8 ; N. MALLET-POUJOL, « Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire », *Légicom*, 1999/4, p. 51.

¹⁷²⁶ Voy. *supra*.

¹⁷²⁷ B. EDELMAN, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 221. Pour le point de vue précis de cet auteur, voy. *supra*.

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation datant du 20 novembre 1990 déjà évoqué (voy. *supra*), elle considère que dès lors que des faits judiciaires ont été repris, à l'époque de la procédure, dans la presse, et que leur divulgation n'est pas entachée d'illicéité, le « droit à l'oubli » ne peut être invoqué pour empêcher une nouvelle diffusion¹⁷²⁸. Bien que cela ne soit pas explicitement mentionné, le rappel des faits se justifiait pour des raisons historiques. Nathalie Mallet-Poujol écrit à cet égard qu'« il paraît sage de s'en tenir aux travaux historiques pour éviter tout “débordement” gratuit et malveillant »¹⁷²⁹. Il a été en effet indiqué, en analysant ces arrêts de la Cour de cassation française, qu'il ne faut pas y voir un refus catégorique du droit à l'oubli d'informations journalistiques. En effet, un rappel de faits anciens pourrait être contesté sur le fondement du droit à l'oubli pour autant que certains critères fassent pencher la balance des intérêts du côté de la protection du droit à la vie privée. C'est notamment ce qui a permis à la Cour d'appel de Montpellier, en 1997, de considérer qu'une personne anciennement condamnée, ayant purgé sa peine, peut s'opposer légitimement à un tel rappel lorsque ce dernier « ne répond à aucune nécessité d'ordre éthique, historique ou scientifique »¹⁷³⁰. Enfin, confirmant sa jurisprudence, la Cour de cassation, en 2003, affirme qu'un dossier judiciaire appartenant « à l'histoire des grandes affaires criminelles » ne peut plus se voir opposer le droit à la vie privée de la personne condamnée¹⁷³¹. La nouvelle divulgation est validée par des considérations historiques¹⁷³².

C. La dématérialisation de la redivulgation

337. - La redivulgation dans l'environnement numérique. Le numérique pose la question de la matérialité de la redivulgation. La jurisprudence belge soutient que la mise en ligne d'un article constitue une nouvelle diffusion¹⁷³³. Il a notamment été jugé que la redivulgation de l'information « se déduit de l'effet de l'outil de recherche qui met "en une" une information

¹⁷²⁸ Cass. fr. (ch. civ.), 20 novembre 1990, *J.C.P.*, 1992, II, p. 21908, note J. RAVANAS, « Droit à l'oubli et oubli du droit ».

¹⁷²⁹ N. MALLET-POUJOL, *Protection de la vie privée et des données personnelles*, op. cit., p. 8.

¹⁷³⁰ C.A. Montpellier, 8 avril 1997, *Légipresse*, mai 1998, n° 151, I, p. 52. Voy. aussi T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *M. c. Filipacchi et Cogedipresse*, *J.C.P.*, 1983, II, p. 20434, note R. LINDON.

¹⁷³¹ Cass. fr. (ch. civ.), 13 novembre 2003, *J.C.P.*, 2004, IV, p. 1008. Voy. aussi C.A. Aix-en-Provence, 31 octobre 2001, *J.C.P.*, 2002, IV, p. 2182.

¹⁷³² Sur ce critère, voy. *infra*.

¹⁷³³ Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182.

qui, sinon, serait invisible sur la Toile »¹⁷³⁴. Un tel raisonnement a en partie été tenu par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Google Spain*. Les juges européens indiquent que les moteurs de recherche permettent « à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi d'établir un profil plus ou moins détaillé de celle-ci. En outre, l'effet de l'ingérence dans lesdits droits de la personne concernée se trouve démultiplié en raison du rôle important que jouent Internet et les moteurs de recherche dans la société moderne, lesquels confèrent aux informations contenues dans une telle liste de résultats un caractère ubiquitaire » (§ 80). Précédemment, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà relevé que « la mise en ligne de contenus sur un site Internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle »¹⁷³⁵.

Tout en reconnaissant que les faits ne sont pas exactement identiques puisque l'arrêt européen opposait un citoyen au moteur de recherche Google (et non pas à l'éditeur¹⁷³⁶) et

¹⁷³⁴ E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" », *op. cit.*, p. 458, n° 9. Voy. Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECCKE, M. LE BOUDECK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ». Cette définition particulière de la redivulgaration permet alors de pouvoir revendiquer un droit à l'oubli d'informations journalistiques pour des écrits qui auraient, dès le départ, été diffusés dans la presse écrite et sur le site internet du journal, ce qui ne constitue pas une redivulgaration entendue dans son sens courant.

¹⁷³⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH c. X, et Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited*, § 45. L'arrêt a été publié et abondamment commenté : *A&M*, 2012/4, p. 344, note E. Taelman, « Forum shopping en rechtsbescherming tegen onrechtmatige publicaties op internet » ; *CML Rev.*, 2012/3, p. 1211, note J. KUIPERS, « Brussels I regulation: jurisdiction and applicable law relating to a tort » ; *Computerr.*, 2012/1, p. 44, note C. VANLEENHOVE, « Het Hof van Justitie als forum actoris voor slachtoffers van een lasterlijke publicatie op het internet » ; *J.D.E.*, 2011, p. 313 ; *J.T.*, 2002, p. 192, note P. PETERS, « Compétence élargie du tribunal du domicile de la victime d'une atteinte au droit de la personnalité - Quid en cas d'atteinte aux droits intellectuels? » ; *Rev. crit. dr. intern. Privé*, 2012/2, p. 389, note H. MUIR WATT, « Compétence juridictionnelle et contenus illicites diffusés sur Internet – Rapport entre la clause 'marché intérieur' de la directive commerce électronique et le conflit de lois intra-européen en matière de droit privé » ; *S.E.W.*, 2012/5, p. 207, note B. DRUBER, « Onrechtmatige publicaties verspreid via internet - Nieuw bevoegdheidscriterium » ; *R.D.C.*, 2013/5, p. 394, note T. KRUGER, F. VAN OVERBEEKE, « Over het toepassingsgebied van het herkomstlandbeginsel in het spanningsveld tussen het vrij verkeer en het IPR ».

¹⁷³⁶ Sur la question de la dissociation entre la responsabilité de l'éditeur et la responsabilité du moteur de recherche, voy. l'arrêt *Google Spain*, précité. Voy. enfin le commentaire de E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Un droit à l'oubli

aboutit à consacrer le droit au déréférencement, les juridictions belges consentent à transposer ces enseignements européens dans leur raisonnement « dans la mesure où l'éditeur permet également une mise en une de l'article litigieux *via* le moteur de recherche de son site consultable gratuitement, mise en une qui est, par ailleurs, multipliée considérablement par le développement des logiciels d'exploitation des moteurs de recherche du type Google »¹⁷³⁷.

Dans leur commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 25 septembre 2014, Etienne Montero et Quentin Van Enis critiquent le raisonnement exécuté par la juridiction d'appel à propos de la redivulgateur. Ils soulignent que la question de la redivulgateur devrait « prendre la mesure du maintien de la mise à disposition et d'une accessibilité accrue d'un article sur le réseau »¹⁷³⁸. Ils mettent en garde face à la lourdeur d'une telle condition de redivulgateur qui pourrait aboutir à la suppression des archives numériques. Pourtant, dès lors que l'oubli doit être revendiqué à l'initiative de la personne visée par l'information qui, dans l'univers numérique, doit préalablement introduire une demande d'anonymisation auprès de l'éditeur et ensuite, en cas de refus, agir en justice, l'obligation ne paraît pas être excessive. Ils exposent ensuite que la redivulgateur telle que visée dans l'arrêt excluerait de nombreuses situations d'une potentielle application du droit à l'oubli : « [l]e problème de l'anonymisation des articles de presse sur le net peut en effet également se poser à l'égard de contenus qui n'auraient été diffusés qu'en ligne, et qui seraient archivés *immédiatement*, ou dont la diffusion en ligne serait intervenue *simultanément* à leur publication sur un support de diffusion traditionnel »¹⁷³⁹. Cette réflexion s'inscrit dans le cadre de la distinction particulière faite par les auteurs entre plusieurs droits à l'oubli différents (le droit à l'oubli du passé judiciaire, le droit à l'oubli et le traitement de données à caractère personnel, le droit à l'oubli à l'encontre des éditeurs d'archives en ligne)¹⁷⁴⁰. Cette distinction n'a pas lieu d'être. Revendiquer le droit

face aux moteurs de recherche: droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" », *op. cit.*, p. 458, n° 6.

¹⁷³⁷ Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECCKE, M. LE BOUDECK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net » ; *civ. Liège* (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note.

¹⁷³⁸ E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net », *op. cit.*, p. 253, n° 40.

¹⁷³⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁴⁰ Ils écrivent d'ailleurs que « la condition de "redivulgateur", [...] d'après nous est propre au droit à l'oubli du passé judiciaire et ne doit pas nécessairement conditionner l'exercice du droit à l'oubli sur le réseau » (*ibidem*, n° 41).

à l'oubli d'informations implique un rappel : à défaut, les prétentions s'inscrivent dans le cadre du droit à la protection de la vie privée. Il importe en outre de souligner que d'autres critères doivent être pris en compte : l'existence d'un intérêt général, d'une actualité, d'un laps de temps, etc. Enfin, les auteurs précités estiment, correctement, que l'utilisation du terme « redivulcation » est inopportune. Elle se justifie sans doute par une volonté d'uniformiser sous cette appellation générique de droit à l'oubli des procédures qui sont pourtant différentes et fondées sur des bases légales distinctes¹⁷⁴¹.

Dans ses arrêts du 29 avril 2016 et du 8 novembre 2018¹⁷⁴², la Cour de cassation a donné quelques précisions complémentaires sur la notion de redivulcation. Les requérants estiment que l'archivage en ligne d'articles ne constitue aucunement une nouvelle divulgation. Ils rappellent qu'en ce qui concerne la presse écrite, il existe même une obligation légale de dépôt auprès de la Bibliothèque royale de Belgique¹⁷⁴³ et qu'en revanche, aucune norme légale, nationale ou internationale, n'interdit aux éditeurs de rendre les archives constituées d'articles accessibles au public. Ainsi, « [l]a modification du support de l'archivage, le passage du papier à l'archivage sur microfilms, aux bandes magnétiques et, ultérieurement, à l'archivage numérique ne peuvent entraîner une modification [de ces] principes. L'intérêt légitime du public à l'accès aux archives électroniques publiques est protégé par l'article 10 de la Convention [européenne des droits de l'homme]. La mise en ligne d'un numéro ancien d'un quotidien ou périodique, dans le cadre d'un archivage numérique accessible au public, gratuitement ou contre rémunération, ne constitue pas une nouvelle divulgation susceptible de porter atteinte au droit à l'oubli [...] ». S'appuyant sur le raisonnement tenu dans l'arrêt précité *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation confirme que « l'archivage en ligne des articles litigieux constitue une nouvelle divulgation de faits du passé pouvant porter atteinte au droit à l'oubli ».

¹⁷⁴¹ Rappelons que c'est déjà cette volonté d'uniformisation qui amène de nombreux auteurs à parler de « droit à l'oubli » pour des prérogatives souvent différentes.

¹⁷⁴² Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018 ; Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 459, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair ? » ; *Juristenkrant*, 2016/333, p. 5 ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.j.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

¹⁷⁴³ Loi du 8 avril 1965 instituant le dépôt légal à la Bibliothèque royale de Belgique, *M.B.*, 18 juin 1965, p. 7390.

D. Redivulguer une information

338. - La redivulcation de l'information dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Pour que le droit à l'oubli d'informations journalistiques puisse être revendiqué, il est donc nécessaire qu'une deuxième divulgation soit faite, quel que soit le support. En effet, nul besoin que le support soit identique à celui utilisé dans le cadre de la première divulgation. Il n'est pas non plus exigé que l'information soit simplement « copiée-collée » : une information faisant l'objet d'un nouveau traitement ou d'un traitement différent que celui proposé dans le cadre de la première divulgation permet d'invoquer ce droit à l'oubli. Autrement dit, il s'agit bien de redivulguer une *information*, et non un article ou une émission. Enfin, le public visé n'a pas d'incidence sur l'existence – ou non – d'une nouvelle divulgation. Il n'est donc pas requis que le public soit « nouveau »¹⁷⁴⁴, pour autant cependant que cette nouvelle communication se fasse publiquement¹⁷⁴⁵.

§ 3. L'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations

339. - La structure des développements. Outre les deux divulgations nécessaires pour que le droit à l'oubli puisse être revendiqué, d'autres critères doivent être évoqués, et notamment le laps de temps courant entre ces deux communications au public. Par la suite, d'autres éléments seront analysés : la qualité de la personne visée par les informations (§ 4) ; le type d'information rappelée (§ 5) ; la justification du rappel par l'actualité des informations (§ 6) ; la prise en compte d'un devoir de mémoire (§ 7) ; la prise en compte de la resocialisation de la personne visée par les informations (§ 8) ; le comportement antérieur de la personne visée par les informations (§ 9, A.) ; le consentement de la personne visée par les informations (§ 9, B.) ; et enfin le type de médias rappelant les informations (§ 9, C.).

340. - Introduction. L'un des critères pris en compte par les cours et tribunaux dans l'analyse du droit à l'oubli d'informations journalistiques est le laps de temps existant entre les deux divulgations. Dans une certaine mesure, c'est l'écoulement du temps qui permet, entre autres,

¹⁷⁴⁴ Sur la notion de « public nouveau » en droit d'auteur, voy. notamment C.J.U.E., 13 février 2014, C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB*, §§ 24 à 26 ; C.J.U.E., 7 mars 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd e.a. c. TVCatchup Ltd* ; A. DE FRANCQUEN, S. DUSOLLIER, *Manuel de droits intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015, p. 92.

¹⁷⁴⁵ Voy., sur ce sujet, les développements proposés dans le cadre de la première divulgation de l'information (*supra*).

de revendiquer ledit droit¹⁷⁴⁶. Le temps qui passe a donc des effets juridiques dès lors qu'il implique la « création » d'un droit dans le chef des individus. François Ost indique, dans une contribution relative au droit transitoire des modifications jurisprudentielles, que le droit doit s'efforcer de « concilier les deux impératifs opposés de la sécurité juridique qui tend à stabiliser le passé, et le respect de la légalité, voire du progrès nécessaire du droit, au nom desquels il s'impose souvent de réaménager ce passé que l'on croyait pourtant établi »¹⁷⁴⁷. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques semble trouver sa place dans cette opposition.

Le temps est un élément central dans le processus d'oubli, comme dans celui de la mémorisation. Il constitue « a fundamental dimension of the life of individuals, families, social groups and society as whole, down to the survival of human culture »¹⁷⁴⁸. A ce titre, l'écoulement d'un certain laps de temps est non seulement pris en compte dans certaines décisions jurisprudentielles européennes (A.), mais aussi dans certains mécanismes juridiques (B.), tant en droit civil, en droit judiciaire qu'en droit pénal. La mise en exergue de l'effet du temps sur le droit permet *in fine* de valider le critère tel qu'appliqué par les décisions de justice au droit à l'oubli d'informations journalistiques (C.).

A. L'écoulement du temps dans la jurisprudence européenne

341. - L'effet du temps qui passe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg, dans plusieurs arrêts¹⁷⁴⁹, prend en compte l'écoulement

¹⁷⁴⁶ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, op. cit., p. 1/31. Les auteurs indiquent que le droit à l'oubli est une expression utilisée « to express individuals' desires to be free of information that already exists in the public domain, but that "with the passing of time becomes decontextualized, distorted, outdated, no longer truthful (but not necessarily false)" ». Ils se réfèrent en outre à N. DE ANDRADE, « Oblivion, the right to be different from oneself. Reproposing the right to be forgotten », in *VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012/13, p. 127.

¹⁷⁴⁷ F. OST, « La vie de la loi, l'usure du temps. Le droit transitoire des modifications jurisprudentielles », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (coord.), *Le temps, la justice et le droit. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Limoges, Presse Universitaires de Limoges, 2004, pp. 101 et 102.

¹⁷⁴⁸ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, op. cit., p. 6/31.

¹⁷⁴⁹ Outre ceux repris ci-après, voy. encore Cour eur. D.H., 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, req. 62332/00, § 90 (« [...] la Cour, compte tenu de la nature des renseignements et de leur ancienneté, estime que leur conservation ne se fondait pas sur des motifs pertinents et suffisants au regard de la protection de la sécurité nationale ») ; Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. 55/1997/839/1045, § 55 (« [l]a Cour relève en outre que les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de quarante ans avant celle-ci. Même si des propos tels que ceux des requérants sont toujours de nature à ranimer la controverse et à raviver des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans

du temps dans son analyse, notamment dans des affaires confrontant le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection de la vie privée.

342. - L'arrêt *Société Plon c. France*. L'arrêt *Société Plon c. France* du 18 mai 2004¹⁷⁵⁰ porte sur la diffusion, par le médecin personnel du Président de la République française François Mitterrand, d'un ouvrage dans lequel il est révélé que le chef d'Etat était atteint d'un cancer depuis le début de son premier septennat, alors que le public n'avait été informé de l'existence de cette maladie qu'au cours du second septennat. Diffusé quelques jours après le décès du Président, le livre intitulé *Le Grand Secret* est l'objet d'une procédure judiciaire devant les juridictions françaises, la veuve et les enfants du président estimant qu'il porte atteinte au secret médical et à l'intimité de la vie privée du Président. En référé, le président du Tribunal de grande instance de Paris interdit la poursuite de la diffusion du livre¹⁷⁵¹. L'ordonnance est confirmée par la Cour d'appel de Paris et un pourvoi introduit par le médecin et la société éditrice est rejeté par la Cour de cassation¹⁷⁵². Quant à la procédure au fond, les juridictions françaises confirment la mesure d'interdiction¹⁷⁵³.

La Cour européenne des droits de l'homme, constatant d'abord que l'ingérence est prévue par la loi (§§ 26 à 31), relevant ensuite que la condamnation à ne pas diffuser le livre poursuit bien un des buts légitimes énoncés à l'article 10, § 2 (§§ 32 à 34), concentre ses réflexions sur la proportionnalité de la mesure. Son analyse se divise en deux points. Premièrement, abordant la mesure prise en référé, la Cour valide le raisonnement tenu par les juridictions françaises. Elle souligne que « la diffusion à une date si proche de ce décès d'un ouvrage présentant le président Mitterrand comme ayant sciemment menti au peuple français sur l'existence et l'ancienneté de son mal et [...] méconnaissant *prima facie* le secret médical, ne pouvait qu'aviver le chagrin des ayants cause de celui dont la mort très récente était intervenue dans la souffrance. Plus encore, cette mort [...] n'a pas manqué de susciter une vive émotion dans la classe politique et dans l'opinion, si bien que l'atteinte portée par le livre à la

après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire »).

¹⁷⁵⁰ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Société Plon c. France*, req. 56148/00. Certains auteurs voient dans cet arrêt une reconnaissance du droit à l'oubli (P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, *op. cit.*, p. 9/31).

¹⁷⁵¹ T.G.I. Paris (prés.), 18 janvier 1996, non publié.

¹⁷⁵² C.A. Paris, 13 mars 1996 ; Cass. fr., 16 juillet 1997 ; ces décisions sont citées par l'arrêt de la Cour européenne.

¹⁷⁵³ T.G.I. Paris, 23 octobre 1996 ; C.A. Paris, 27 mai 1997 ; Cass. fr., 14 décembre 1999 ; ces décisions sont citées par l'arrêt de la Cour européenne.

mémoire du défunt se trouvait, dans ces circonstances, particulièrement forte » (§ 47). La Cour précise encore que la décision d'interdiction est proportionnée dès lors que la Cour d'appel a limité sa validité dans le temps, l'interdiction de diffusion devant prendre fin, à défaut de saisine du juge de fond, dans un délai d'un mois (§ 47). En admettant cette interdiction, la Cour soutient qu'une telle mesure, bien que limitant fortement la liberté d'expression, trouve sa justification dans des circonstances particulières : d'une part, une vive émotion, et d'autre part, une limitation dans le temps. Deuxièmement, la Cour poursuit son raisonnement en se penchant sur la décision au fond qui confirme, au titre d'une réparation du dommage, l'interdiction. Elle soutient que la mesure, à défaut d'être limitée dans le temps, ne correspond plus à un besoin social impérieux (§ 51) et considère que le contexte entre les décisions prises en référé et les décisions prises au fond est différent. Ainsi, « plus la date du décès s'éloignait, plus cet élément perdait de son poids. Parallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt du public [...] l'emportait sur les impératifs de la protection des droits [du Président] » (§ 53). Elle ajoute qu'à partir du moment où le secret médical est enfreint, « le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction » (§ 53)¹⁷⁵⁴. Pour la Cour, les mesures prises par les juridictions de fond sont excessives et restreignent trop le droit à la liberté d'expression.

La Cour européenne soutient que le temps est une donnée essentielle pour aboutir à cette conclusion. Le passage du temps semble influencer le droit : il modifie le raisonnement devant être tenu et aboutit à renforcer le droit à la liberté d'expression. Comme l'écrit Sandrine Carneroli, « [f]ace à des événements qui sont rentrés dans l'Histoire, le temps influe sur l'intérêt du public à être complètement informé et la divulgation d'un secret, peut en raison du temps qui passe, être justifiée par la liberté d'expression dès lors que l'information s'inscrit dans le cadre d'un débat d'intérêt général »¹⁷⁵⁵. C'est donc soumise à certaines conditions que la diffusion est validée : les informations doivent faire partir de l'Histoire et intéresser le débat d'intérêt général¹⁷⁵⁶.

Cette première affaire européenne ne plaide, *a priori*, pas en faveur d'une consécration du droit à l'oubli. Les circonstances particulières de cette affaire – portant notamment sur une

¹⁷⁵⁴ Le tribunal de grande instance de Paris, le 23 octobre 1996 estime, pour sa part, que le temps écoulé depuis le décès du président n'a pas eu pour effet « de faire définitivement cesser le trouble constaté lors de la parution de l'ouvrage et de rendre licite [s]a diffusion ».

¹⁷⁵⁵ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 21, n° 20.

¹⁷⁵⁶ Voy. *infra*.

personnalité publique – permettent en effet une divulgation d’informations précisément parce qu’il y a eu écoulement du temps. La logique du droit à l’oubli d’informations journalistiques est tout à fait opposée. Cela étant, l’arrêt est intéressant en ce qu’il permet de démontrer que le temps qui passe a une réelle influence sur ce qui peut être divulgué comme en l’espèce, ou éventuellement sur ce qui ne pourrait pas être divulgué.

343. - La décision et l’arrêt *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*. Deux autres affaires peuvent être évoquées. Elles concernent toutes deux les mêmes parties (*Österreichischer Rundfunk c. Autriche*), la première ayant fait l’objet d’une décision¹⁷⁵⁷, la seconde ayant fait l’objet d’un arrêt de la Cour¹⁷⁵⁸. Le litige porte sur la rediffusion de photographies anciennes prises dans le cadre de procédures judiciaires. Dans la décision du 25 mai 2004, la Cour distingue la présente affaire du cas *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*¹⁷⁵⁹, comparaison qui est proposée par le radiodiffuseur allemand. La Cour refuse ce parallèle pour deux raisons. Premièrement, la portée de l’interdiction de diffuser est absolue dans le cadre de l’affaire *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche* alors qu’elle est relative dans la décision *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*. En effet, dans cette dernière affaire, la photo litigieuse peut être diffusée moyennant autorisation dans deux cas de figure. Deuxièmement, la Cour indique que « the report in the *News Verlag* case was published at the time when the criminal proceedings against B., which attracted great public interest, were pending. The report at issue in the [case *Österreichischer Rundfunk*], however, was broadcast by television in 1998, thus, three years after the proceedings against B. had terminated and three months after his release on parole ». Ces deux éléments, dont le second implique la prise en compte de l’écoulement du temps et son impact sur l’existence d’un intérêt public, aboutissent à ce que la Cour considère qu’il y ait violation de l’article 10 dans l’affaire *News Verlag* et qu’il n’y ait pas de violation de la même disposition dans l’affaire *Österreichischer Rundfunk*. Dans sa décision du 25 mai 2004, la Cour prolonge son raisonnement relatif au temps qui passe. Elle indique à cet égard ceci : « [i]t is

¹⁷⁵⁷ Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 57597/00.

¹⁷⁵⁸ Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 35841/02. Pour les faits, voy. *supra*.

¹⁷⁵⁹ Cour eur. D.H., 11 janvier 2000, *News Verlags GmbH & CoKG*, req. 31457/96. Les faits de cette affaire sont identiques et concernent la même personne. Cette dernière, se plaint de la publication d’articles accompagnés de photos de suspect dans le cadre de plusieurs envois de lettres piégées à des personnes politiques ou publiques autrichiennes. Le tout s’inscrit dans le milieu néonazi autrichien. Les publications litigieuses évoquent le suspect en parlant de l’auteur de ces lettres. La personne visée demande aux juridictions autrichiennes d’interdire la diffusion des photographies. Tant les juridictions de fond que la Cour suprême font droit à cette demande. Le recours devant la Cour est introduit par la société éditrice du magazine, considérant que l’interdiction est notamment une violation de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme. Pour la Cour européenne des droits de l’homme, l’interdiction constitue bel et bien une telle violation.

noted that the Supreme Court attached great importance to the [...] time element finding that B.'s interests were obviously legitimate, namely that the public should not be reminded of his court appearance three years after his conviction and following his release on parole. The Supreme Court also found that there was no interest in the dissemination of B.'s picture as its publication did not add anything of public interest to the information already contained in the report. It thus concluded that B.'s legitimate interests were harmed by the applicant company's report ». Outre cet élément, elle ajoute que la photographie n'a aucun apport informationnel supplémentaire et qu'il y a lieu de prendre en compte la réintégration de la personne visée. Quant à l'arrêt du 7 décembre 2006, l'élément temporel est à nouveau rapidement analysé. Les juridictions de fond interdisent au radiodiffuseur autrichien de diffuser l'image de la personne condamnée. Pour la Cour, l'examen exécuté par ces juridictions n'est pas correctement effectué. Elle écrit que « [t]he domestic courts attached great weight to the time-element, in particular to the long lapse of time since Mr S.'s conviction, but did not pay any particular attention to the fact that only a few weeks had elapsed since his release. They did not take into account his notoriety and the political nature of the crime of which he had been convicted. Nor did they have regard to other important elements, namely that the facts mentioned in the news items were correct and complete and that the picture shown was related to the content of the report » (§ 68). Autrement dit, l'analyse de l'élément temporel n'est pas opportune dès lors qu'elle ne prend pas en compte un élément de la procédure judiciaire qui permet de considérer que l'actualité et l'intérêt public doivent prévaloir sur la protection de l'image de la personne.

344. - L'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*. L'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018¹⁷⁶⁰ s'inscrit totalement dans l'analyse du droit à l'oubli d'informations¹⁷⁶¹. Certains éléments avancés notamment par les juridictions allemandes chargées de traiter ces affaires sont intéressants sous l'angle du critère de l'écoulement du temps.

La première requête vise à voir des informations archivées être anonymisées. Tant en première instance qu'en appel¹⁷⁶², l'anonymisation est accueillie favorablement. Les juridictions considèrent notamment qu'il est de « l'intérêt des requérants à ne plus être confrontés à leur acte autant de temps après leur condamnation ». Toutefois, deux arrêts de

¹⁷⁶⁰ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 100.

¹⁷⁶¹ Pour les faits des trois requêtes jointes dans cette affaire, voy. *supra*.

¹⁷⁶² Trib. rég. Hambourg, 29 février 2008 ; Cour d'appel Hambourg, 29 juillet 2008 ; les juridictions rendent deux arrêts aux dates précitées ; ces décisions sont mentionnées par l'arrêt de la Cour européenne.

principe de la Cour fédérale de justice cassent les décisions rendues¹⁷⁶³. Sur l'écoulement d'un laps de temps et ses incidences sur l'équilibre entre le droit à la protection de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, la Cour fédérale énonce d'une part qu'« avec le temps, l'intérêt de la personne concernée à ne plus être confrontée à sa faute acquérait plus de poids », et d'autre part que « l'intérêt des requérants à ne plus faire l'objet de reportages en lien avec leur crime était élevé puisque celui-ci avait été commis longtemps auparavant », tout en précisant rapidement que « même si l'auteur de l'infraction avait purgé sa peine, il ne pouvait se prévaloir d'un droit absolu à ne plus être confronté à sa faute »¹⁷⁶⁴. En l'espèce, une série d'autres critères ont amené la Cour fédérale de justice à casser les décisions accordant l'anonymisation¹⁷⁶⁵.

Quant aux deuxième et troisième procédures, elles portent sur des informations disponibles sur des portails internet de quotidiens allemands. A nouveau, les juridictions nationales donnent raison aux requérants¹⁷⁶⁶. La Cour fédérale de justice casse ces décisions en s'appuyant sur plusieurs critères¹⁷⁶⁷ : l'accessibilité limitée des informations (par le biais du paiement d'une somme d'argent ou conditionnée à la prise d'un abonnement à la version papier) et le degré de diffusion de ces informations, la nature des articles (à propos de condamnations pour assassinat), et l'absence d'atteinte à l'intimité propre des requérants (les informations et photos ne font que reprendre des faits issus du procès).

Le 28 juin 2018, la Cour européenne des droits de l'homme rend son arrêt. Elle y « rappelle que, après l'écoulement d'un certain temps et en particulier à l'approche de la sortie de prison d'une personne condamnée, l'intérêt de celle-ci est de ne plus être confrontée à son acte en vue de sa réintégration dans la société » (§ 100). Elle reconnaît en outre que, dans certaines circonstances, l'écoulement du temps peut avoir un impact sur l'existence de l'intérêt général¹⁷⁶⁸. L'arrêt mentionne encore, à propos de photos litigieuses prises au moment de la procédure judiciaire et disponibles dans des archives en ligne, que « les images montraient les requérants dans l'apparence qui était la leur en 1994, soit près de treize ans avant leur libération, ce qui diminue la probabilité d'être reconnu par des tiers sur la base des photos » (§ 115).

¹⁷⁶³ Cour fédérale de justice, 15 décembre 2009 ; à cette date, la Cour rend deux arrêts ; les arrêts sont mentionnés dans la décision de la Cour européenne.

¹⁷⁶⁴ Voy. les §§ 13 et 14 de l'exposé des faits et questions dans les affaires *M.L. c. Allemagne* et *W.W. c. Allemagne*.

¹⁷⁶⁵ Notamment, la véracité des faits repris, l'intégration de ces faits dans l'histoire contemporaine, la popularité de la personne tuée, l'objectivité du reportage, l'accessibilité de l'information, etc.

¹⁷⁶⁶ Trib. rég. Hambourg, 18 janvier 2008 et Cour d'appel Hambourg, 29 juillet 2008 ; Trib. rég. Hambourg, 16 novembre 2007 et Cour d'appel Hambourg, 29 juillet 2008.

¹⁷⁶⁷ Cour fédérale de justice, 9 février 2010 ; Cour fédérale de justice, 20 avril 2010.

¹⁷⁶⁸ A cet égard, voy. *supra/infra*.

Concrètement, la Cour propose ce constat dans son examen des circonstances de la prise de vue. Cet élément, dans le cadre de l'oubli, ne semble pas tout à fait pertinent dès lors que ces circonstances déterminent davantage la licéité de la première divulgation. Cela étant, la Cour semble s'inscrire dans une autre temporalité, précisément celle de la redivulgation inhérente à la présence de ces clichés dans des archives en ligne. Sous cet angle, le raisonnement proposé par la Cour ne paraît toujours pas adéquat : analyser de la sorte ces photographies dans le cadre de la détermination d'une atteinte fautive – ou non – au droit à la vie privée ne convainc pas totalement. Une telle analyse, doit, tout au plus, permettre de considérer l'ampleur du dommage subi mais ne peut être pris en compte afin de déterminer l'existence – ou non – d'une ingérence. Cependant, cette réflexion peut être tempérée : celle-ci serait trop focalisée sur les conditions à mettre en œuvre pour inscrire le droit à l'oubli dans une action en responsabilité extracontractuelle, conditions qui ne sont pas prises en compte par la Cour européenne.

345. - D'autres arrêts où l'écoulement du temps est pris en compte. D'autres arrêts peuvent être cités¹⁷⁶⁹.

Dans l'affaire *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*¹⁷⁷⁰, la Cour mentionne que « l'intérêt que présente pour le public la diffusion d'une publication ne diminue pas nécessairement avec le passage du temps » (§ 95). A première vue, la Cour semble, dans cet extrait, aller à l'encontre des enseignements proposés dans l'affaire précitée *Editions Plon c. France* analysé ci-avant¹⁷⁷¹. Pourtant, dans l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, elle propose un renvoi vers l'arrêt *Editions Plon c. France*, et plus précisément vers le paragraphe de cet arrêt qui indique que le temps passant, l'intérêt du public à connaître la maladie du Président français grandit. Il existe cependant un point d'achoppement entre ces deux décisions : la courbe du temps n'est pas nécessairement liée à la courbe de l'intérêt général. Ce dernier ne diminue pas forcément avec le passage du temps : il peut parfaitement augmenter. Tout est en définitive affaire d'espèces.

¹⁷⁶⁹ De nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, dans des affaires mettant en cause l'article 8 de la Convention, dans sa dimension de respect de la vie familiale, prennent en compte l'écoulement du temps comme élément rendant « en fait des situations irréversibles » (F. TULKENS, « Le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (coord.), *Le Temps, la Justice et le Droit. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Limoges, Presse Universitaires de Limoges, 2004, p. 221). Ces arrêts ne feront pas l'objet d'une analyse.

¹⁷⁷⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, req. 32772/02.

¹⁷⁷¹ Voy. *supra* ; pour l'analyse du § 53, voy. *supra*.

Dans un arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2) rendu le 10 mars 2009, la Cour estime qu'elle « n'aperçoit aucune raison de penser que le passage du temps a compromis la préparation de la défense de la société requérante à l'action en diffamation à laquelle la publication sur Internet a donné lieu » (§ 48)¹⁷⁷².

Dans un arrêt *Monat c. Suisse*¹⁷⁷³, la haute juridiction strasbourgeoise offre un intéressant raisonnement à propos de la diffusion d'une émission sur l'histoire de la Suisse pendant la Seconde guerre mondiale : « [l]a Cour relève aussi que les événements historiques évoqués dans l'émission litigieuse se sont produits plus de cinquante ans avant celle-ci. Bien que des propos tels que ceux du requérant soient toujours de nature à ranimer la controverse dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, cinquante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire » (§ 64)¹⁷⁷⁴. Cette analyse s'appuie notamment sur l'arrêt *Editions Plon c. France*, « arrêt où la Cour a réitéré le principe selon lequel le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une interdiction d'un livre, par exemple » (§ 64). L'arrêt *Monat c. Suisse* fait donc dire à l'arrêt *Editions Plon c. France* que l'écoulement du temps est un critère essentiel à prendre en compte dans les circonstances d'une interdiction d'un livre pour des considérations visant à protéger le droit à la vie privée. Dans l'arrêt *Tammer c. Estonie*¹⁷⁷⁵, la Cour analyse des propos virulents tenus en 1996 par un journaliste à l'encontre de l'épouse et collaboratrice d'un premier ministre estonien¹⁷⁷⁶. L'écoulement du temps est indirectement pris en compte dans l'étude du caractère public de la personnalité de ladite collaboratrice, dès lors que cette dernière a quitté la sphère politique en 1995. Pour la Cour, ce laps de temps – aussi court soit-il – permet de considérer que de tels propos ne sont pas d'intérêt public et ne portent pas sur une question d'importance générale¹⁷⁷⁷.

B. L'écoulement du temps dans les mécanismes juridiques

¹⁷⁷² Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03.

¹⁷⁷³ Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, req. 73604/01.

¹⁷⁷⁴ Le même extrait est repris dans Cour eur. D.H., 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08, § 104.

¹⁷⁷⁵ Cour eur. D.H., 6 février 2001, *Tammer c. Estonie*, req. 41205/98.

¹⁷⁷⁶ Celle-ci est qualifiée de « briseuse de ménage » et de « mère négligente qui délaisse son enfant » (§ 22).

¹⁷⁷⁷ Certes, la prise en compte de l'élément temporel dans ce cas d'espèce est extrêmement implicite. Cela étant, cette interprétation semble être tirée d'une référence faite par à cet arrêt par la Cour dans sa décision *Österreichischer Rundfunk c. Autriche* (Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 57597/00).

346. - Le temps dans le droit, le droit dans le temps¹⁷⁷⁸. Temps et droit présentent des liens¹⁷⁷⁹ : « [l']écoulement du temps ne permet-il pas tant l'acquisition de droits que leur extinction ? Le temps serait donc une réalité extérieure au droit dont le législateur prend acte pour fixer la norme. En revanche, le même législateur n'hésite pas à nier le temps écoulé, par les effets de la nullité, de la résolution. Le temps serait alors une fiction qui n'aurait d'autre réalité que juridique »¹⁷⁸⁰. Monique Chemillier-Gendreau écrit à cet égard qu'« enfermer le temps qui ne se laissera jamais enfermer, tel est l'impossible fonction de la norme »¹⁷⁸¹. Le droit a créé son propre temps, le temps juridique, voire mêmes ses propres temps¹⁷⁸², et ce parallèlement au temps naturel, le temps réel. Ces temporalités juridiques sont définies comme « des formes particulières que prend le temps en rapport avec les divers phénomènes juridiques »¹⁷⁸³. Ces relations entre le temps et le droit sont résumées par Thierry Delahaye dans son ouvrage intitulé *Le facteur temps dans le droit des obligations*. Il écrit que « [l]a préséance du droit sur le fait n'enlève pourtant rien au constat qu'il subit également les effets de l'écoulement du temps [...]. Le propre de l'homme est de tenter de dominer le temps auquel il est soumis. Le droit qu'il met en œuvre a pour objet de façonner le temps réel pour lui permettre de vivre en harmonie avec le monde qui l'entoure et s'impose à lui. La maîtrise du temps paraît un objectif essentiel de la loi dans la lutte quasi héroïque de l'humanité, en tant que gestionnaire de sa destinée, contre la fatalité incontournable du temps qui passe, quelle que soit, par ailleurs, l'origine qu'on lui prête, à savoir le moteur d'une évolution (incontrôlée) ou le fruit d'une volonté divine. On conçoit immédiatement que cette gestion du temps puisse varier en fonction des philosophies sous-jacentes. L'absolue suprématie du temps juridique imprimée par ses

¹⁷⁷⁸ Voy. A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 5 et 6, n° 8. L'auteure mentionne à propos des relations entre le temps et le droit que leur étude « appelle des réflexions distinctes selon qu'il s'agit de comprendre le droit dans le temps ou le temps du droit ».

¹⁷⁷⁹ Sur l'appréhension de ces liens par la doctrine, voy. les références citées par A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, op. cit., pp. 8 et 9. Voy. plus précisément la note 48 pour des réflexions générales, la note 49 pour ce qui concerne le droit internationale et la note 50 pour ce qui concerne le droit interne français.

¹⁷⁸⁰ L. ROLLAND, « L'analyse rhétorique du discours judiciaires : du temps argumentatif au temps normatif », in P.-A. CÔTÉ, J. FRÉMONT, *Le temps et le droit. Actes du 4^e congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1996, p. 33.

¹⁷⁸¹ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Droit international* 3, Paris, Pedone, 1987/1988, p. 5, cité par A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, op. cit., p. 7, n° 10.

¹⁷⁸² Il existe en effet « une pluralité de temporalités juridiques » (A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, op. cit., p. 10, n° 12).

¹⁷⁸³ A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, vol. 2, 1993, v° *Temporalité juridique*. Voy. Encore F. OST, « Les multiples temps du droit », in J.-J. AUSTRUJ, P. BAUCHET, e.a., *Le droit et le futur*, III^{ème} colloque de l'association française de philosophie du droit, coll. Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris, Paris, P.U.F., 1985, pp. 115 et s. Cet auteur évoque le « temps [...] originel », c'est-à-dire celui des constitutions, « le temps intemporel de la dogmatique juridique », « le temps de l'instantané », « le temps de la longue durée », « le temps prométhéen », le « temps révolutionnaire ».

objectifs est une notion abstraite qui ne se vérifie pas nécessairement dans le fait. Le temps juridique tient compte des autres temps dans la mesure de leurs propres contraintes¹⁷⁸⁴ et ne s'impose à eux que lorsque les contraintes organisationnelles de la loi priment celles des autres temps. Si le droit respecte en général la matérialité du temps, il en corrige les effets indésirables¹⁷⁸⁵ et crée un temps juridique différent du temps réel. Cette maîtrise du temps débouche ainsi fatalement sur des fictions matérielles et juridiques¹⁷⁸⁶ dont les notions de *durée illimitée*, de *nullité* ou de *suspension* sont des exemples parmi tant d'autres. C'est ainsi, par exemple, que la loi organise la prescription à défaut pour l'homme de pouvoir contenir la force destructive du temps qui passe ou qu'elle traduit un retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle par l'organisation d'indemnités moratoires »¹⁷⁸⁷. Le droit a vocation à créer et assurer une certaine stabilité. Pour ce faire, il est nécessaire d'intégrer le « temps dans le processus d'élaboration du droit »¹⁷⁸⁸, celui-ci devant « anticiper l'avenir tout en répondant aux exigences présentes »¹⁷⁸⁹.

1. L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit civil

347. - Le temps dans le droit civil¹⁷⁹⁰. Le droit civil est régi par plusieurs mécanismes juridiques qui prennent en compte le temps et son écoulement, et qui tirent de ce temps qui passe des conséquences concrètes sur l'existence, la modification ou la disparition d'un droit ou d'une action. Selon Thierry Delahaye, « [l']adaptation des obligations conventionnelles aux évolutions du monde en raison du temps qui passe paraît un impératif issu du bon sens »¹⁷⁹¹. Et pourtant, dans le cadre du droit des contrats, *pacta sunt servanda* : l'inamovibilité de la convention conclue entre des parties est consacrée. Selon cet auteur, ce dogme a fait son temps.

¹⁷⁸⁴ Ne dit-on pas qu'un fait est plus important qu'un Lord-maire.

¹⁷⁸⁵ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 1938, p. 4.

¹⁷⁸⁶ J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société politique, Mélanges Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 503.

¹⁷⁸⁷ T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 12 et 13.

¹⁷⁸⁸ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, op. cit., p. 7, n° 10.

¹⁷⁸⁹ *Ibidem*. L'auteur se réfère à M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Sur quelques rapports du temps juridique aux autres formes du temps », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 281 ; J. VERHOVEN, « Les conceptions et les implications du temps en droit international », in Société française pour le droit international, *Le droit international et le temps*, colloque de Paris, Paris, A. Pedone, pp. 9 et s.

¹⁷⁹⁰ Voy. à ce sujet, M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, thèse Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2010, disponible à l'adresse suivante, <http://cerfap.u-bordeaux4.fr/sites/cerfap/IMG/pdf/These-2.pdf>

¹⁷⁹¹ T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, op. cit., p. 209.

Il précise, en énumérant les détours juridiques imaginés pour contourner ce principe (l'équité, la bonne foi, la loyauté contractuelle, la *rechtsverwerking*, etc.), qu'« [i]l faudra bien un jour se résigner à entrer dans la modernité et admettre que le contrat de durée – particulièrement celui de longue durée – ne se limite pas aux obligations souscrites lors de la rencontre des consentements initiale et que le comportement contractuel des parties est susceptible de constituer autant d'indices d'une reconstruction du contrat en cours d'exécution »¹⁷⁹². Certaines de ces figures juridiques qui intègrent le facteur temporel sont brièvement analysées¹⁷⁹³ : la prescription (a), le délai préfix (b), l'abus de droit (c), la *rechtsverwerking* (d), et enfin le terme et la condition (e).

a) La prescription¹⁷⁹⁴

348. - Lorsque le temps crée ou éteint. Le mécanisme de la prescription constitue l'exemple le plus clair de la prise en compte de l'écoulement du temps dans l'acquisition ou l'extinction d'un droit. Comme l'indique Pierre Jadoul, « [l]e terme même de “prescription” dans son acception juridique évoque indéniablement la notion de délai, et donc également d'écoulement du temps »¹⁷⁹⁵. Toutefois, il y a lieu de nuancer rapidement ces propos : en effet, « on aurait une vue par trop superficielle de notre institution en affirmant que le temps suffit à créer le droit. Ce serait, au surplus, trahir la loi, qui veut que le temps ne crée le droit que sous les conditions qu'elle détermine »¹⁷⁹⁶. Ceci traduit, en somme, parfaitement l'article 2219 du Code

¹⁷⁹² *Ibidem*, pp. 209 et 210.

¹⁷⁹³ Les contrats de longue durée ainsi que le mécanisme de la rétroactivité dans le contrat ne seront pas abordés. Ces problématiques juridiques ont d'ores et déjà fait l'objet d'études conséquentes. Voy., notamment, A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, op. cit., 661 p. ; C. DELFORGE, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in C. DELFORGE (coord.), *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 7 à 38 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1315 p.

¹⁷⁹⁴ Les développements proposés ne se veulent absolument pas exhaustifs. Pour une analyse plus complète de la prescription, voy., entre autres, B. COMPAGNION (dir.), *La prescription*, coll. du Jeune Barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2011, 343 p. ; J.-P. GOBIET, « La prescription », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, Suppl. 32 (octobre 2016), v.2.7., 61 p. ; M. REGOUT-MASSON, *La prescription des actions en matière de responsabilité*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, 100 p. ; P. JOURDAIN, P. WÉRY (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Coll. De la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, 1033 p. ; M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, *La prescription. Principes généraux et prescription libératoire*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 588 p.

¹⁷⁹⁵ P. JADOUL, « L'évolution de la prescription en droit civil », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 749.

¹⁷⁹⁶ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, *La prescription. Principes généraux et prescription libératoire*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 17.

civil qui énonce que la prescription s'entend comme étant un « [m]oyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ».

La prescription est soit acquisitive, soit libératoire. Dans le premier cas, l'écoulement du temps permet, moyennant le respect de conditions établies par la loi, d'acquérir un droit réel. On parle aussi d'usucapion. Dans la seconde hypothèse, l'écoulement du temps a pour conséquence d'éteindre un droit réel ou de libérer un débiteur d'une dette.

349. - La prescription libératoire, entre dangers et bienfait. La prescription libératoire, qualifiée aussi d'extinctive¹⁷⁹⁷, suscite une certaine méfiance. Selon Patrick Wéry, elle n'est « pas toujours bien comprise du grand public qui trouve choquant qu'un débiteur puisse prétexter du seul écoulement du temps pour ne pas honorer ses engagements »¹⁷⁹⁸. Dans les travaux préparatoires du Code civil, les rédacteurs et initiateurs de l'insertion de la prescription dans notre législation semblent lucides à son sujet : « à la seule idée de prescription, il semble que l'équité doive s'alarmer »¹⁷⁹⁹. Le principe de la prescription s'oppose non seulement à l'équité, mais aussi à la morale, au droit naturel ainsi qu'à la logique, « car enfin, un droit existe ou n'existe pas, et l'écoulement du temps ne saurait influencer sur une question qui relève de "l'être ou ne pas être" »¹⁸⁰⁰.

Pourtant, malgré ces craintes, la prescription existe dans de nombreuses législations. Sans entrer dans les détails, il semble que ce mécanisme juridique puisse trouver sa justification dans une nécessité sociale. Pour Maxime Marchandise, reprenant l'illustre traité de droit civil d'Henri De Page, « il n'est pas, dans tout l'édifice du droit, de règle plus saine que celle qui met fin aux discussions »¹⁸⁰¹. La prescription permet en effet de mettre un terme à une période d'incertitude¹⁸⁰². Cette incertitude s'inscrit notamment dans une difficulté croissante, avec le temps qui passe, à apporter des éléments de preuve de ses droits réels. La prescription met un

¹⁷⁹⁷ L'appellation semble toutefois erronée dès lors que, par l'effet de la prescription, seule l'exigibilité d'une dette est libérée, l'obligation étant alors qualifiée de « naturelle ».

¹⁷⁹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, coll. Les précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 782, n° 867.

¹⁷⁹⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t° XV, réimpression de l'édition de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, p. 573, cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 782, n° 867.

¹⁸⁰⁰ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], op. cit., p. 24, l'auteur se référant à H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° VII, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1132.

¹⁸⁰¹ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], op. cit., p. 26.

¹⁸⁰² En ce sens, voy. BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé des motifs*, Locré, t° VIII, p. 345.

terme aux craintes d'un éventuel procès¹⁸⁰³. De sorte qu'elle s'entend alors comme un mécanisme qui permet « la réparation que le temps nous doit pour le mal qu'il nous fait »¹⁸⁰⁴.

La prescription libératoire, mais tel est aussi le cas pour la prescription acquisitive, est encadrée par un régime légal strict, écartant certains dangers soulevés ci-avant. Ainsi, « les hypothèses où l'équité se trouverait froissée par le jeu de la prescription ne sont pas monnaie courante. Ces hypothèses sont, en quelque sorte, le “déchet” inévitable d'une institution qui intéresse l'ordre public »¹⁸⁰⁵. C'est sans doute au prix de l'instauration d'un cadre extrêmement balisé que le principe même de la prescription devient acceptable aux yeux des citoyens. Le Code civil organise précisément les suspension et interruption des délais de prescription, énumère de nombreux délais différents, précise qu'il y a lieu de soulever la prescription – celle-ci ne s'appliquant nullement d'office –, etc. Ces règles « aussi imparfaites fussent-elles, contribuent à effacer ce que la prescription, limitée à la seule vertu de l'écoulement du temps, pourrait avoir de trop brutal »¹⁸⁰⁶.

350. - La prescription et le droit à l'oubli d'informations journalistiques : comparaison n'est sans doute pas raison. Comparer la prescription et le droit à l'oubli semble difficilement envisageable. En effet, le mécanisme organisé par le Code civil implique une « possession chez celui qui en profite »¹⁸⁰⁷. Or, sauf à dire – de façon sans doute trop audacieuse – que la possession s'analyse dans l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques comme le fait, pour une personne, d'être visée par une information disponible pendant un certain laps de temps, la similitude ne peut être mise en lumière. Toutefois, au niveau de leur effet, prescription et droit à l'oubli semblent avoir vocation à faire « acquérir » un droit : un droit de propriété ou un droit réel de jouissance pour la prescription, un « nouveau » droit à la protection de la vie privée pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques.

¹⁸⁰³ Rappelant le motif évoqué, ainsi que d'autres raisons justifiant la prescription, voy. C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », in B. COMPAGNION (dir.), *La prescription*, Coll. du Jeune Barreau de Mons, Bruxelles, Limal, Anthemis, 2011, p. 9, n° 1 ; M. REGOUT-MASSON, *La prescription des actions en matière de responsabilité*, op. cit., p. 12, n° 2 ; M. MARCHANDISE, *La prescription libératoire en matière civile*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 15 à 17.

¹⁸⁰⁴ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], op. cit., p. 28.

¹⁸⁰⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 782, n° 867. Le terme « déchet » est repris de H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° VII, op. cit., p. 1028 ; M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], op. cit., p. 24.

¹⁸⁰⁶ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t°, [...], op. cit., p. 30. Dans un même sens, voy. C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », op. cit., pp. 10 et 11, n° 1.

¹⁸⁰⁷ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t°, [...], op. cit., p. 18.

L'oubli s'inscrit davantage dans le mécanisme de la prescription libératoire dès lors que la simple inaction, de la part d'une personne visée par des informations, modifie une situation juridique. Alors que la prescription acquisitive implique une possession pendant un certain laps de temps, le modèle libératoire suppose que l'inaction d'une personne aboutisse à libérer une autre personne d'une dette. En droit civil, la prescription libératoire crée en réalité une exception : « elle n'est qu'un moyen de défense pour repousser une action tardive »¹⁸⁰⁸. Un débiteur peut parfaitement ne plus exécuter l'une de ses obligations après l'écoulement d'un délai fixé par la loi, ou du moins il peut opposer à son créancier l'exception de prescription. Peut-être est-il envisageable d'entrevoir pour la personne revendiquant, après un certain laps de temps, son droit à l'oubli une sorte d'exception – et donc d'action – à ce que les informations litigieuses n'apparaissent plus dans la presse.

La comparaison se heurte toutefois à un obstacle important : la fixation des délais. En effet, les craintes inhérentes au mécanisme de la prescription sont en partie limitées par l'existence et l'instauration d'une série de délais clairement établis par le Code civil. L'incertitude est donc balisée. Or, l'établissement d'un ou de plusieurs délais semble inenvisageable dans le cadre de l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ceci s'explique essentiellement par le fait que la reconnaissance de ce droit implique une analyse *in concreto* d'une situation, en prenant en compte non seulement l'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux diffusions, mais aussi d'autres critères. Imposer un délai fixe irait sans aucun doute à contresens des objectifs mêmes de ce droit en ce que celui-ci pourrait alors devenir quasiment automatique – comme le sont les effets des deux types de prescription. Bien que des tendances puissent être mises à jour en analysant la jurisprudence, il y a lieu de rester prudent et d'absolument éviter l'instauration d'un délai fixe, voire d'une date de péremption des informations¹⁸⁰⁹.

Pour autant, les raisons justifiant le recours à la prescription peuvent, au moins pour partie, se rapprocher des motifs qui permettraient la justification du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Quand Maxime Marchandise indique que la prescription est « la

¹⁸⁰⁸ *Ibidem*. Dans un sens identique, voy. C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », *op. cit.*, p. 13, n° 4.

¹⁸⁰⁹ Voy., dans le cadre de l'analyse de l'oubli de données à caractère personnel, la possibilité d'une telle date de péremption (*infra*). Sur ce sujet, voy. A cet égard, voy. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 171 à 195.

réparation que le temps nous doit pour le mal qu'il nous fait »¹⁸¹⁰, on ne peut s'empêcher de faire un parallèle avec l'un des motifs du droit à l'oubli. L'écoulement du temps et la réminiscence d'informations litigieuses créent, dans le cadre de ce droit, une atteinte ainsi qu'un préjudice continu. C'est précisément à cette atteinte que le droit à l'oubli d'informations journalistiques souhaite répondre : après un certain laps de temps, la réparation de ce préjudice que le temps à lui-même en partie créé, devrait devenir envisageable.

351. - L'imprescriptibilité des droits extra-patrimoniaux. La règle de la prescription veut qu'une action soit éteinte, moyennant le respect des règles légales, par l'écoulement du temps. Ce mécanisme n'est cependant pas absolu. Les actions deviennent en effet imprescriptibles « lorsque celles-ci sont destinées à assurer l'effectivité des droits extra-patrimoniaux »¹⁸¹¹. Concrètement, sont ici visés les droits de l'homme, entendus des droits « non susceptibles d'être appréciés en argent. Ils ne sont pas, en eux-mêmes, monnayables. Ils protègent les attributs essentiels de la personnalité humaine, et n'ont pas, à ce titre, un caractère pécuniaire. Leur nature même s'y oppose »¹⁸¹².

b) Le délai préfix

352. - Notions. Le délai¹⁸¹³ préfix, qu'on dénomme aussi délai de forclusion¹⁸¹⁴ ou délai de déchéance¹⁸¹⁵, est un mécanisme juridique impliquant l'écoulement du temps. Il ne doit pas être confondu avec la prescription libératoire. Si le premier induit la disparition d'un droit¹⁸¹⁶, la seconde se limite à annuler l'exigibilité d'un droit, sans le faire disparaître. Henri De Page et

¹⁸¹⁰ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t°, [...], *op. cit.*, p. 28.

¹⁸¹¹ C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », *op. cit.*, p. 15, n° 6. Sur l'origine légale de cette règle, voy. la contribution de ces auteurs.

¹⁸¹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° I, XX, n° 126.

¹⁸¹³ Sur la notion de délai, voy. entre autres A. OUTIN-ADAM, *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Université Paris II, 1986 ; P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t° II, Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix-Marseille, 1979.

¹⁸¹⁴ Sur la signification exacte et une comparaison de ces expressions, voy. M.-P. NOËL, « Les délais préfix », in P. JOURDAIN, P. WÉRY (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, coll. de la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 131 et 132, n° 2 ; E. JEULAND, C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix). Rapport français », in P. JOURDAIN, P. WÉRY (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Coll. De la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 173 et 174.

¹⁸¹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 784, n° 873.

¹⁸¹⁶ Pour un examen plus large des différences avec la prescription, voy. notamment J.-P. GOBIET, « La prescription », *Obligations. Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, pp. 10 à 13.

René Dekkers écrivent que « [l]a prescription est une institution universelle, qui a pour but de protéger et de consolider les patrimoines, et qui frappe également et indistinctement tous les droits subjectifs ; alors que la déchéance est une sanction civile particulière, qui ne tend qu'à hâter l'accomplissement de certains actes. Le délai de prescription est en quelque sorte négatif, casuel, extrinsèque par rapport aux droits qu'il atteint : il ne fait partie d'aucune institution déterminée ; le délai préfix, au contraire, est positif, essentiel ; il fait partie d'une institution spéciale, et circonscrit les droits dont il entraîne la déchéance »¹⁸¹⁷. L'appellation de ces délais permet en outre d'apporter une autre distinction avec la prescription : ils sont dit préfix « en ce sens que contrairement aux délais de prescription, ils ne peuvent, en règle générale, être suspendus ou interrompus : ils opèrent de manière fatale, inéluctable. Au contraire des délais de prescription, les délais de déchéance ne laissent pas subsister une obligation naturelle »¹⁸¹⁸. Le délai préfix est en réalité « une sanction civile particulière qui fonctionne dans le dessein de sauvegarder et de protéger les intérêts de la personne à l'encontre de qui ce droit ou cette prérogative peuvent être exercés et qui ne tend qu'à hâter l'accomplissement de certains actes »¹⁸¹⁹.

Le délai préfix trouve trois sources différentes : la loi, la jurisprudence ou la volonté des parties. Cela étant, ils ne sont nullement organisés dans une réglementation générale. Par conséquent, « cette matière se caractérise, d'une part, par le rôle crucial dévolu à la jurisprudence et à la doctrine qui ont dû définir ces délais particuliers et délimiter les règles qui leur sont applicables, et, d'autre part, par de nombreuses insécurités juridiques et controverses »¹⁸²⁰. Quant à leurs effets, l'écoulement du délai a pour conséquence qu'une action ou un droit ne peut plus être revendiqué. On parle bien d'une disparition totale. Ainsi, une action n'est plus recevable si le délai de forclusion est dépassé¹⁸²¹. Dans la pratique, les délais préfix sont difficilement déterminables. N'étant pas tous expressément déterminés par la loi, c'est au cas par cas qu'il faut les analyser, afin de pouvoir éventuellement le qualifier de délai préfix, avec les conséquences qui en découlent en cas de non-respect. Selon Maxime Marchandise, il faut se demander si « la loi, le juge ou les parties [...] [o]nt-ils entendu créer un délai fatal, automatique non susceptible de prolongation ? Voilà tous les traits d'un délai préfix, emportant

¹⁸¹⁷ H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° VII, 1957, p. 1034.

¹⁸¹⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 785, n° 873.

¹⁸¹⁹ M. DUPONT, « Prescription et forclusion. Aspects procéduraux », in H. BOULARBAH, J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 2. Voy. dans le même sens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° VII, op. cit., p. 1032.

¹⁸²⁰ M.-P. NOËL, « Les délais préfix », op. cit., p. 133, n° 3.

¹⁸²¹ C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », op. cit., p. 19, n° 12.

déchéance. Mais comme ces traits sont exceptionnels, il suffit qu'on ne les rencontre pas pour que l'on reste sous l'emprise du droit commun, c'est-à-dire des délais ordinaires de prescription »¹⁸²². Une telle démarche impliquant une certaine incertitude pose la question de la sécurité juridique. A titre d'exemple¹⁸²³, constitue un délai préfix le « bref délai » tel qu'il figure à l'article 1648 du Code civil relatif à la garantie des vices cachés en matière de vente¹⁸²⁴, les dix années que constituent la garantie décennale en matière d'immeuble inscrite à l'article 1792 du Code civil, les délais de l'article 860 du Code judiciaire en vue de pouvoir introduire un recours, etc.

353. - La comparaison avec le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Si l'on ose une comparaison entre le système des délais de forclusion et l'écoulement du temps comme critère du droit à l'oubli, outre les considérations émises dans la comparaison faite ci-avant avec le mécanisme de la prescription, il est intéressant de souligner qu'une série de ces délais ne sont pas établis par une réglementation particulière, mais bien par la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, il n'est plus question d'un délai fixe, prévu par la loi, mais bien d'une analyse casuistique, établissant par exemple si l'on se trouve encore dans le « bref délai » tel qu'inscrit à l'article 1648 du Code civil pour introduire une action en garantie d'un vice caché constaté à la suite d'une vente. Toutefois, à la différence des délais de forclusion qui rendent impossibles l'exercice d'une action, l'écoulement du temps dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques a pour conséquence – toute en prenant en compte les autres critères d'appréciation – la « création » un droit, ou du moins la prolongation du droit au respect de la vie privée.

c) L'abus de droit¹⁸²⁵

¹⁸²² M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], *op. cit.*, pp. 46 et 47.

¹⁸²³ Ces exemples sont tirés de C. EYBEN, J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », *op. cit.*, pp. 20 et 21, n° 16. Ils sont notamment repris dans la contribution de Marie-Pierre Noël. Pour d'autres illustrations, voy. encore M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], *op. cit.*, pp. 54 à 57.

¹⁸²⁴ Sur ce délai, il existe toutefois une controverse doctrinale quant à sa qualification (voy. M.-P. NOËL, « Les délais préfix », *op. cit.*, p. 137, n° 9 ; M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], *op. cit.*, pp. 57 et 59).

¹⁸²⁵ Pour des développements plus larges de cette notion, voy., parmi d'autres, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, 649 p ; T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, *op. cit.*, pp. 241 à 287 (voy. particulièrement les très nombreuses références faites par l'auteur).

354. - Abuser de son droit. Exercer un droit de manière déraisonnable, telle est la définition simplifiée de ce que l'on dénomme juridiquement l'abus de droit. Cette figure juridique trouve son origine dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, et plus précisément dans le cadre de la fonction modératrice de la bonne foi. Cet effet modérateur est initié dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1983¹⁸²⁶ qui affirme que « le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci ». Deux constats peuvent être faits. Premièrement, le fondement de cette fonction, ainsi que de sa sanction, s'inscrit dans la disposition précitée du code civil, en son alinéa 3, « et non dans l'article 1382 du Code civil »¹⁸²⁷. Deuxièmement, la fonction modératrice implique que les parties exécutent leurs obligations « normalement », à l'instar de toute personne suffisamment prudente et diligente placée dans des circonstances identiques¹⁸²⁸. Il s'agit d'une reprise de la figure de « l'homme suffisamment prudent et diligent », formule apparue au départ en matière de responsabilité extracontractuelle – et qui est utilisée dans le cadre de l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques¹⁸²⁹ – pour recevoir dans ce cadre-ci une application contractuelle¹⁸³⁰. Cette reprise implique que le juge est doté, dans la détermination de l'abus, d'un rôle important, sans être exorbitant. : il doit vérifier que l'exercice d'un droit ne « dépasse manifestement [pas] les limites de l'exercice normal de celui-ci » en se prononçant sur la proportionnalité dans l'exercice des droits des parties¹⁸³¹. La Cour de cassation confirme à ce propos que « [l']abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit »¹⁸³².

¹⁸²⁶ Cass., 19 septembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983, p. 52 ; *Bull.*, 1984, p. 55 ; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE ; *J.T.T.*, 1984, p. 57 ; *Pas.*, 1984, I, p. 55 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion » ; *R.W.*, 1983-1984, col. 1480 ; *R.D.C.*, 1984, p. 276, note W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983 » ; *R.D.S.*, 1983, p. 486.

¹⁸²⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^{ème} éd., coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 137, n° 113. La précision est importante en ce qu'elle inscrit la sanction de l'abus de droit dans une dimension contractuelle.

¹⁸²⁸ P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 394, n° 5. Voy. les nombreuses références auxquelles l'auteur renvoie notamment en notes 1 et 6.

¹⁸²⁹ Voy. notamment *supra/infra*.

¹⁸³⁰ Cette application contractuelle est initiée par la Cour de cassation (voy. Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 ; d'autres références plus récentes sont proposées par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 138, n° 114, note 396).

¹⁸³¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 139, n° 114.

¹⁸³² Voy. notamment, Cass. (3^{ème} ch.), 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 ; *Pas.*, 2009/3, p. 689 ; *R.G.D.C.*, 2010/3, p. 130, note J.-F. GERMAIN, « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse » ; Cass. (1^{ère} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001/2, p. 244 ; *R.W.*, 2001-02, p. 778, note A. VAN OEVELEN, « De sanctie van het misbruik van contractuele rechten » ; *R.G.D.C.*, 2004/7, p. 396 ; *T. Not.*, 2001, p. 473, C. DE

355. - Un cas particulier d'abus : laisser passer délibérément le temps. L'excès caractérisé dans la figure de l'abus de droit pourrait parfaitement se matérialiser dans la tardiveté. En effet, laisser passer le temps pour agir ensuite peut constituer, pour un créancier, un abus de droit. Maxime Marchandise écrit à cet égard que « le législateur estime que le créancier ou le propriétaire qui, après un temps d'inaction que la loi détermine, en vient à réclamer son dû ou sa chose, abuse de cette permanence au détriment d'autrui »¹⁸³³. Cela étant, tout est dans la nuance : l'écoulement du temps n'emporte pas nécessairement un abus de droit. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 septembre 2013, rappelle que « le seul fait de ne pas exercer un droit pendant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de droit »¹⁸³⁴. La Cour de cassation paraît réfuter l'abus tiré du temps qui passe. Cependant, tout est affaire d'espèce, renforçant le rôle du juge dans l'appréciation de l'abus de droit.

356. - L'abus de droit : ses effets et sanctions. Les sanctions de l'abus de droit ont été précisées par l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1982¹⁸³⁵ : il mentionne que « [l]a sanction de l'abus d'un droit n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé »¹⁸³⁶. Cette sanction permet au juge de « réduire le doit à son usage normal, c'est-à-dire [de] neutraliser les effets excessifs engendrés par sa mise œuvre »¹⁸³⁷. Selon Patrick Wéry, la réduction prend trois formes distinctes : une réduction mathématique du dommage réclamé, la substitution par un autre remède, et la réduction du « champ des hypothèses dans lesquelles une clause relative à

WULF, « De beperkende werking van de goede trouw en het recht inzake strafbedingen toegepast op bepaalde clausules in koopakten van sociale woningen » ; Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1997, p. 158 ; *Pas.*, 1996, I, p. 158 ; Cass. (1^{ère} ch.), 20 novembre 1987, *Bull.*, 1988, p. 337 ; *Pas.*, 1988, p. 337 ; *R.W.*, 1987-88, col. 1099 ; Cass. (1^{ère} ch.), 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE.

¹⁸³³ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t^o VI, [...], *op. cit.*, p. 64. Voy. aussi Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010/10, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-12/2, p. 142, note S. JANSEN, S. STIJNS, « Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik ? » ; *R.G.D.C.*, 2012/8, p. 387, note P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit » ; *R.D.C.*, 2011/1, p. 77 (sommaire).

¹⁸³⁴ Cass. (3^{ème} ch.), 30 septembre 2013, *Pas.*, 2013/9, p. 1827 ; *R.A.B.G.*, 2014/4, p. 228 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/2, p. 430 (sommaire).

¹⁸³⁵ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; *Bull.*, 1983, p. 472.

¹⁸³⁶ D'autres arrêts de la Cour de cassation ont été dans le même sens : Cass. (1^{ère} ch.), 17 octobre 2008, *J.T.*, 2013, p. 138, note de M. MARCHANDISE, « A propos d'une prescription qui n'est pas : la péremption de l'instance », *Pas.*, 2008/10, p. 2278 ; *R.G.D.C.*, 2011/3, p. 139 ; Cass. (1^{ère} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 ; *J.T.*, 2002, p. 475 (sommaire) ; *R.W.*, 2001-02, p. 778, note A. VAN OEVELEN, « De sanctie van het misbruik van contractuele rechten » ; *T. Not.*, 2001, p. 477, note C. DE WULF, « De beperkende werking van de goede trouw en het recht inzake strafbedingen toegepast op bepaalde clausules in koopakten van sociale woningen » ; *R.G.D.C.*, 2004/7, p. 396 ; Cass. (1^{ère} ch.), 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898.

¹⁸³⁷ P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 396, n^o 8.

l'inexécution peut être invoquée »¹⁸³⁸. Quant à la possibilité pour le pouvoir judiciaire d'exiger la réparation du préjudice causé par l'abus, elle aboutit au dédommagement de la personne abusée par une réparation pécuniaire ou en nature¹⁸³⁹.

357. - La comparaison avec le droit à l'oubli d'informations journalistiques. La comparaison entre la forme juridique de l'oubli et l'abus de droit présente un intérêt spécifique dans le cas où l'écoulement du temps et l'inaction du créancier qu'il engendre est considéré comme un tel abus. L'écoulement du temps présente alors des conséquences juridiques. La comparaison peut sembler audacieuse, mais elle aboutit cependant à dresser deux constats distincts. Premièrement, les sanctions de ces deux figures juridiques peuvent être comparées. L'abus de droit se répare entre autres par la réduction à l'usage normal d'un droit. Le droit à l'oubli peut aussi se percevoir comme la réduction à l'usage, considéré comme non manifestement excessif, d'un droit. En l'espèce, toute personne revendiquant son droit à l'oubli d'informations journalistiques considère en réalité qu'un autre individu a usé trop largement de son droit à la liberté d'expression. En d'autres termes, on peut voir dans cette requête un constat d'abus de son droit à la liberté d'expression. L'une des réparations prônées, et qui semble *a priori* la plus proportionnée, est la pseudonymisation des informations litigieuses¹⁸⁴⁰. Ce processus d'effacement de certaines traces ne peut-il pas alors être considéré comme la réduction du droit à la liberté d'expression à son usage normal ? La réponse semble positive. Deuxièmement, abus de droit et droit à l'oubli sont deux mécanismes qui trouvent leur fondement dans la jurisprudence. En l'absence de disposition légale expresse, les juges « font » la loi, considérant que ces prérogatives ont une raison d'être dès lors qu'elles sont justifiées par la bonne foi pour ce qui concerne la figure de l'abus de droit, et par le droit à la vie privée et son évolution pour ce qui concerne le droit à l'oubli.

d) La rechtsverwerking

¹⁸³⁸ Voy. par exemple P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 465 et 466, n° 488.

¹⁸³⁹ Pour de plus amples développements, voy. les références citées ci-avant ainsi que P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *op. cit.*, pp. 397 à 402, n° 10 à 20.

¹⁸⁴⁰ Sur ce concept, voy. *infra*.

358. - La *rechtsverwerking*, une théorie refusée par la Cour de cassation. L'abus de droit se distingue de la *rechtsverwerking*¹⁸⁴¹, un « concept intraduisible en français »¹⁸⁴². Cette théorie d'inspiration néerlandaise¹⁸⁴³, au fondement jurisprudentiel, est introduite en droit belge à l'occasion d'un article rédigé par Pierre Van Ommeslaghe¹⁸⁴⁴ afin de condamner la tendance jurisprudentielle visant à soutenir trop promptement l'existence de « renonciations tacites au départ d'un comportement du titulaire du droit »¹⁸⁴⁵. Pour cet auteur, la *rechtsverwerking* « implique qu'un droit puisse s'éteindre sans que cette extinction procède d'une déchéance, ou de quelque autre cause d'extinction prévue par la loi, ni d'une expression de volonté – essentiellement par suite du comportement du titulaire de ce droit »¹⁸⁴⁶. Accueillie favorablement par les juges du fond, la théorie de la *rechtsverwerking* se heurte rapidement à la jurisprudence de la Cour de cassation belge qui ne voit pas d'un bon œil l'insertion de ce dispositif dans l'ordre juridique belge. Dans un arrêt du 17 mai 1990¹⁸⁴⁷, elle précise qu'« il n'existe pas de principe général du droit selon lequel un droit objectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteurs et des tiers ». Ce raisonnement est ensuite repris dans plusieurs arrêts dont celui précité du 30 septembre 2013¹⁸⁴⁸. Cette inconciliabilité se traduit souvent par « une abstention ou [...] un manque de

¹⁸⁴¹ Pour de plus amples développements sur cette notion, voy., entre autres, G. VAN MALDEREN, N. PEETERS, « *Rechtsverwerking* », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, décembre 2015, v.3, pp. 41 à 48 ; P. BAZIER, « La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* », in P. WÉRY (coord.), *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135 à 198 ; L. CORNELIS, « *Rechtsverwerking* : een toepassing van de goede trouw ? », *T.P.R.*, 1990, pp. 545 à 644 ; S. STIJNS, « La *Rechtsverwerking* : 10 ans déjà », note sous Comm. Bruxelles, 2 juin 1988 et civ. Namur, 19 décembre 1988, *R.R.D.*, 1990, pp. 201 à 216 ; M. STORME, « *Rechtsverwerking* na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990 : nog springlevend », *R.W.*, 1990-91, col. 1073 à 1080 ; T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, op. cit., pp. 279 à 283.

¹⁸⁴² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 762, n° 844.

¹⁸⁴³ Voy. R.-J. TJITTES, *Rechtsverwerking*, 2^{ème} éd., coll. Losdelig Handboek, Deventer, Kluwer, 2007, 91 p.

¹⁸⁴⁴ P. VAN OMMEFLAGHE, « *Rechtsverwerking* en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 à 791.

¹⁸⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 763, n° 844.

¹⁸⁴⁶ P. VAN OMMEFLAGHE, « *Rechtsverwerking* en afstand van recht », op. Cit., p. 755, n° 14.

¹⁸⁴⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 ; *J.T.*, 1990, p. 442, note S. STIJNS, « La 'rechtsverwerking' : fin d'une attente (dé)raisonnable ? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990 » ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 595, note J. HEENEN, « A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire » ; *R.W.*, 1990-91, col. 1085, note E. VAN HOOYONK, « *Rechtsverwerking* na de cassatie-arresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990 : nog springlevend » ; *Res Jur. Imm.*, 1991, p. 121 ; *T. Not.*, 1990, p. 402, note ; *R.D.C.*, 1991, p. 207, note S. CNUUDE, « De *rechtsverwerking* verwerkt ? » ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 881, note P. HENRY, « R.I.P. » ; *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 283, note I. MOREAU-MARGRÈVE, « Réflexions pour un requiem » ; *J.T.*, 2018 (somm.), p. 582, note S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* ».

¹⁸⁴⁸ Outre l'arrêt du 30 septembre 2013, précité, voy. Cass. (1^{ère} ch.), 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1144 ; *Arr. Cass.*, 1997, p. 1092 ; *R.G.D.C.*, 1998, p. 250 ; *T. Not.*, 1999, p. 258 ; *R.W.*, 1999-2000, p. 707 ; Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 1993, *Bull.*, 1993, p. 777 ; *Pas.*, 1993, I, p. 777 ; *T. Not.*, 1994, p. 385 ; Cass. (1^{ère} ch.), 20 février 1992, *Bull.*, 1992, p. 549 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 530 ; *J.T.*, 1992, p. 454, note ; *Pas.*, 1992, I, p. 549 ; Cass. (1^{ère} ch.), 16 novembre 1990, *Act. dr.*, 1991, p. 202, note I. MOREAU-MARGRÈVE, « A propos de la *rechtsverwerking*, une

réaction ou d'activité dans l'exercice de son droit », ce qui crée « dans le chef de la partie adverse la *confiance légitime qu'il abandonne son droit* ou qu'il ne l'exercera pas »¹⁸⁴⁹.

Malgré ce rejet par la Cour de cassation, certains auteurs, suivis par quelques décisions¹⁸⁵⁰, inscrivent la *rechtsverwerking* comme une modalité de l'abus de droit : « [l]orsque le titulaire d'un droit le met en œuvre de façon objectivement inconciliable avec son usage normal, il ne fait rien d'autre que l'exercer de manière manifestement disproportionnée [...]. Autrement dit, un créancier manque à son devoir de modération s'il trompe manifestement la confiance légitime qu'il doit à son débiteur lors de l'exécution de la convention »¹⁸⁵¹. Confortant ce point de vue, Patrick Wéry constate que la Cour rejette la *rechtsverwerking* comme concept autonome, c'est-à-dire comme principe général de droit¹⁸⁵², mais « n'interdit, en revanche, pas aux juges de sanctionner un tel comportement en se plaçant sur le terrain de la fonction modératrice de la bonne foi et donc de l'abus de droit »¹⁸⁵³. Ce détour est en réalité suggéré par la Cour de cassation elle-même : celle-ci ajoute dans l'arrêt précité du 17 mai 1990 que « l'article 1134, alinéa 3 du Code civil consacre le principe de l'exécution de bonne foi des conventions ; [...] une partie ne viole ni cet article ni ce principe lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé ; [...] dans ces limites, le Code civil reconnaît immédiatement le droit qui lui est conféré par le contrat, en établissant les règles de la prescription extinctive »¹⁸⁵⁴. Une telle perspective de « réintégration » de la *rechtsverwerking* est confirmée plus clairement par la Cour de cassation

procession d'Echternarch ? » ; *Bull.*, 1991, p. 292 ; *J.T.*, 1991, p. 594 ; *Pas.*, 1991, I, p. 292 ; *R.W.*, 1990-91, col. 1090, note.

¹⁸⁴⁹ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 17 mai 1990, *J.T.*, 2018, p. 583, n° 3.

¹⁸⁵⁰ Voy. notamment Anvers, 15 octobre 2012, *R.G.D.C.*, 2016, p. 224 ; Gand, 6 septembre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 451.

¹⁸⁵¹ P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 2010 et Cass. (1^{ère} ch.), 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012/8, p. 395, n° 7. L'auteur se réfère notamment à M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1984, pp. 185 et 186, n° 45 ; S. STIJNS, « La 'rechtsverwerking' : fin d'une attente (dé)raisonnable ? », *J.T.*, 1990/24, p. 690 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources – Chroniques de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1996/33, pp. 705 et 706, n° 43 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t° III, p. 2214, n° 1619.

¹⁸⁵² S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, p. 583, n° 2.

¹⁸⁵³ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, *op. cit.*, p. 764, n° 845. Voy. aussi S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Les obligations : les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *op. cit.*, pp. 705 et s.

¹⁸⁵⁴ Sophie Stijns écrit cependant, à propos de cet arrêt du 17 mai 1990, que « ce l'on n'a peut-être pas retenu, c'est que l'arrêt avait aussi formulé clairement une réserve pour le cas d'un abus de droit » (S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, p. 583, n° 2). Elle semble dès lors ne pas totalement partager l'interprétation proposée par Patrick Wéry.

dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2010¹⁸⁵⁵. Le sommaire de cette décision précise que « [l']abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas notamment lorsque le préjudice causé [...] est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. [...] En rejetant la demande de dommages et intérêts de la demanderesse sur la base de l'abus de droit, les juges d'appel ne méconnaissent ni la force obligatoire des conventions conclues entre parties, ni l'article 1134 C.civ. Le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause. En l'espèce, il doit être tenu compte du fait qu'il n'y a durant dix ans, pas eu le moindre avertissement [...], ce qui a pour conséquence qu'il y est question de 'rechtsverwerking' »¹⁸⁵⁶. La doctrine y a vu une consécration implicite de la *rechtserverwerking*, une sorte de réhabilitation de ce principe par la Cour de cassation : Sophie Stijns écrit à cet égard que « [c]e concept a trouvé le chemin de la reconstruction, le chemin de la raison et du raisonnable, celui de la théorie qui interdit l'abus de droit »¹⁸⁵⁷. Lorsqu'elle s'appréhende comme un élément de l'abus de droit, la *rechtsverwerking* est alors sanctionnée à l'instar de cet abus : il y a réduction à un usage normal ou réparation du dommage engendré par l'abus de droit (voy. *supra*).

359. - La rechtsverwerking et le droit à l'oubli d'informations journalistiques. La figure de la *rechtsverwerking* bien que refusée au départ par la Cour de cassation semble être réactivée comme une modalité particulière de l'abus de droit (voy. *supra*).

¹⁸⁵⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN, S. STIJNS, « Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik? » ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER, « Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit » ; *R.D.C.*, 2011/1, p. 77 (sommaire). Voy. aussi le bref commentaire proposé par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 765 et 766, n° 846 et 847. Voy. enfin une décision plus ancienne qui semble déjà amorcer l'approche retenue le 1^{er} octobre 2010, Cass. 20 octobre 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 1661.

¹⁸⁵⁶ Paradoxalement, alors que le sommaire évoque l'abus de droit, tel n'est pas le cas dans l'arrêt de la Cour de cassation. Pour des décisions adoptées suite à cet arrêt, voy. notamment Cass. (1^{ère} ch.), 2 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 462, note F. GLANSDORFF, « Sanction de l'abus de droit : réduction ou privation du droit ? » ; Gand, 8 octobre 2014, *N.j.W.*, 2015/333, p. 919, note P. BRULEZ, « Rechtsverwerking » ; Cass. (1^{ère} ch.), 6 janvier 2011, *Arr. Cass.*, 2011/1, p. 41 ; *Pas.*, 2011/1, p. 44 ; *R.G.D.C.*, 2012/8, p. 388, note P. BAZIER, « Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit » ; *T.B.O.*, 2011/3, p. 109 ; Cass. (1^{ère} ch.), 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; *Act. dr. fam.*, 2012/7, p. 156, note A. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et abus de droit », *Arr. Cass.*, 2010/10, p. 2507 ; *DAOR*, 2012/101, p. 17, note J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 » ; *Not. fisc. M.*, 2014/10, p. 263, note E. ALOFS, « De conventionele uitkering na echtscheiding: durus consensus, sed consensus ? » ; *R.A.B.G.*, 2011/13, p. 902 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1209.

¹⁸⁵⁷ S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », op. cit., p. 587, n° 10.

e) Le terme et la condition

360. - Les conséquences juridiques d'un événement futur. Le terme et la condition sont des modalités des conventions décidées par les parties. Celles-ci décident de faire dépendre l'exigibilité ou l'extinction d'un droit à la survenance d'un événement futur et certain, pour ce qui concerne le terme, futur et incertain, pour ce qui concerne la condition¹⁸⁵⁸.

Le terme¹⁸⁵⁹ est régi par les articles 1185 à 1188 du Code civil. Cette modalité d'une obligation¹⁸⁶⁰ se définit comme « une manière d'être accidentelle, de l'obligation, qui a pour effet de suspendre soit l'exécution, soit l'extinction de celle-ci jusqu'à un moment déterminé ou jusqu'à la survenance d'un événement futur de réalisation certaine, de telle façon que l'exécution ou l'extinction ainsi suspendues ne rétroagissent pas »¹⁸⁶¹. La définition proposée laisse entrevoir l'existence de deux types de terme : le premier est suspensif, le second est extinctif. Le terme suspensif est le seul visé par les articles précités du Code civil. Il laisse en suspens l'exigibilité d'une obligation. Le terme extinctif, qui ne fait pas l'objet de disposition légale dans le Code civil, a pour effet d'éteindre une obligation. L'élément déclencheur est un événement futur et certain, déterminé ou non, mais dont sa réalisation est inéluctable.

Quant à la condition¹⁸⁶², l'article 1168 du Code civil indique qu'une « obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement

¹⁸⁵⁸ Sur cette distinction, voy. notamment Cass. (1^{ère} ch.), 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011/11, p. 2514 ; *R.W.*, 2012-13, p. 501, note de B. VAN DEN BERGH, « De syndicus als procespartij : een orgaan is geen (gewone) lasthebber » ; *R.C.D.I.*, 2013/1, p. 21 ; *R.G.D.C.*, 2013/1, p. 31, note de J. DEL CORRAL, « De syndicus en de tegenvordering: wat mag en wat kan ? » ; *R.D.C.*, 2012/3, p. 313 ; *T.B.O.*, 2012/3, p. 111 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012/3, p. 173.

¹⁸⁵⁹ Pour de plus larges développements, voy. notamment M. DE MAN, *De verbintenisrechterlijke tijdsbepaling*, coll. *Recht en onderneming*, Brugge, Die Keure, 2013, 719 p.; M. DE MAN, « Opschortende en uitdovende tijdsbepalingen » in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A.-L. VERBEKE (dir.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, vol. I, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 533 à 572.

¹⁸⁶⁰ Voy. cependant les réticences de Patrick Wéry à ce propos, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 310 et 311, n° 307. L'auteur écrit que « [c]ette approche est trop étroite. Il n'est, en effet, pas rare que le terme soit la modalité d'un acte juridique, tel un contrat [...]. Par ailleurs, un terme extinctif peut assortir certains droits réels [...] ».

¹⁸⁶¹ E. VIEUJEAN, *Droit civil*, t° IV, *Le terme de droit suspensif*, voll. II, coll. *Les Nouvelles*, Bruxelles, Bruylant, 1958, p. 481, cité par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., p. 310, n° 306.

¹⁸⁶² Pour des études plus conséquentes, voy., parmi d'autres, M. BERLINGIN, M. DUPONT, « Le contrat soumis à condition suspensive », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, coll. *Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9 à 48 ; R. JAFFERALI, *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, coll. de l'Unité de droit économique de l'ULB, Bruxelles, Larcier, 2011, 312 p. ; J. ACOLTY, C. EYBEN, « La condition suspensive et la condition résolutoire (C. civ., art. 1168 à 1184) », in *Droit des obligations*, coll. *Recyclage en droit*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 161 à 213.

arrivera ou n'arrivera pas ». Cette définition légale n'est cependant pas tout à fait satisfaisante. Premièrement, à l'instar du terme, la condition suspend l'exigibilité d'une obligation et non l'engagement lui-même¹⁸⁶³. Le contrat existe, seule l'exigibilité de l'obligation est suspendue à la survenance d'un événement. Deuxièmement, le verbe « résilier » est utilisé à mauvais escient : la survenance de l'événement résout l'obligation. La résolution implique en effet une disparition avec effet rétroactif, ce que ne comprend pas la résiliation. Comme pour le terme, la condition est dite suspensive ou résolutoire. A la différence du terme, l'événement dont dépend l'exigibilité ou la résolution est futur et incertain.

361. - Les effets de ces modalités. L'écoulement du temps et la survenance de l'événement emportent des conséquences juridiques.

Le terme se caractérise par la certitude de la survenance de l'événement. Dès lors qu'il se réalise, il emporte des conséquences concrètes. En ce qui concerne le terme suspensif, tant que l'événement ne s'est pas réalisé, l'exécution de l'obligation – qui existe dès le départ – ne peut être exigée (article 1185 du Code civil). Des droits existent d'ores et déjà avant la survenance du terme durant tout le laps de temps entre la conclusion de la convention qui crée les obligations assorties d'un terme et la survenance de l'événement futur et certain¹⁸⁶⁴. Lorsque l'événement intervient, la dette est immédiatement exigible, avec l'ensemble des conséquences – notamment de nature contractuelle en cas d'inexécution – que cela emporte. Quant au terme extinctif, il procède d'une logique légèrement différente dès lors que l'obligation est exécutée jusqu'à la survenance de l'événement, celui-ci ayant pour conséquence l'extinction pure et simple de l'obligation, sans effet rétroactif.

Les effets de la condition sont multiples et différents selon qu'ils ont lieu avant la réalisation de la condition, après celle-ci ou dans l'hypothèse où l'événement futur et incertain ne se réalise pas. Sans entrer dans les détails, pour ce qui concerne la condition suspensive, on peut indiquer qu'avant la réalisation, l'obligation existe mais ne doit pas être exécutée¹⁸⁶⁵. Seule

¹⁸⁶³ Sur la condition suspensive, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, coll. de la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 323 à 422, n°163 à 208

¹⁸⁶⁴ A ce propos, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, op. cit., pp. 316 à 322, n° 321 à 325.

¹⁸⁶⁵ Avant un revirement jurisprudentiel, on considérait que la condition suspensive affectait la naissance de l'obligation. Depuis 1981, la Cour de cassation soutient cependant que l'obligation existe bel et bien, et que seule son exécution est suspendue. Voy. Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. DIEUX « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée » ; *J.T.*, 1982, p. 344 ; *Limb. Rechtsl.*, 1981, p. 109 ; *Pas.*, 1981, I, p. 1149 ; *R.C.J.B.*, 1999, note J. HERBOTS, « Contrat sous condition

l'exigibilité de l'obligation est mise en suspens, le contrat sortant déjà divers effets dès sa création¹⁸⁶⁶. Lors de la réalisation, l'obligation doit alors être pleinement et totalement exécutée. L'article 1179 du Code civil indique que « [l]a condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. [...] ». Il y a là une fiction qui veut que l'obligation est, dès le départ, pure et simple¹⁸⁶⁷. Dès lors que la réalisation de la condition est incertaine, il faut envisager les cas où l'événement futur et incertain n'intervient pas. Les articles 1176 et 1177 du Code civil portent sur cette circonstance particulière. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 juin 1981, énonce que « lorsque la condition est défaillie, la convention cesse sans doute d'exister et l'obligation contractée sous condition ne devra jamais être exécutée »¹⁸⁶⁸. En ce qui concerne la condition résolutoire, avant la réalisation, l'obligation existe sans qu'il puisse y avoir des obstacles à son exécution : elle est due purement et simplement ; l'existence de la condition ne devant avoir aucun impact sur le contrat et ses effets¹⁸⁶⁹. Lorsque l'événement futur et incertain se réalise, l'obligation disparaît, emportant des effets *ex tunc*. Cet effet rétroactif est mentionné à l'article 1183 du Code civil qui indique que « [l]a condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ». La survenance de l'événement a pour conséquence la résolution, celle-ci opérant de plein droit¹⁸⁷⁰. Dès lors que l'effet est rétroactif, les parties sont amenées à restituer ce qui aurait déjà été presté, afin que chacune soit remise dans l'état dans lequel elle était avant la conclusion de la convention assortie d'une condition résolutoire¹⁸⁷¹. Dans l'hypothèse où la condition est défaillie, c'est-à-dire ne se réalise pas, le

suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie 'pendente conditione' » ; *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 387 ; *R.W.*, 1981-82, col. 250.

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite : Cass., 15 mai 1986, *J.T.*, 1987, p. 4 ; *Pas.*, 1986, I, p. 1123 ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, note P. GÉRARD, « Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive ? » ; *Rec. gén. enr. not.*, 1992, p. 175.

¹⁸⁶⁶ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, *op. cit.*, pp. 358 à 372, n° 367 à 380.

¹⁸⁶⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, *op. cit.*, p. 366, n° 374.

¹⁸⁶⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 5 juin 1981, *Bull.*, 1981, p. 1149 ; *Limb. rechtsl.*, 1981, p. 109 ; *Pas.*, 1981, I, p. 1149 ; *R.W.*, 1981-1982, p. 250 ; *J.T.*, 1982, p. 344 ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, note J. HERBOTS, « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie 'pendente conditione' » ; *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. DIEUX, « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus, avec une autorité publique subordonnée ».

¹⁸⁶⁹ J. ACOLTY, C. EYBEN, « La condition suspensive et la condition résolutoire (art. 1168 à 1184, C. civ.) », *op. cit.*, p. 201, n° 105.

¹⁸⁷⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, *op. cit.*, p. 375, n° 385.

¹⁸⁷¹ Sur la restitution, voy. J. ACOLTY, C. EYBEN, « La condition suspensive et la condition résolutoire (art. 1168 à 1184, C. civ.) », *op. cit.*, pp. 208 à 213, n° 135 à 145.

contrat et les obligations qui en découlent sont définitivement consolidés et « deviennent purs et simples »¹⁸⁷². Henri De Page énonce à cet égard que « l'exercice du droit qui, par suite de la menace de la condition résolutoire, était amoindri en une certaine mesure dans le chef de l'acquéreur-débiteur conditionnel, ne subit plus aucune restriction. Il est complet et à titre définitif »¹⁸⁷³.

362. - Une particularité : la grâce sous condition. Il est étonnant, dans le cadre d'une analyse des modalités des conventions en droit privé de s'intéresser à la grâce qui est un mécanisme de droit pénal – et donc de droit public. Il importe cependant de proposer de brèves considérations sur ce que l'on appelle la grâce sous condition, faisant le lien entre ces deux mécanismes¹⁸⁷⁴.

Lorsqu'elle est octroyée, la grâce peut l'être sous condition résolutoire ou suspensive. Dès lors, non seulement, la grâce implique l'idée du pardon, de clémence et d'oubli, mais une dimension temporelle y est ajoutée. L'écoulement du temps, jusqu'à la survenance d'un événement futur et incertain, conditionne la mesure de grâce. Dans le cas d'une condition résolutoire, la grâce existe mais peut être révoquée. Ainsi, « [l]a condition est résolutoire lorsqu'elle impose au condamné, pendant un temps déterminé, l'abstention d'accomplir un acte (la commission d'une autre infraction, par exemple). L'arrêt de condamnation n'est pas exécuté aussi longtemps que le condamné ne transgresse pas l'interdiction qui lui est faite de poser cet acte. S'il la transgresse, la grâce est révoquée et la condamnation devient effective. S'il ne la transgresse pas, la grâce devient irrévocable. Une grâce assortie d'une condition résolutoire s'apparente à une condamnation assortie d'un sursis à exécution »¹⁸⁷⁵. Lorsque la condition est en revanche suspensive, la grâce n'est pas d'application tant que l'événement futur et incertain n'est pas survenu. Par exemple, la grâce est suspendue au fait que le condamné exécute une prestation déterminée, telle que pourvoir à l'indemnisation de sa victime¹⁸⁷⁶.

363. - Le terme, la condition et le droit à l'oubli. Assortir un terme ou une condition à une obligation, voire même à une convention, aboutit à inscrire ladite obligation ou ledit contrat dans une certaine temporalité. Ce qui est conclu au départ peut être modifié lors de la

¹⁸⁷² *Ibidem*, p. 207, n° 134.

¹⁸⁷³ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° I, *op. cit.*, p. 219.

¹⁸⁷⁴ *Voy. infra*.

¹⁸⁷⁵ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁷⁶ *Ibidem*.

survenance d'un événement futur et certain pour le terme, futur et incertain pour la condition. Ce qui distingue ces modalités d'obligations des autres formes de droit analysées, c'est que le facteur temporel est indissociablement lié à la survenance d'un événement. Le temps n'est pas seul à faire son œuvre, il est couplé au fait qu'intervienne un événement prévu ou non. Il n'est pas question, ici, de faire un parallèle entre ces modalités et le droit à l'oubli, simplement de démontrer l'impact que le temps, couplé à un événement, peut avoir sur l'exigibilité ou l'existence d'une obligation ou d'un contrat.

2. L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit de la procédure : la péremption d'instance¹⁸⁷⁷

364. - Une théorie étrange et controversée. Selon cette théorie, « celui qui néglige pendant plus de dix années de diligenter une procédure judiciaire qu'il a initiée perdrait le droit de la poursuivre, comme d'en introduire une nouvelle ayant le même objet »¹⁸⁷⁸. Pour Thierry Delahaye, la péremption d'instance est « une forme de prescription qui détruit ou annule une procédure civile en cas de discontinuation des poursuites durant un temps déterminé. La sanction frappe la procédure judiciaire lorsque, dans un délai déterminé, une partie s'est abstenue d'accomplir les diligences qui lui incombent »¹⁸⁷⁹. La controverse liée à cette théorie tient du fait, non seulement, qu'elle n'est fondée sur aucune disposition législative, mais aussi – voire surtout – que le législateur semble s'opposer à une telle péremption de l'instance.

Il est cependant possible de trouver des traces de cette théorie dans plusieurs dispositions de l'ancien Code de procédure civile. Son article 397 indique que « [t]oute instance, encore qu'il n'y ait pas eu constitution avouée, sera éteinte par discontinuation des poursuites pendant trois ans ». Deux autres dispositions visent cette péremption : premièrement, l'article 399 qui précise qu'elle « n'aura pas lieu de plein droit » et, deuxièmement, l'article 401 qui stipule que « [l]a péremption n'éteint pas l'action ; elle comporte seulement extinction de la procédure,

¹⁸⁷⁷ Il apparaît intéressant de rapprocher la péremption d'instance du mécanisme analysé précédemment, la prescription. Le recours à l'écoulement du temps, élément que l'on retrouve dans ces deux figures juridiques, n'est cependant pas justifié identiquement.

¹⁸⁷⁸ M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, [...], *op. cit.*, p. 68. Voy. sur ce sujet, T. DELAHAYE, « Péremption et prescription du lien d'instance », obs. sous Comm. Bruxelles, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1306 à 1311 ; M. MARCHANDISE, « A propos d'une prescription qui n'est pas : la péremption de l'instance », *J.T.*, 2013/8, pp. 129 à 135.

¹⁸⁷⁹ T. DELAHAYE, « Péremption et prescription du lien d'instance », *op. cit.*, p. 1306, n° 2.

sans qu'on puisse, dans aucun cas, opposer aucun des actes de la procédure éteinte ni s'en prévaloir ». Ces articles sont cependant abrogés en 1936¹⁸⁸⁰, de sorte que la péremption d'instance est, depuis, orpheline de tout fondement législatif¹⁸⁸¹. Malgré cette abrogation, et malgré l'existence de l'article 2244, alinéa 2 du Code civil qui précise qu'une « citation en justice interrompt la prescription jusqu'au prononcé d'une décision définitive »¹⁸⁸² – et qui semble clairement éviter la résurgence de cette péremption –, la controverse¹⁸⁸³ perdure jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2013. Ce dernier énonce que « [l]a prescription est un mode d'extinction de l'action résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi. Aux termes de l'article 2244, alinéa 1^{er}, du Code civil, une citation en justice, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile. Lorsqu'une citation en justice interrompt la prescription en vertu de cette disposition, l'interruption, sauf disposition légale dérogatoire qui n'existe pas en l'espèce, se prolonge, comme le précise actuellement le deuxième alinéa dudit article 2244, jusqu'à la prononciation de la décision mettant fin au litige. En considérant que l'absence d'acte de la procédure accompli par le demandeur dans le délai de la prescription de l'action que la citation en justice a eu pour effet d'interrompre entraîne la prescription du lien d'instance noué entre les parties et en disant pour ce motif 'la demande atteinte par la prescription du lien d'instance', l'arrêt viole l'article 2244 du Code civil »¹⁸⁸⁴.

En droit français, l'institution existe toujours¹⁸⁸⁵. Le code de procédure civile français précise, en son article 386, que « [l]'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans ».

365. - La péremption d'instance face à la péremption d'information. L'inaction dans le cadre d'une procédure civile aboutit à la péremption de l'instance. Tel est en somme l'une des

¹⁸⁸⁰ Arrêté royal n° 300 du 30 mars 1936 portant modification de diverses dispositions sur la procédure en matière civile et commerciale, *M.B.*, 7 avril 1936, p. 2330.

¹⁸⁸¹ En France, cette péremption d'instance existe toujours. Voy. les articles 385 et s. du Code de procédure civile français.

¹⁸⁸² Cet alinéa est ajouté à l'article 2244 en 2008 (article 2 de la loi du 25 juillet 2008 modifiant le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat en vue d'interrompre la prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, *M.B.*, 22 août 2008, p. 44142.

¹⁸⁸³ Voy. les références jurisprudentielles controversées citées par J.-P. GOBIET, « La prescription », *Obligations. Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 16, note 6.

¹⁸⁸⁴ Cass. (3^{ème} ch.), 18 mars 2013, *Arr. Cass.*, 2013/3, p. 777 ; *J.T.*, 2013, p. 343 ; *J.L.M.B.*, 2013/17, p. 922 ; *J.T.T.*, 2013, p. 259 ; *Pas.*, 2013/3, p. 723 ; *Chron. D.S.*, 2014/2, p. 89.

¹⁸⁸⁵ Articles 386 à 393 du Code de procédure civile français.

philosophies que l'on retrouve dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : l'inaction de la part de la personne visée par des informations, c'est-à-dire son absence de la sphère médiatique et/ou de l'actualité, devrait aboutir à une péremption des informations publiées à son sujet à un moment donné. Cette date de péremption pour des informations a notamment fait l'objet de débats dans le cadre de la réglementation sur le droit à la protection des données à caractère personnel (voy. *infra*). A nouveau, le mécanisme de la péremption, même s'il n'est plus d'application en Belgique, témoigne du fait que l'écoulement du temps couplé à une période d'inactivité dans le cadre d'une instance, crée des conséquences juridiques, en l'espèce la perte de la possibilité de pouvoir revendiquer des droits en justice. L'écoulement du temps pourrait donc permettre que des informations soient à nouveau couvertes par la protection de la vie privée ou, en cas de nouvelle divulgation, pourrait aboutir à conférer un droit au bénéfice de la personne visée pour tenter de baliser cette nouvelle communication, le droit à l'oubli d'informations journalistiques.

3. L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit pénal

366. - Le temps dans le droit pénal. Le droit pénal est lui aussi caractérisé par le phénomène du temps qui passe. Cependant, à la différence du droit civil, l'écoulement du temps n'a pas vocation à créer ou modifier des droits et/ou des obligations. Il s'inscrit plus généralement dans une dimension de pardon, de clémence ou d'oubli. Le temps permet d'atténuer, de masquer, voire d'effacer les condamnations pénales. L'analyse des figures juridiques pertinentes a été proposée dans la première partie de cette étude, lors de l'examen des mécanismes de droit présentant une dimension d'oubli (voy. *supra*).

C. L'écoulement du temps comme critère du droit à l'oubli

367. - Un critère établi par la jurisprudence belge. Outre la jurisprudence européenne visée ci-avant, la jurisprudence belge qui a consacré l'existence du droit à l'oubli prend en compte cet écoulement du temps entre la première divulgation licite de l'information et sa redivulgation. Il faut que cet espace temps soit suffisamment long pour que la nouvelle divulgation ne s'inscrive pas dans la continuité de la première, auquel cas l'actualité pourrait toujours justifier la diffusion des informations. Dans l'une des affaires belges, le critère a été

légèrement amendé afin qu'il puisse s'inscrire dans le cadre du rappel des faits déduit de l'intégration d'informations dans des archives numériques. Ainsi, il ne s'agit pas de considérer le temps entre deux divulgations mais bien « entre la première diffusion de l'article, peu importe son support, et la demande d'anonymisation »¹⁸⁸⁶. Elise Defreyne justifie ceci en soutenant que « l'archivage d'un article n'est pas à proprement parler un rappel des faits puisqu'il s'agit toujours du même article »¹⁸⁸⁷. Cette adaptation propre à la problématique de l'oubli dans les archives numériques doit être confirmée. Selon que le droit à l'oubli soit revendiqué dans le cadre d'une redivulgaration « réelle » ou dans le cadre du maintien en ligne d'informations, le point d'arrivée du délai n'est donc pas identique. Il s'agit bien, dans cette dernière hypothèse, de la première demande d'anonymisation faite auprès de l'éditeur d'un site web.

368. - Un critère qui n'est pas dénué de sens. Ces considérations juridiques du temps et du droit s'inscrivent pleinement dans l'analyse des formes juridiques de l'oubli et de la balance des intérêts qui en découle¹⁸⁸⁸. Des auteurs indiquent « that 'time' is an essential element to understand and manage information persistence in the digital world »¹⁸⁸⁹. Internet et la sauvegarde quasiment généralisée de nombreuses informations modifient profondément la temporalité traditionnelle, impliquant une remise en question des liens entre le passé, le présent et le futur¹⁸⁹⁰. La distinction entre ces espaces temps s'est complexifiée, les barrières entre ces périodes qui jadis semblaient bien définies ne le sont plus clairement. Le passé s'invite continuellement dans le présent, voire dans le futur. Le présent semble s'inscrire désormais dans un temps très court, coincé entre un passé pesant et un futur à dessiner. Plus que jamais, le droit tente – parfois vainement – de redessiner ces frontières, à la fois étanches et poreuses. A travers différentes figures juridiques, il tente de trouver un équilibre entre ces deux états.

Les développements proposés relatif à l'écoulement du temps ont un objectif clair : illustrer le fait que le droit, dans plusieurs figures juridiques, admet que le temps qui passe puisse avoir des conséquences juridiques particulières. Henri Bergson écrit déjà en 1934 dans son ouvrage *La pensée et le mouvant* que le droit a notamment pour fonction de corriger « les effets indésirables » du temps et, par conséquent, de créer un temps juridique, détaché du temps

¹⁸⁸⁶ Voy. les propos d'E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli numérique et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸⁸ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, *op. cit.*, pp. 2 et 3/31.

¹⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 3/31.

¹⁸⁹⁰ A ce propos, voy. *supra*, et *infra*.

réel¹⁸⁹¹. La divulgation de la vie privée dévoilée en un temps parce que justifiée notamment par l'actualité ou l'intérêt général peut aboutir à créer de tels effets indésirables que le droit à l'oubli cherche à tempérer. Imaginer et baliser un droit à l'oubli pour les informations journalistiques s'inscrit *in fine* dans cette fonction du droit. Il n'est dès lors pas dénué de sens de vouloir attacher à la divulgation d'informations des effets juridiques inscrits dans une temporalité distincte de celle de la première divulgation licite.

369. - Vers un délai clairement fixé ? Le temps qui s'écoule doit permettre à l'oubli de se « juridiciser ». Il est évidemment difficile de pouvoir indiquer une période moyenne au-delà de laquelle la condition de l'écoulement du temps serait d'office respectée. Les juridictions belges ont admis le droit à l'oubli notamment pour des périodes de dix ou seize années¹⁸⁹². Ce que l'on pourrait considérer comme étant une péremption d'informations ne peut être automatiquement accordé à la fin d'un certain délai.

Un tel mécanisme a été proposé dans des textes législatifs belges qui n'ont cependant pas abouti. Deux propositions ont en effet souhaité compléter l'article 587 du Code judiciaire en vue d'élargir la compétence du président du tribunal de première instance, agissant comme en référé, face à une diffusion ou une publication d'une image ou d'un texte entraînant la violation inutile du droit à l'oubli des personnes condamnées depuis plus de six mois¹⁸⁹³. Le délai est donc clairement indiqué, laissant un délai de six mois à la presse pour diffuser et publier des informations sans violer le droit à l'oubli. Passé ce délai, cette même diffusion ou publication engendre le risque, pour la presse, de se voir condamné en référé par une ordonnance du président du tribunal de première instance.

¹⁸⁹¹ H. BERGSON, *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, op. cit., p. 4, cité par T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, op. cit., pp. 12 et 13.

¹⁸⁹² Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net » ; civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182 ; Liège (20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note ; civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

¹⁸⁹³ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001.

Un tel procédé ne paraît cependant pas adéquat. Imposer un délai faisant fi des éléments contextuels inhérents à chaque procédure judiciaire ne peut être une solution admissible. C'est en fonction des circonstances et de l'ampleur de chaque affaire qu'un délai doit pouvoir être déterminé. Les autorités chargées de se prononcer sur les demandes d'oubli ont donc un rôle important à jouer dans la détermination, pour chaque cas d'espèce, en fonction des circonstances particulières et des critères mis en lumière dans cette thèse, d'un délai suffisant ou non pour que l'oubli puisse être mis en œuvre.

§ 4. La personne visée par l'information : la titularité du droit à l'oubli d'informations journalistiques

370. - La structure des développements. L'analyse du droit à l'oubli d'informations journalistiques impliquent deux divulgations de l'information. Le laps de temps entre celles-ci est un des critères qui permet aux autorités d'accorder ou non l'oubli. Un autre élément à mettre dans la balance des intérêts concerne la personne visée par l'information rappelée et son éventuel statut particulier. Autrement dit, il est intéressant de savoir qui revendique son droit à l'oubli d'informations journalistiques. D'autres critères seront encore analysés : le type d'information rappelée (§ 5) ; la justification du rappel par l'actualité des informations (§ 6) ; la prise en compte d'un devoir de mémoire (§ 7) ; la prise en compte de la resocialisation de la personne visée par les informations (§ 8) ; le comportement antérieur de la personne visée par les informations (§ 9, A.) ; le consentement de la personne visée par les informations (§ 9, B.) ; et enfin le type de médias rappelant les informations (§ 9, C.).

371. - Introduction. La qualité de la personne visée par les informations diffusées doit être prise en compte lors de la mise en balance des intérêts en jeu. Il s'agit là d'un élément récurrent dans les numéros d'équilibrisme dont les juridictions font œuvre lorsqu'elles sont confrontées à un conflit entre la liberté d'expression, d'une part, et la vie privée, d'autre part. C'est dès lors tout naturellement que, dans le cadre des premières décisions rendues en matière d'oubli d'informations journalistiques, les juges – belges mais aussi européens – ont intégré cet élément dans leur analyse. Sommairement, il est traditionnellement fait une distinction entre les personnages publics et les personnes privées, les premiers devant accepter davantage d'atteinte dans leur droit à la vie privée compte tenu de ce caractère public. Vu sous le prisme des personnes privées, ces dernières disposent donc d'une protection plus large de leur droit à la

vie privée. La distinction entre ces deux types de personnalité est essentiellement forgée par la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme. La lecture de ces décisions amène à proposer quelques développements relatifs à la qualité de la personne visée, cette dernière déterminant *in fine* la titularité du droit à obtenir l'oubli d'informations journalistiques. Autrement dit encore, les développements proposés déterminent quel(s) profil(s) a (ont) plus ou moins de chances d'obtenir cet oubli.

L'analyse projetée propose de revenir sur la distinction classique entre homme public et *quidam* (C.). Tout naturellement en effet, lorsqu'il est question d'aborder la vie privée, l'on pense aux individus, personnes physiques. Cela étant, il paraît difficile de ne pas s'interroger aussi sur la reconnaissance de ce droit aux personnes morales (A.). La question est importante dès lors qu'elle permettrait d'aboutir à la conclusion que des personnes morales (associations, entreprises, fondations, etc.) peuvent revendiquer, elles-aussi, l'oubli d'informations journalistiques. Cette question semble devoir être préalablement abordée. En effet, si un droit à la protection de la vie privée est reconnu aux personnes morales, il y a lieu alors de s'interroger ensuite sur l'éventualité de pouvoir considérer des personnes morales « publique », ceci s'intégrant alors dans la première distinction entre personne privée et personne publique. Enfin, et afin d'envisager l'ensemble des possibilités, quelques développements seront proposés sur l'éventuelle protection de la vie privée, et donc de l'oubli, de personnes décédées (B.).

A. Personnes physiques et/ou personnes morales

372. - Introduction : qu'est-ce qu'une personne morale ? Déterminer ce qu'est une personne physique ne pose *a priori* aucune difficulté. Déterminer ce qu'est une personne morale pourrait en poser davantage. Dès lors, il y a lieu de définir cette notion. Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, une personne morale s'entend d'un « [g]roupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète », un « sujet de droit fictif qui sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation, est soumis à un régime variable, notamment selon qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé ou d'une personne

morale de droit public »¹⁸⁹⁴. D'autres l'entendent comme « des réunions de personnes physiques (ou morales) formant des *entités susceptibles d'être destinataires de normes* »¹⁸⁹⁵.

Comme évoqué par Gérard Cornu, il existe deux types de personnes morales : celles dites « de droit privé » et celles « de droit public ». Constitue la première catégorie, l'ensemble des entreprises privées, quelle que soit leur dénomination juridique précise, ainsi que les associations à but non lucratif actives dans divers domaines. Les organisations non gouvernementales entrent dans cette catégorie¹⁸⁹⁶. Quant aux personnes morales de droit public, il s'agit de l'Etat et ses différentes composantes, ainsi que des établissements publics. Créées par ou en vertu d'un acte législatif¹⁸⁹⁷, les personnes morales de droit public sont, selon le Professeur Yves Lejeune, caractérisées par trois éléments : il n'existe « pas de liberté d'affiliation des particuliers (appartenance obligatoire à la collectivité publique) » ; elles sont en « possession de prérogatives de puissance publique », ceci impliquant le « pouvoir de prendre des mesures obligatoires et exécutoires à l'égard des tiers », ce pouvoir étant « confié à des autorités publiques (qui sont les organes de la personne morale de droit public) » et « attribué dans un domaine particulier de compétence » ; elles sont enfin soumises « à des sujétions plus importantes que celles qui sont imposées aux particuliers et aux personnes morales de droit privé », ceci impliquant qu'elles ne doivent servir « que l'intérêt général »¹⁸⁹⁸ et que des règles de droit « conditionnent la légalité de ses actes et de ses comportements de manière beaucoup plus stricte que celles que les personnes morales de droit privé doivent respecter »¹⁸⁹⁹.

1. Faut-il reconnaître aux personnes morales un droit à la protection de leur vie privée ?

¹⁸⁹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2016, v° *Personne morale*.

¹⁸⁹⁵ H. KOUAMÉ KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, t° 2, *Réalisme et activisme du juge européen*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 65. L'auteur reprend la définition de L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2009, p. 111.

¹⁸⁹⁶ La précision est importante notamment pour la suite du raisonnement proposée. Voy., *infra*.

¹⁸⁹⁷ Y. LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'Etat*, coll. *Pratique du droit*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 4, n° 3.

¹⁸⁹⁸ En ce sens, voy. notamment C.c., 21 février 2007, n° 31/2007 ; C.c., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.2.

¹⁸⁹⁹ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, coll. *Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 44, n° 28 ; Y. LEJEUNE, *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 10 à 13, n° 6 et 7.

373. - La vie privée des personnes morales. Dans le cadre de la présente thèse, il importe de développer plus largement les considérations propres à la reconnaissance du droit à la vie privée des personnes morales. En effet, comme évoqué ci-avant (voy. *supra*), le fondement de l'oubli d'informations journalistiques s'inscrit dans le *corpus* de règles relatif au droit à la vie privée. Par conséquent, les personnes morales pourraient jouir du bénéfice de cet oubli pour autant qu'une protection de leur vie privée leur soit reconnue.

Une nouvelle fois, à défaut de précision dans les textes¹⁹⁰⁰, la jurisprudence a été le moteur de la reconnaissance des composantes du droit à la vie privée au profit des personnes morales, procédant souvent via le principe de l'assimilation de ces dernières aux personnes physiques. Globalement, il n'y a pas de doute sur la reconnaissance de la protection du droit au respect de la vie privée pour les personnes morales. Cela étant, « [r]econnaître que les personnes morales bénéficient aussi de la protection de ces droits ne signifie toutefois pas que la Cour reconnaîtrait que les personnes morales ont aussi une vie privée »¹⁹⁰¹. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de le mentionner : « [t]he applicant association is therefore [...] not wholly deprived of the protection of Article 8 by the mere fact that it is a legal person. While it may be open to doubt whether, being such a person, it can have a “private life” within the meaning of that provision, it can be said that its mail and other communications, which are in issue in the present case, are covered by the notion of “correspondence” which applies equally to communications originating from private and business premises »¹⁹⁰².

Plusieurs composantes du droit à la vie privée au sens large ont été reconnus aux personnes morales, les juridictions européennes mettant en œuvre une assimilation des personnes morales aux personnes physiques. Ainsi, les locaux professionnels bénéficient, à

¹⁹⁰⁰ Mentionnons cependant deux dispositions qui consacrent brièvement la protection du droit à la vie privée des personnes morales : l'article 309 du Code pénal qu'est puni « [c]elui qui aura méchamment ou frauduleusement communiqué des secrets de la fabrique dans laquelle il a été ou est encore employé », et l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet sur le contrat de travail (*M.B.*, 22 août 1978, p. 9277) qui indique que le travailleur a l'obligation « de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci : a) d'obtenir, d'utiliser ou de divulguer de manière illicite, au sens de l'article XI.332/4 du Code de droit économique, un secret d'affaires au sens de l'article I.17/1, 1°, du même Code, dont il peut avoir connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ainsi que de divulguer le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle ; b) de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence déloyale ». A ce propos, voy. J.-P. BUYLE, « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 à 132.

¹⁹⁰¹ S. DE RAEDT, « La portée du droit au respect de la vie privée et le droit de visite de l'administration fiscale – L'importance de l'arrêt *Bernh Larsen* nuancée », *Revue générale du contentieux fiscal*, 2015/3, p. 159.

¹⁹⁰² Cour eur. D.H., 28 juin 2007, *Association for European Integration and Human Rights & Ekimdzhiiev c. Bulgarie*, req. 62540/00, § 60.

l'instar du domicile, d'une protection accordée par l'article 8 de la Convention¹⁹⁰³. Cette protection n'est pas absolue, la jurisprudence européenne l'ayant limité au gré de quelques décisions¹⁹⁰⁴. La correspondance des personnes morales entre aussi dans le giron du droit à la vie privée : tant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁰⁵ que la Cour de justice de l'Union européenne l'ont confirmé¹⁹⁰⁶. Enfin, le droit à la vie privée couvre encore les données informatiques¹⁹⁰⁷ d'une entreprise ainsi que sa réputation¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰³ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88 ; Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, req. 37971/97, § 41. Voy. aussi, Cour eur. D.H. (déc.), 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited and Others c. the United Kingdom*, req. 9355/03 ; Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, req. 41604/98, § 31 ; Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, req. 33400/96, § 109. Avant cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne s'était montrée réticente à accorder une telle protection en faveur des personnes morales (C.J.U.E., 21 septembre 1989, C-46/87 et C-227/88, *Hoechst AG c. Commission*, §§ 17 et 18 ; C.J.U.E., 17 octobre 1989, C-85/87, *Dow Benelux c. Commission*, §§ 28 et 29 ; C.J.U.E., 26 juin 1980, C-136/79, *National Panasonic (UK) Ltd c. Commission*). Dès lors que la Cour européenne a commencé à admettre une protection du domicile professionnel, la Cour de justice lui a emboité le pas (C.J.U.E., 22 octobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, en présence de la Commission des Communautés européennes*, § 29). En doctrine, voy. B. FAVREAU, « La construction de la protection du domicile professionnel », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, op. cit., pp. 125 à 150 ; H. KOUAMÉ KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, t° 2, *Réalisme et activisme du juge*, op. cit., p. 117 à 155. La protection accordée n'est cependant pas sans limite.

¹⁹⁰⁴ Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, req. 08704/05. Pour un commentaire, voy. notamment S. DE RAEDT, « La portée du droit au respect de la vie privée et le droit de visite de l'administration fiscale – L'importance de l'arrêt *Bernh Larsen* nuancée », op. cit., p. 156. Voy. aussi Cour eur. D.H., 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russie*, req. 72118/01 ; Cour eur. D.H. (déc.), 6 septembre 2005, *Leveau et Fillon c. France*, req. 63512/00 et 63513/00.

¹⁹⁰⁵ Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88, § 32. Cour eur. D.H., 28 juin 2007, *Association for European Integration and Human Rights et Ekimdzhiyev c. Bulgarie*, req. 62540/00, § 60. Voy., à propos de la correspondance téléphonique, Cour eur. D.H., 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. 20605/92, § 44 ; Cour eur. D.H., 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. 11105/84, § 25. Sur la correspondance avec un avocat, Cour eur. D.H., 25 mars 1992, *Campbell c. Royaume-Uni*, req. 13590/88 ; Cour eur. D.H., 20 juin 1988, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, req. 11368/85.

¹⁹⁰⁶ C.J.U.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec c. Etat belge*, § 48. L'extrait de cet arrêt se réfère aux arrêts suivants : Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. 44647/98 ; Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, req. 37971/97 ; Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88. Enfin, l'arrêt *Varec c. Etat belge* s'inscrit dans le cadre d'une procédure belge, le Conseil d'Etat ayant posé des questions préjudicielles (C.E., 24 octobre 2006, n° 164.028 ; sur l'historique préalable à cet arrêt, voy. notamment T. BOMBOIS, C. DUBOIS, « “La chenille et le référé” – Quelques observations sur le contrôle et la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004, pp. 296 à 323) à la Cour de justice de l'Union européenne et à la Cour constitutionnelle (C.c., 19 septembre 2007, n° 118/2007, *M.B.*, 31 octobre 2007, p. 56149 ; *J.T.*, 2008, p. 432, note T. BOMBOIS, C. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt *Varec* de la Cour de justice » ; *J.L.M.B.*, 2007/36, p. 1498 ; *R.A.B.G.*, 2008/6, p. 382, note S. JOCHEM, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 63 ; *R.W.*, 2007-08, p. 423 (sommaire) ; *T.B.P.*, 2008/5, p. 299).

¹⁹⁰⁷ Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS c. Norvège*, req. 24117/08, § 106 ; Cour eur. D.H., 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, req. 74336/01, § 45 ; Cour eur. D.H., 27 septembre 2005, *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, req. 50882/99, § 71.

¹⁹⁰⁸ Voy. notamment, Cour eur. D.H., 7 décembre 2010, *Público-Comunicação Social, SA et autres c. Portugal*, req. 39324/07 (§ 46 : les devoirs et responsabilités de la presse « [...] peuvent revêtir de l'importance lorsque l'on risque de porter atteinte à la réputation d'une personne – physique ou, comme en l'espèce, morale – nommément citée et de nuire aux « droits d'autrui » (nous soulignons) ; Cour eur. D.H., 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin and Anghel c. Moldavie*, req. 42864/05 ; Cour eur. D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-*

2. D'un phénomène s'assimilation à un phénomène d'autonomisation

374. - Introduction. La jurisprudence strasbourgeoise procède souvent par assimilation : la personne morale est assimilée à la personne physique. Dans deux arrêts, elle se départit de ce procédé pour préférer ce que l'on peut qualifier de processus d'autonomisation des droits fondamentaux de la personne morale.

375. - L'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne*. Premièrement, la grande chambre a rendu le 17 février 2004 un arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne*¹⁹⁰⁹. Certes, la décision ne s'inscrit pas totalement dans la protection du droit à la vie privée puisqu'est en cause le droit d'association contenu à l'article 11 de la Convention. Cela étant, l'arrêt mérite d'être cité dès lors que la Cour paraît plaider pour une vision plus autonome des droits fondamentaux des personnes morales¹⁹¹⁰, en ce compris le droit à la protection de la vie privée. Elle indique en effet que « le droit d'établir une association constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 11 [...] ». La possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens » (§ 88)¹⁹¹¹. Certains auteurs voient dans cet arrêt la consécration de « l'existence véritable d'un droit fondamental à la personnalité juridique des personnes morales. De cette première étape il résulte que l'exercice du droit à la liberté d'association implique la possibilité de créer des personnes morales mais aussi une protection offerte pendant toute leur durée de vie afin qu'elles puissent mener librement leurs activités. L'article 11 devient ainsi le siège de droits à la personnalité juridique et à l'existence des personnes morales. Toute la vie sociale de la personne morale se trouverait dès lors garantie sur le fondement de ce texte. Il ne serait donc plus question d'assimiler les droits des personnes morales à ceux des personnes physiques et seules les droits nécessaires à l'existence et à la réalisation des activités des groupements lui seront reconnus »¹⁹¹². L'arrêt

Uni, req. 68416/01 ; Cour eur. D.H., 20 novembre 1989, *Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. 10572/83.

¹⁹⁰⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. 44158/98.

¹⁹¹⁰ Pour un autre arrêt relatif à cette autonomisation, voy. *infra*.

¹⁹¹¹ Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, req. 26695/95, § 40.

¹⁹¹² G. KITERI, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *op. cit.*, p. 87. L'auteur s'appuie notamment sur R. PIERRE, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé : contribution à l'étude de l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 169 et s. ; ainsi que J.-P. MARGUÉNAUD, « Ebauche européenne d'un droit à l'existence des personnes morales, *RTD civ.*, 1998/4, p. 997. Voy., dans le même sens, X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1^{ère} partie », *op. cit.*, p. 4/5.

mettrait donc fin à ce processus d'assimilation pour garantir et reconnaître, par le truchement de l'article 11, les droits fondamentaux aux personnes morales, ces droits étant nécessaires à la vie sociale de l'entreprise. L'on retrouve, consacré indirectement, le principe de spécialité tel que développé ci-avant (voy. *supra*).

376. - La décision *Uj c. Hongrie*. La deuxième décision poursuit, quelques années plus tard¹⁹¹³, cette tendance vers une conception plus autonome des droits fondamentaux des personnes morales¹⁹¹⁴. Elle porte sur le droit à la réputation des entreprises, s'éloignant toutefois du fondement traditionnel de l'article 8 de la Convention.

La décision *Uj c. Hongrie* du 19 juillet 2011¹⁹¹⁵ concerne une critique relative à la qualité d'un vin produit par une entreprise, cette dernière ayant estimé les propos diffamants¹⁹¹⁶. Condamné par les juridictions hongroises, le journaliste saisit la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement d'une violation de l'article 10 de la Convention. Dans un premier temps, les juges européens reconnaissent le droit à la réputation d'une personne morale et le droit pour celle-ci de la protéger : « [i]n the present case, the Court observes that the impugned criminal charges were pressed by a company which undisputedly has a right to defend itself against defamatory allegations » (§ 22). Dans ce contexte particulier, la Cour accepte que « in addition to the public interest in open debate about business practices, there is a competing interest in protecting the commercial success and viability of companies, for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good » (§ 22). Cependant, la Cour va ensuite confirmer la hiérarchisation telle qu'évoquée et proposée par la doctrine (voy. *supra*) quant à la question du champ d'application de la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales. Elle soutient que « there is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension. In the instant application, the reputational interest at stake in that of a State-owned corporation ; it is thus a commercial one without relevance to moral character » (§ 22). Le constat est clair : pour la

¹⁹¹³ Et alors qu'entretiens, d'autres arrêts ont été rendus davantage sur base du principe d'assimilation.

¹⁹¹⁴ A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 132, n° 169.

¹⁹¹⁵ Cour eur. D.H., 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, req. 23954/10.

¹⁹¹⁶ La critique précise notamment ceci : « hundreds of thousands of Hungarians drink [this] shit with pride, even devotion [...] » (§ 6).

Cour, les entreprises ont un droit à la réputation qui leur est propre, ouvrant de la sorte « une véritable perspective d'autonomisation du droit à la réputation des personnes morales »¹⁹¹⁷.

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette décision qui s'inscrit parfaitement dans le prolongement de l'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne*.

Il est d'abord intéressant de souligner le fait que la Cour utilise des termes différents pour qualifier les deux réputations dont il est question : alors qu'elle parle d'« intérêts de réputation commerciale », évoquant indirectement cette dimension profondément économique, elle parle de la « réputation d'une personne relative à son statut social ». Cette dernière implique en outre des répercussions sur la dignité de la personne, laquelle dimension n'est pas existante pour une personne morale¹⁹¹⁸. Ainsi, le droit à la réputation ou à l'honneur « doivent être conçus comme spécifiques aux personnes morales. Il n'y a donc pas lieu de déduire de la référence à l'honneur l'idée qu'une personne morale pourrait avoir des sentiments »¹⁹¹⁹. En l'espèce, la Cour distingue clairement les deux types de réputation, s'éloignant par conséquent « de la technique de l'assimilation »¹⁹²⁰. On peut y lire aussi une façon d'accorder davantage d'importance à l'une qu'à l'autre.

Une telle hiérarchisation – pour autant que l'on puisse interpréter l'arrêt en ce sens – entre des intérêts d'une entreprise et ceux d'une personne physique a été, pour rappel, confirmée dans d'autres décisions européennes. Dans l'affaire *Publivo-Comunicação SA et autres c. Portugal*, la Cour a par exemple considéré que le montant des dommages et intérêts accordés à un club sportif était disproportionné notamment « si l'on tient compte du fait qu'il s'agissait en l'espèce de la réputation d'une personne morale et non pas d'un individu » (§ 55). Tel est aussi le cas, on l'a dit, dans l'arrêt *Google Spain* où la Cour de justice de l'Union européenne précise

¹⁹¹⁷ R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », note sous Cour eur. D.H., 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, req. 23954/10, *Communication – Commerce électronique*, 2012/5 (étude 10), pp. 1/5 et 3/5.

¹⁹¹⁸ Selon Romuald Pierre, « [l]a consécration du principe d'une protection catégorielle du droit à la réputation permet accessoirement à la juridiction de démontrer, si besoin en était, qu'elle demeure la Cour européenne des droits de l'homme et non celle des droits de l'entreprise » (R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 3/5).

¹⁹¹⁹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 5/6. L'auteur poursuit en soulignant que « [p]rotéger la réputation et l'honneur d'une telle entité revient surtout à saisir les comportements qui sont susceptibles de nuire à la réalisation de l'objet sociale de l'entité [...] » (pp. 5/6 et 6/6).

¹⁹²⁰ G. KITERI, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *op. cit.*, 87.

que les intérêts économiques de *Google* ne peuvent prévaloir, par principe, sur les droits à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel¹⁹²¹.

Cette distinction opérée par la Cour européenne des droits de l'homme aboutit inévitablement à s'interroger sur le fondement conventionnel de la réputation des personnes morales, question sur laquelle la juridiction européenne est demeurée muette. La technique de l'assimilation permettrait de considérer l'article 8 comme étant ce socle normatif. Cela étant, la Cour se détache de cette logique. En effet, pour certains auteurs, il faut interpréter l'arrêt *Uj c. Hongrie* comme fondant deux types de réputation sur deux bases juridiques distinctes. L'un d'entre eux écrit d'ailleurs ceci : « alors que la réputation d'un individu est habituellement envisagée sous l'angle de l'article 8 de la Convention EDH, la Cour se garde ici d'utiliser le même fondement. Elle n'en donne d'ailleurs aucun de sorte qu'il existe un droit à la réputation de la personne morale mais qui est pour l'heure orphelin. Le refus d'utiliser l'article 8 de la Convention en matière de réputation commerciale, alors même que ce texte est pourtant déjà applicable aux personnes morales, pourrait marquer une phase d'attente avant d'abriter le droit à la réputation sous l'article 11, ce qui permettrait un fondement unique aux droits fondamentaux des personnes morales »¹⁹²². Un autre auteur semble abonder dans le même sens : l'absence d'une référence explicite à l'article 8 est un motif qui permet d'exclure le recours à la logique de l'assimilation¹⁹²³. Il souligne en outre la conception profondément psychologique que la Cour a de la réputation ; or, les personnes morales sont exemptes de tout sentiment¹⁹²⁴. Il s'agit là d'un autre motif pour conclure au refus de voir l'article 8 être appliqué aux personnes morales.

377. - L'article 11 de la Convention comme fondement de la vie privée des personnes morales ? L'article 8 de la Convention a permis, on l'a vu, de consacrer certaines dimensions du droit à la vie privée au profit des personnes morales. Cela étant, il est légitime de s'interroger sur le lien entre le secret d'affaires et la vie privée : le premier n'évoque pas spontanément la

¹⁹²¹ Voy., sur cette question de la hiérarchisation, *supra*. Sur cette question, voy. aussi R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 1/5 ; E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Oubli, déréférencement et anonymisation », *op. cit.*, pp. 216 à 221, n° 4.

¹⁹²² G. KITERI, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *op. cit.*, pp. 87 et 88. Sur l'article 8 et l'inclusion de la protection de la réputation, voy. *supra*.

¹⁹²³ R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 3/5.

¹⁹²⁴ *Ibidem*, p. 4/5.

seconde, « [m]ais les juridictions avaient-elles le choix ? »¹⁹²⁵. A défaut d'être la base juridique optimale, l'on peut s'interroger sur la portée de l'article 11 de la Convention qui proclame le droit d'association : pourrait-il être considéré comme le fondement permettant non seulement la création des personnes morales, mais aussi la protection de certaines dimensions des droits fondamentaux traditionnellement reconnus aux personnes physiques ? Si la question doit recevoir une réponse positive, le droit à l'oubli d'informations journalistiques invoqué par des personnes morales devraient logiquement trouver le même fondement conventionnel. L'application de cette disposition renforcerait ce phénomène d'autonomisation décrit ci-avant.

Plaide en la faveur d'une telle interprétation le fait que la disposition conventionnelle présente un « caractère extensible », Hubert Koki soulignant « [s]a propension à la prise en compte des formes et activités aussi diverses que variées des personnes morales », celle-ci provenant « du dynamisme de l'interprétation, laquelle s'inscrivant dans une optique téléologique, de la juridiction européenne »¹⁹²⁶. Un tel fondement aurait en tous les cas le mérite de distinguer clairement les prérogatives reconnues aux personnes morales de celles reconnues aux personnes privées, admettant les spécificités davantage – mais pas seulement – économiques des premières, et permettant de justifier par ces dispositions conventionnelles différentes des champs de protection distincts. Dans cette optique, la question posée devient alors celle de savoir s'il est indispensable de disposer de fondements distincts pour des droits fondamentaux dont la couverture de protection pourrait différer compte tenu de la nature de la personne visée. La réponse doit être négative dès lors que la Cour opère d'ores et déjà des distinctions dans la protection des droits fondamentaux compte tenu des profils différents des requérants et titulaires desdits droits.

A propos du droit à la réputation, Pierre Romuald considère que l'article 11 est « en fait la disposition conventionnelle idéale pour abriter le droit à la réputation s'agissant d'une personne morale »¹⁹²⁷. L'arrêt *Gorzelik et autres c. Pologne* évoqué ci-avant (voy. *supra*) soutient que l'article 11 implique la possibilité de créer des personnes morales¹⁹²⁸. Précédemment, la Cour a affirmé que « le droit d'établir une association constitue un élément

¹⁹²⁵ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 2/6.

¹⁹²⁶ H. KOUAMÉ KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, t° 1, *De l'impensable à l'indispensable*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹²⁷ R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 4/5. Dans un sens comparable, A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », *op. cit.*, p. 133, n° 170.

¹⁹²⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. 44158/98.

inhérent au droit qu'énonce l'article 11 [...]. La possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens »¹⁹²⁹. La protection de l'article 11 va même au-delà du seul moment de la création d'une personne morale. Dans un arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*¹⁹³⁰, la grande chambre de la Cour soutient que « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs [...]. Or le droit consacré par l'article 11 se révélerait éminemment théorique et illusoire s'il ne couvrait que la fondation d'une association, les autorités nationales pouvant aussitôt mettre fin à son existence sans avoir à se conformer à la Convention. Il en découle que la protection de l'article 11 s'étend à toute la durée de vie des associations, leur dissolution par les autorités d'un pays devant, en conséquence, satisfaire aux exigences du paragraphe 2 de cette disposition » (§ 33)¹⁹³¹. En 2011, la Cour européenne a affirmé que « l'article 11 de la Convention protège la *vie associative* contre toute ingérence injustifiée de l'Etat »¹⁹³² (nous soulignons). Les affaires mentionnées évoquent essentiellement des associations d'ordre politique, celles-ci étant, selon la Cour, fondamentales dans le maintien du pluralisme en démocratie. Les juges européens n'excluent cependant pas les autres finalités d'associations : « les associations créées à d'autres fins, notamment la protection du patrimoine culturel ou spirituel, la poursuite de divers buts sociaux ou économiques, la recherche d'une identité ethnique ou l'affirmation d'une conscience minoritaire, sont également importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie »¹⁹³³.

S'appuyant sur les travaux menés dans le cadre de sa thèse, Romuald Pierre conclut l'analyse de ces arrêts de la Cour en constatant que « [l]a juridiction a métamorphosé la

¹⁹²⁹ Cour eur. D.H., 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, req. 26695/95, § 40.

¹⁹³⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. France*, req. 19392/92, *Jaarboek Mensenrechten*, 1997-98, p. 143, note E. BREMS, « Partijverbod getoetst » ; *R.W.*, 1998-99, p. 519 ; *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 301, note B. DUARTE, « Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l'homme ».

¹⁹³¹ L'article 11, § 2 est construit identiquement aux paragraphes 2 des articles 8 et 10 de la Convention, établissant le respect de trois conditions pour restreindre le droit d'association. Il dispose que « [l]'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat ».

¹⁹³² Cour eur. D.H., 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, req. 18136/02, § 41.

¹⁹³³ Cour eur. D.H., 27 mars 2008, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, req. 26698/05, § 43 ; Cour eur. D.H., 11 octobre 2007, *Bekir-Ousta et autres c. Grèce*, req. 35151/05, § 36 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 février 2004, *Gorzelik c. Pologne*, req. 44158/98. Soulignons que, dans l'extrait proposé, la Cour place les intérêts économiques avant même d'autres objectifs qui s'inscrivent davantage dans une dimension protectrice des valeurs démocratiques.

disposition en en faisant le siège des droits à la personnalité juridique et à l'existence des personnes morales. Au regard de la jurisprudence européenne, la "vie sociale" dans son ensemble, c'est-à-dire la jouissance de la qualité de sujet et l'exercice paisible de ses activités par une personne morale, se trouve alors garantie sur le fondement de ce texte [...]. Dès lors que toute la "vie sociale" bénéficie de la protection de l'article 11, cette dernière disposition conventionnelle devrait être utilisée comme fondement spécifique du droit à la réputation des personnes morales »¹⁹³⁴. Allant dans le même sens, Yves Guyon estime que ce « droit de libre constitution [...] conditionne tous les droits desdites personnes, ce qui est sans équivalent pour les simples particuliers puisque la naissance entraîne la pleine jouissance des droits »¹⁹³⁵.

3. En guise de conclusion : la reconnaissance de l'oubli d'informations journalistiques aux personnes morales

378. - La vie privée des personnes morales, un droit hors de la personnalité ? La protection de la vie privée au sens large, ainsi que de ses diverses composantes, s'inscrivent plus largement dans la protection des droits subjectifs de la personnalité. Définir cette création prétorienne¹⁹³⁶ n'est pas chose aisée dès lors qu'il existe de nombreuses définitions « plus ou moins extensives »¹⁹³⁷ et que le concept fait l'objet de débats importants quant à sa pertinence¹⁹³⁸. Jean Dabin estime que ces droits regroupent ceux « qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personnalité du sujet prise sous ses multiples aspects, physique et moral, individuel et social »¹⁹³⁹. Dans son ouvrage relatif au *Droit des personnes et des familles*, Yves-Henri Leleu considère que « les droits de la personnalité protègent les attributs constitutifs de l'individualité de la personne contre les empiètements de tiers ou de l'autorité. Ce sont des droits subjectifs accordés à toute personne, du seul fait de cette qualité, en vue d'assurer l'intégrité des composantes physiques, psychiques et morales de sa personnalité : sa vie, son

¹⁹³⁴ R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 4/5.

¹⁹³⁵ Y. GUYON, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA*, 1998, p. 138. Dans le même sens, voy. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1^{ère} partie », *op. cit.*, p. 4/5.

¹⁹³⁶ J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, p. 41.

¹⁹³⁷ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, *op. cit.*, p. 89, n° 44.

¹⁹³⁸ A ce sujet, voy. notamment K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, pp. 247 à 259, n° 310 à 327. A propos plus spécifiquement de la vie privée comme droit de la personnalité, voy. les références aux écrits de François Rigaux et Serge Gutwirth, citées par Koen Lemmens (p. 250, n° 314, note 779).

¹⁹³⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 169.

corps, sa vie privée, son image, son honneur, son nom »¹⁹⁴⁰. Gérard Cornu les entend comme des « [d]roits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux », soutenant en outre que la personnalité est « [c]e que la personne physique en elle-même (et pour tout être humain) a de propre et d'essentiel »¹⁹⁴¹.

Découle de ces définitions plusieurs caractéristiques propres aux droits de la personnalité : ils sont extra-patrimoniaux, absolus, indisponibles, d'ordre public et intransmissibles après la mort d'une personne¹⁹⁴². On le comprend rapidement, la notion est intimement liée à l'individualité d'une personne physique. Ainsi, si l'on peut admettre que le droit à la vie privée des personnes physiques constitue un des droits de la personnalité¹⁹⁴³, une telle qualification paraît difficilement envisageable pour les personnes morales¹⁹⁴⁴. A ce titre, l'on peut alors reprendre, afin de justifier l'appropriation par les personnes morales du droit à la vie privée, la division – certes théorique et relativement métaphorique – proposée par Erna Guldix du concept de vie privée en trois sphères¹⁹⁴⁵. Comme l'explique Koen Lemmens, il s'agit de « trois cercles concentriques autour de l'individu qui en est le centre. Le premier – et le plus petit – s'appelle la sphère intime (*Geheimbereich*). Puis, il y a le cercle de la vie privée (*Privatbereich*) et le plus grand cercle est celui de la sphère publique (*Gemein- oder Öffentlichkeitsbereich*) »¹⁹⁴⁶. Si l'on remplace la notion d'individu – qui relève des seules personnes physiques – par le terme « personne », l'on peut alors considérer que les droits de la personnalité constituent ce noyau dur, central, lié au concept d'intimité qui est étranger aux personnes morales.

En outre, les partisans de ce concept des « droits de la personnalité » les justifient en s'appuyant notamment sur l'action pouvant être introduite en vue de leur assurer une protection

¹⁹⁴⁰ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 124, n° 102.

¹⁹⁴¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris, Puf, v° *Personnalité*.

¹⁹⁴² K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 247, n° 310.

¹⁹⁴³ Voy., comme indiqué ci-avant, les critiques nombreuses quant à la pertinence d'une telle qualification (*supra*).

¹⁹⁴⁴ Cela étant, Amélie Favreau considère que les obstacles à surmonter pour admettre la consécration des droits de la personnalité en faveur des personnes morales ne sont pas insurmontables. Voy. A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », op. cit., pp. 117 et 118, n° 143 à 144. Cette argumentation témoigne une fois encore du fait que le débat autour des droits de la personnalité est essentiellement doctrinal et théorique.

¹⁹⁴⁵ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, Bruxelles, 1986, p. 423, cité par K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 247, n° 311, note 770.

¹⁹⁴⁶ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 247, n° 311.

efficace. Ainsi, « [s]’agit-il d’une action indépendante et inhérente aux droits de la personnalité ou, à l’inverse, d’une action générale fondée sur la responsabilité extra-contractuelle (article 1382 C. civ.) ? Les spécialistes des droits subjectifs de la personnalité choisissent clairement la première option »¹⁹⁴⁷, s’appuyant notamment sur de la jurisprudence favorable, elle-aussi, à leur conférer une protection par une action indépendante. Une telle conception permet à nouveau d’accorder des droits fondamentaux aux personnes morales sans pour autant les considérer comme des droits de la personnalité dès lors que toute action menée par ce type de personne impliquerait une application de l’article 1382 du Code civil. Cependant, Koen Lemmens met en garde : il n’y a pas lieu de donner trop de poids à cette argumentation dès lors qu’*in fine*, ces actions indépendantes ressemblent dans les faits à l’action en responsabilité extra-contractuelle. En réalité, l’article 1382 du Code civil est souvent lui-même proposé comme fondement juridique de ces droits¹⁹⁴⁸. Concrètement, dans le cadre de telles actions indépendantes, il suffirait à la victime « de prouver l’existence du droit et de la violation »¹⁹⁴⁹ pour que l’existence d’une faute et d’un dommage soit présumée.

Ces quelques développements relatifs aux droits de la personnalité n’ont pas vocation à épuiser le sujet mais simplement à mettre nos réflexions relatives à la consécration des droits fondamentaux au profit des personnes morales dans cette perspective. Il a ainsi pu être démontré qu’une telle reconnaissance n’est pas entravée par les partisans des droits subjectifs de la personnalité, cette catégorie étant finalement davantage inscrite dans une perspective abstraite du droit que dans une dimension d’application concrète.

379. - La revendication par des personnes morales de l’oubli. Les personnes morales bénéficient d’une personnalité sans pour autant pouvoir être considérée comme des titulaires des droits de la personnalité. Cette distinction paraît être essentielle. Au même titre que les personnes physiques, elles se sont vues reconnaître une réelle protection de certaines composantes du droit à la vie privée. Dans le cadre plus restreint de notre étude, les entreprises vont ainsi pouvoir bénéficier d’une protection de leur réputation, autrement dit de leur image

¹⁹⁴⁷ *Ibidem*, p. 248, n° 312.

¹⁹⁴⁸ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l’image*, op. cit., p. 91, n° 45. L’auteur considère, à l’instar de J. de Liedekerke (J. DE LIEDEKERKE, « La protection de la personnalité en droit privé belge », *J.T.*, 1959, pp. 413 et s.), que l’article 1382 est insuffisant comme base juridique. Il écrit à ce titre que « l’article 1382 exige la violation d’un droit dans le chef de la personne lésée, ce qui fait réapparaître le problème à défaut de texte explicite sur les droits de la personnalité en tant que tels ».

¹⁹⁴⁹ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l’individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 249, n° 312.

de marque. Ainsi, une entreprise pourrait revendiquer l'oubli d'informations relatives à son sujet, dès lors que cet oubli impacte la réalisation de son objet social¹⁹⁵⁰. Il faut admettre que cette affirmation ouvre considérablement le champ d'application de l'oubli d'informations journalistiques. Il paraît cependant difficile, au vu de la jurisprudence européenne et de l'orientation prise par les juges européens et généralement soutenue par les juges nationaux, de trouver une raison objective qui permettrait de poser le postulat inverse. L'unique restriction tient à la nature même des personnes morales. L'assimilation ne peut pas être totale, comme indiqué précédemment. Alors que l'oubli peut être revendiqué par une personne physique pour tout élément entrant dans le champ de la protection du droit à la vie privée (voy. *infra*), tel ne peut être le cas pour des personnes dépourvues d'humanité. C'est en ce sens, pour justifier cette différence, que l'on peut alors donner un – nouveau – sens aux droits de la personnalité, ceux-ci étant attachés à la seule personne humaine. Il faut encore nuancer d'emblée notre propos : si l'oubli, entendu comme la possibilité de pouvoir demander, et éventuellement obtenir, l'effacement, l'anonymisation, la pseudonymisation ou le déréférencement d'informations journalistiques, doit pouvoir être envisagé pour les personnes morales, les critères permettant sa mise en œuvre devraient être adaptés aux personnes morales. L'on s'inscrit là dans la droite ligne de la jurisprudence européenne qui tend à prendre en compte la qualité de la personne – qu'elle soit physique ou morale – lorsqu'elle balance les intérêts en présence.

Quant à la question du fondement de la protection de la vie privée des personnes morales, le débat existant est intéressant mais ne semble pas déterminant dans le cadre de cette recherche doctorale. Il paraît, compte tenu de la jurisprudence, pouvoir être trouvé dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, le raisonnement visant à l'autonomisation des droits fondamentaux des personnes morales tirés de l'article 11 de la Convention est intéressant mais demeure, pour l'instant, peu utilisé par la Cour européenne elle-même. En effet, ces deux décisions n'ont pas été suivies d'une jurisprudence de la même Cour allant dans un sens identique. Il est dès lors difficile de pouvoir généraliser cette tendance à l'autonomisation par le biais de l'article 11. D'autant que la nécessité de passer par un fondement distinct de l'article 8, propre aux personnes morales, n'est pas clairement établie. Premièrement, parce que la Cour ne s'est pas engagée à procéder à un tel détour lors de la reconnaissance de certains droits fondamentaux aux personnes morales. Cela dit, peut-être qu'un tel autre fondement aurait-il pu permettre de justifier les particularités du droit à la vie

¹⁹⁵⁰ Dans le même sens, voy. A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », *op. cit.*, p. 113, n° 137.

privée des personnes morales et les distinctions à faire dans la couverture de protection ? La réponse se doit d'être négative. Il n'est pas nécessaire d'avoir un autre fondement pour permettre à la Cour de protéger différemment les personnes physiques des personnes morales. En effet, la Cour offre des protections à géométries variable selon le statut de la requérante. On peut donc considérer que la Cour est amenée, toujours sur le fondement de l'article 8, à pouvoir faire une distinction selon que l'on parle de la réputation d'une personne morale ou d'une personne privée. L'article 11 de la Convention n'est donc, en l'espèce, pas nécessaire pour fonder la protection de la vie privée des personnes morales. Tout au plus pourrait-on considérer, sur base notamment des arrêts *Gorzelik et autres c. Pologne* et *Uj c. Hongrie* (voy. *supra*) que ce double fondement renforce le fait qu'il y a lieu de reconnaître aux personnes morales la protection des droits fondamentaux, en ce compris le droit à la vie privée.

380. - L'oubli, un élément dans la gestion de l'*e-reputation*. L'acceptation de la possibilité, pour une personne morale, de revendiquer l'oubli entre directement dans les stratégies et la gestion de l'*e-réputation* d'une entreprise. Il n'y a aujourd'hui plus aucun doute, la réputation en ligne des entreprises est devenue un enjeu tout aussi fondamental que celui de la protection de la vie privée des personnes physiques. Amélie Favreau indique dans une contribution relative à l'application de l'oubli aux personnes morales que « l'oubli doit être ici considéré comme un outil permettant à la personne morale de réaliser une maîtrise des information la concernant afin de susciter une évaluation sociale positive »¹⁹⁵¹.

B. Personnes physiques vivantes et/ou personnes physiques décédées

1. L'approche de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

381. - La protection du droit à la vie privée des personnes décédées. La jurisprudence relative à la protection de la vie privée de personnes décédées est peu nombreuse¹⁹⁵². La Cour européenne des droits de l'homme a cependant déjà eu l'occasion d'aborder cette problématique sous deux angles.

¹⁹⁵¹ A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », *op. cit.*, p. 116, n° 141.

¹⁹⁵² Sur ce sujet, voy. entre autres S. BERTILLE DEMBELE, « La protection de l'identité numérique *post mortem* », *R.D.T.I.*, 2018/72, pp. 5 à 24.

382. - Le premier angle : les arrêts *Editions Plon c. France* et *Hachette Filipacchi Associés c. France*. Premièrement, dans les affaires *Editions Plon c. France*¹⁹⁵³ et *Hachette Filipacchi Associés c. France*¹⁹⁵⁴, des membres de la famille de personnes décédées – respectivement le Président français François Mitterrand et le préfet corse Claude Erignac – ont agi en justice considérant que certaines informations (un livre dans le cadre de la première affaire, des photos dans le cadre de la seconde) portaient atteinte au droit à la vie privée tel que consacré à l'article 8 de la Convention européenne. La Cour a en effet déjà eu l'occasion de préciser qu'« en ce qui concerne la publication de photographies, la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance particulière, notamment dans la mesure où il peut s'agir en effet de la diffusion auprès d'un large public d'images contenant des "informations" très personnelles, voire intimes, sur un individu ou sa famille »¹⁹⁵⁵. Rebondissant sur cet enseignement, elle poursuit en affirmant que « [l]e décès d'un proche et le deuil qu'il entraîne, cause de douleur intense, doivent parfois conduire les autorités à prendre les mesures nécessaires au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées »¹⁹⁵⁶.

Dans la première affaire, la Cour distingue deux types de mesures visant à restreindre la liberté d'expression, la première étant validée par la Cour alors que la seconde est considérée comme violant l'article 10¹⁹⁵⁷. Dans la seconde, la Cour valide la mesure prise à l'encontre de la liberté d'expression, considérant que « la souffrance ressentie par les proches de la victime devait conduire les journalistes à faire preuve de prudence et de précaution dès lors que le décès était survenu dans des circonstances violentes et traumatisantes pour la famille de la victime » (§ 48). Cette approche, qualifiée de « sentimentaliste » par Quentin Van Enis¹⁹⁵⁸, n'a cependant pas fait l'objet d'une unanimité auprès des juges européens. Le juge Loucaides, dans une opinion dissidente attachée à l'arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, affirme « que l'arrêt consacre, directement ou indirectement, le principe selon lequel aucune photographie de victimes d'actes criminels ou, de même, de désastres [...], ne peut être publiée si les membres de leur famille se plaignent que cela heurte leur sensibilité », estimant *in fine* qu'« un tel

¹⁹⁵³ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00.

¹⁹⁵⁴ Cour eur. D.H., 6 juin 2007, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 71111/01.

¹⁹⁵⁵ Cour eur. D.H., 26 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00, § 59.

¹⁹⁵⁶ Cour eur. D.H., 6 juin 2007, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 71111/01, § 46 ; Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 47. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 12 novembre 2002, *Ploski c. Pologne*, req. 26761/95, §§ 35 à 39.

¹⁹⁵⁷ Pour un examen plus important de cette décision, voy. *supra*.

¹⁹⁵⁸ Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 206, n° 143.

principe ne peut se justifier dans une société démocratique ». Il remet en cause le raisonnement de la majorité des juges de la Cour qui conclut que la « publication [de la photographie] dans un magazine de très large diffusion a eu pour conséquence d'aviver le traumatisme subi par les proches de la victime à la suite de son assassinat, de sorte que ceux-ci ont pu légitimement estimer qu'il avait été porté atteinte à leur droit au respect de leur vie privée » (§ 49). Pour le juge Loucaides, la majorité s'est embarqué dans une approche subjective qui pourrait conduire « à des résultats absurdes, puisque tout un chacun serait libre de faire barrage à la liberté d'expression et à d'autres activités légitimes simplement en se plaignant d'une atteinte à ses sentiments ». Il ajoute que « les proches de personnages publics comme le préfet Erignac doivent être préparés à subir les conséquences de la médiatisation qui entoure de telles personnalités ».

383. - Le premier angle : l'arrêt *Putistin c. Ukraine*. Toujours dans la perspective de ce premier angle d'approche, citons encore l'affaire *Putistin c. Ukraine*¹⁹⁵⁹ dans laquelle il est question du droit à la réputation d'un membre de la famille d'une personne décédée. L'arrêt concerne un article sur le « Match de la mort », ce match de football qui aurait eu lieu le 9 août 1942 à Kiev, opposant des membres de la *Luftwaffe* à des joueurs de nationalité ukrainienne. L'objectif de ce match qui s'est soldé par une défaite de l'équipe allemande était de démontrer la supériorité de la race aryenne. Le requérant, fils d'un des membres de l'équipe ukrainienne, considère que l'article est diffamant à l'égard de son père dû à la divulgation d'informations non correctes, aboutissant à suggérer que son père avait collaboré avec la Gestapo en 1942. La Cour confirme dans son arrêt que « the reputation of a deceased member of a person's family may, in certain circumstances, affect that person's private life and identity, and thus come within the scope of Article 8 » (§ 33)¹⁹⁶⁰. Elle souligne toutefois que l'article bien que l'affectant, ne le fait que de façon indirecte (§ 38). Le juge Lemmens, dans l'opinion concordante qui accompagne la décision, souligne toute l'importance de ce jugement qui admet, sous certaines conditions, « the damage to the reputation of a deceased person can affect the private life of that person's surviving family members. The judgment makes very clear, however, that such a situation will occur only in relatively exceptional circumstances »¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁹ Cour eur. D.H., 21 novembre 2013, *Putistin c. Ukraine*, req. 16882/03.

¹⁹⁶⁰ La Cour précise qu'une telle question a déjà été abordée précédemment dans la jurisprudence européenne, sans pour autant avoir reçu une réponse claire (voy. Cour eur. D.H. (déc.), 31 août 2012, *Palade c. Roumanie*, req. 37441/05, § 25).

¹⁹⁶¹ Cour eur. D.H., 21 novembre 2013, *Putistin c. Ukraine*, req. 16882/03, opinion concordante du jge Lemmens, § 1.

384. - Le deuxième angle : l'affaire Anthony Mizzi c. Malte. Deuxièmement, alors que les affaires précitées visent la protection du droit à la vie privée et de la réputation de la famille et des héritiers, une autre affaire porte directement sur le droit à la réputation d'une personne décédée. La Cour semble se détacher des arrêts *Editions Plon c. France* et *Hachette Filipacchi Associés c. France* pour proposer une autre approche¹⁹⁶².

L'affaire *Anthony Mizzi c. Malte*¹⁹⁶³ concerne la diffusion d'une lettre portant atteinte à la réputation d'une personne décédée avant la diffusion dudit document. A propos de la réputation d'une personne décédée, « [t]he Court notes that the said prime minister was deceased at the time the letter was written. Indeed, the person who sued the applicant and to whom damages were awarded was not the defamed person, but his heir » (§ 39). Pour les juges européens, « this element should have been considered by the domestic courts when assessing the proportionality of the interference. Indeed, when considering the harm that may be caused to a person's reputation, the immediate consequences that come to mind are, *inter alia*, loss of opportunities, private or professional, or loss of standing in the eyes of the community. The Court notes that, in the present case, the defamed individual passed away more than three decades before the impugned statement was published and any damage that may have been caused to the deceased's reputation cannot be considered serious in the circumstances » (§ 39). La Cour adopte donc un raisonnement différent dès lors que les héritiers et descendants ne peuvent démontrer l'existence d'un impact direct dans leur vie privée et familiale¹⁹⁶⁴. En ce sens, le raisonnement des juges européens conforte ce qu'ils ont développé dans l'arrêt *Putistin c. Ukraine*. A ce titre, le juge Bratza, dans son opinion concordante, renchérit en soutenant que « [t]he exposure of an individual in such a case to an action in damages for defaming the deceased ancestor of a family is likely to have a seriously chilling effect on the right of freedom, particularly in a case where many years have passed since the death and the burden of proving the truth of the allegation lies on the defendant in any such action »¹⁹⁶⁵. Il ajoute, que « the weight to be attached to the reputation of the deceased individual must diminish with the passing of the years and that attaching to freedom of expression must correspondingly

¹⁹⁶² Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 207, n° 143.

¹⁹⁶³ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10.

¹⁹⁶⁴ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10, opinion concordante du juge Bratza, § 4.

¹⁹⁶⁵ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10, opinion concordante du juge Bratza, § 4.

increase »¹⁹⁶⁶. L'arrêt est encore complété par une opinion dissidente du juge Scicluna qui considère que le temps entre le décès et la diffusion de la lettre n'enlève pas le caractère sérieux du dommage subi par cet ancien homme politique et que ses descendants avaient par conséquent un intérêt à préserver son honneur, sa réputation et son nom¹⁹⁶⁷.

2. Le droit à l'oubli applicable aux personnes décédées

385. - Le droit à l'oubli appliqué aux personnes décédées. La jurisprudence européenne évoquée n'est pas très éclairante sur la possibilité de revendiquer un droit à l'oubli d'informations journalistiques en faveur d'une personne décédée. Elle confirme les deux approches potentielles qui ont déjà été mises en lumière par François Rigaux, dans son ouvrage relatif au droit à la vie privée datant de 1990¹⁹⁶⁸. Il y précise notamment que lorsque les successeurs agissent au nom du défunt, c'est-à-dire afin de protéger « le droit de la personnalité propre au défunt », il n'est pas envisageable de pouvoir revendiquer quelques dommages et intérêts¹⁹⁶⁹. Nous aurons l'occasion de revenir sur le préjudice que peut revendiquer une personne pour une autre décédée¹⁹⁷⁰. Nous nous intéressons ici à l'existence d'une atteinte fautive au droit à l'oubli d'une personne décédée, celle-ci étant alors revendiquée par ses ayants-droits.

Sans évoquer directement le droit à l'oubli, plusieurs affaires rapportées par cet auteur peuvent s'y apparenter. Ainsi, il mentionne une décision du Tribunal fédéral suisse qui admet que les successeurs d'un criminel puissent revendiquer « une forme d'injure par ricochet », considérant que « [l]es atteintes à la mémoire du défunt peuvent être perçues par eux comme la lésion d'un “intérêt personnel” qui leur est propre »¹⁹⁷¹. L'affaire porte sur la diffusion d'un reportage radio reprenant la vie d'un criminel. Faisant un bref état des lieux de la jurisprudence relative à des photographies de défunt sur leur lit de mort, François Rigaux rappelle qu'une

¹⁹⁶⁶ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10, opinion concordante du juge Bratza, § 4.

¹⁹⁶⁷ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10, opinion concordante du juge Scicluna, § 5.

¹⁹⁶⁸ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., pp. 328 à 331, n° 262 à 263. Voy. aussi C. BIGOT, « La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers », *Legicom*, 1995/4, pp. 28 à 35.

¹⁹⁶⁹ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 330, n° 263.

¹⁹⁷⁰ Voy. *infra*.

¹⁹⁷¹ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 329, n° 262 ; trib. féd. suisse, 9 juin 1983, ATF 109, II, 353, 359.

personne publique et ses ayant-droits doivent admettre que des informations relatives au décès, éventuellement à la cause de celui-ci, à son annonce ainsi qu'à la chambre funéraire, puisse être divulguées¹⁹⁷². En revanche, il conclut la lecture de ces décisions en considérant que l'image de la dépouille ne peut être diffusée qu'avec le consentement des ayant-droits. Ainsi, « [l]'intérêt protégé [dans de tels cas] n'appartient pas au défunt ni à ses héritiers en tant que tels : le décès investit les proches du défunt de droits propres qui incluent notamment, dans le respect de ses dernières volontés s'il en a exprimées, le choix des cérémonies funéraires, du mode et du lieu de l'inhumation mais aussi de la considération que mérite la dépouille elle-même »¹⁹⁷³. En ces termes, il reconnaît donc que le décès d'une personne est créateur de droit pour ses ayant-droits, des droits qui cependant ne leur sont pas propres. Il poursuit son intéressant raisonnement en posant ce qui peut être considérée comme la question de l'application du droit à l'oubli. Il s'interroge sur l'extension de la solution proposée notamment quant à son maintien « en vigueur longtemps après le décès »¹⁹⁷⁴. L'auteur souhaite apporter à cette question une réponse négative. Lisant entre les lignes du raisonnement tenu – notamment en critiquant une décision du Tribunal fédéral suisse¹⁹⁷⁵ –, il apporte une réponse négative à cette question. Le temps joue donc, face à une personne publique, en faveur de la diffusion de telles images. François Rigaux a finalement précédé de quelques années le raisonnement que la Cour européenne des droits de l'homme a tenu dans l'affaire *Editions Plon c. France* et *Hachette Filipacchi Associés c. France*. Il ajoute d'ailleurs que « la description de la dernière maladie d'un défunt, si utile soit-elle, devrait sans doute être différée quand elle comporte la révélation de détails intimes de nature à heurter la sensibilité des proches »¹⁹⁷⁶. Le commentaire porte sur une affaire dans laquelle Louis Aragon, lors d'une émission de télévision diffusée sur – à l'époque – Antenne 2, divulgue les infirmités dont souffraient le peintre Henri Matisse à la fin de sa vie¹⁹⁷⁷. Les héritiers dudit peintre ont considéré que ces propos étaient humiliants et déplacés.

En Belgique, citons un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 26 décembre 1888 évoque l'action de la fille d'un criminel qui souhaite voir interdire l'exposition d'un buste en

¹⁹⁷² *Ibidem*, pp. 412 et 413, n° 344.

¹⁹⁷³ *Ibidem*, p. 413, n° 344.

¹⁹⁷⁴ *Ibidem*, p. 413, n° 344.

¹⁹⁷⁵ Voy. les développements p. 413, n° 344.

¹⁹⁷⁶ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., pp. 414 et 415, n° 347.

¹⁹⁷⁷ C.A. Paris, 3 novembre 1982, *D.*, 1983, p. 248, note R. LINDON.

cire de son père dans un musée. La Cour lui reconnaît le droit d'agir « en son nom propre, à raison du préjudice personnel que lui causent les faits imputés à l'intimé »¹⁹⁷⁸.

386. - L'oubli des personnes décédées par l'action en responsabilité civile extracontractuelle. Inscrit dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle, il faut démontrer l'existence d'une éventuelle atteinte fautive lorsque des faits exacts sont révélés tardivement à propos d'une personne décédée. Selon Roger Dalcq, « il n'y a pas de faute lorsque le défendeur à l'action en responsabilité s'est borné à dire la vérité, quelle qu'elle soit, au sujet du défunt »¹⁹⁷⁹. Il reprend d'ailleurs à son compte une citation tirée du *Traité général de la responsabilité* d'Auguste Sourdat qui précise que « [l]'histoire ne peut demeurer muette en présence d'un tombeau [...] Les équitables sentences portées contre les morts servent à contenir les vivants [...] Quant aux héritiers, s'ils éprouvent un préjudice dans leur honneur dans leur considération, ils ne doivent s'en prendre qu'au malheur de leur naissance et pas à l'historien »¹⁹⁸⁰. Roger Dalcq nuance cependant en ajoutant que « si cette interprétation est indispensable pour permettre à l'historien de remplir sa mission, le principe n'est toutefois pas absolu. Tous les faits de la vie intime n'appartiennent pas à l'histoire et les tribunaux doivent jouer en cette matière un rôle de régulateur en sanctionnant les excès. Ils devront aussi trancher les allégations opposées des parties pour dire où est le vrai et le faux, ce qui peut être une mission particulièrement délicate »¹⁹⁸¹. L'auteur anticipe déjà le critère de l'appartenance des informations litigieuses à l'Histoire (voy. *infra*). Il est difficile de ne pas voir dans ces considérations datant de 1962 les traces des droits à l'oubli.

C. Personnes publiques et/ou personnes privées

1. Les catégories de personnes publiques, en théorie

¹⁹⁷⁸ Bruxelles, 26 décembre 1888, *Pas.*, 1889, II, p. 94. Voy., pour d'autres développements de cet arrêt *supra* et *infra*.

¹⁹⁷⁹ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, coll. Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 338, n° 3079.

¹⁹⁸⁰ M. A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t° I, 6^{ème} éd., Paris, Marchal & Godde, 1911, p. 48, n° 66.

¹⁹⁸¹ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 338, n° 3079.

387. - La catégorisation et la définition de la personne publique. Outre la question plus innovante relative à la possibilité pour une personne morale de revendiquer un droit à l'oubli d'informations journalistiques, l'un des éléments traditionnellement mobilisé par les juridictions pour tenter de trouver un équilibre entre les droits en conflit est le fait d'être en présence d'un personnage public ou d'un simple *quidam* non habitué aux feux des projecteurs¹⁹⁸². Dans de nombreuses décisions, et notamment dans l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google Spain*, les juges européens enseignent qu'une mesure visant à limiter la protection du droit à la vie privée peut être validée dès lors que le plaignant joue un rôle dans la vie publique. Autrement dit, une personne qualifiée de publique bénéficie d'une protection moindre de son droit à la vie privée et donc, *a fortiori*, de son droit à l'oubli d'informations journalistiques. Comme François Rigaux le souligne habilement, les juges sont en réalité amenés à « résoudre une équation comportant au moins quatre variables, à savoir la qualité publique ou privée de la personne et l'intérêt public ou privé des faits qui sont divulgués [...] », aboutissant alors à « une double conséquence : toute la vie d'un personnage public n'est pas un objet licite de divulgation et, inversement, l'immense majorité des personnes, celles qui n'ont pas un tel caractère, peuvent être occasionnellement projetées dans l'actualité, ce qui justifie la publicité donnée à certains faits qui leur sont personnels »¹⁹⁸³.

Ces réflexions sont illustrées dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière considère en effet que des révélations de faits entrant normalement dans l'ordre du privé peuvent se justifier si elles contribuent à un débat d'intérêt général. Autrement dit, il apparaît que la qualité publique d'une personne, aussi centrale soit-elle, ne peut être analysée indépendamment de l'intérêt porté aux informations. Soulignons toutefois que ces considérations s'inscrivent, généralement, dans le cadre d'une analyse faite lors de la divulgation initiale des informations. Or, dans le cadre de l'application de l'oubli d'informations journalistiques, il n'est pas question de s'interroger sur le caractère fautif de ce contenu initial mais davantage sur le caractère fautif de sa persistance en l'état et sa disponibilité sans restriction. Ceci explique que la notion d'intérêt général ne soit pas frontalement analysée

¹⁹⁸² L'on oppose aujourd'hui les mots *public* et *privé*. Cette opposition date du XVIII^{ème} siècle. A ce propos, voy. C. ERRERA, « La vie privée des politiques, un tabou de la presse française », *Communication & Langages*, 2006, n° 148, p. 82. L'auteur s'appuie sur les travaux de Richard Sennett qui écrit que « [p]ublic signifie [alors] ouvert à l'investigation de tout un chacun, tandis que privé désigne une région protégée de la vie, définie par la famille et par les amis » (R. SENNETT, *Les tyrannies de l'intimité*, Paris, Seuil, 1979, p. 25). Le sens accordé à l'époque permet toutefois déjà de voir poindre la distinction actuelle.

¹⁹⁸³ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 359, n° 297.

dans les critères de mise en balance. Elle n'est cependant pas totalement absente de nos réflexions. Elle s'inscrit en réalité en filigrane – quoique parfois plus clairement – dans la mise en œuvre d'autres critères proposés, notamment ceux de l'actualité (voy. *infra*), de l'appartenance des informations à l'histoire (voy. *infra*) ou encore du type d'information pour lequel l'oubli est requis (voy. *infra*). Plus globalement encore, l'intérêt général enveloppe l'ensemble du processus visant à mettre en balance les intérêts en présence. Le fait de se détacher d'une analyse frontale de ce critère permet, en partie au moins, de reconnaître que les intérêts en jeu dans le cadre d'une demande d'oubli d'informations ne sont plus totalement identiques à ceux qui préexistaient lors de la divulgation initiale de l'information.

Les variables mises en lumière par François Rigaux demeurent toujours d'actualité. Cela étant, la distinction traditionnelle s'est quelque peu affinée. Ainsi, la jurisprudence allemande opère depuis longtemps une distinction entre les *absolute* et les *relative Personen der Zeitgeschichte*¹⁹⁸⁴, c'est-à-dire entre les personnes absolues et relatives – ou occasionnelles – de l'histoire contemporaine, autrement dit de l'actualité¹⁹⁸⁵. Cette catégorisation a d'ailleurs été mentionnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *von Hannover c. Allemagne*¹⁹⁸⁶. Cette distinction faite en Allemagne se retrouve également dans des systèmes de *common law*, comme aux Etats-Unis, où l'on oppose « les personnes qui ont un caractère public “à tous égards et en toute circonstance” et celles qui n'acquièrent un tel caractère que pour “un nombre restreint de questions” »¹⁹⁸⁷.

Plus récemment, à la suite de l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice, quelques réflexions ont été menées sur ce critère du caractère public d'une personne. Les juges luxembourgeois ont en effet considéré qu'il fallait prendre en compte cet élément en vue d'une

¹⁹⁸⁴ La distinction provient d'une loi allemande datant du 9 janvier 1907 et portant sur le droit d'auteur dans les œuvres des beaux-arts et de la photographie (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie*). L'article 22 y mentionne que les images d'une personne ne peuvent être diffusées qu'avec son consentement. Toutefois, l'article 23, qui organise des exceptions à ce principe, précise qu'un tel consentement n'est pas nécessaire pour les images relevant de l'Histoire contemporaine (*Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden : 1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte*). Cette loi trouve son origine dans un scandale éclaté en Allemagne à la suite de la diffusion de clichés représentant Bismarck sur son lit de mort (J.-L. HALPÉRIN, « Anecdote monégasque ou européanisation de la *privacy* ? », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 340).

¹⁹⁸⁵ Dans son ouvrage, François Rigaux précise les origines de cette distinction à trouver dans la jurisprudence allemande. Voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., pp. 359 et 360, n° 297. Voy. aussi une décision luxembourgeoise qui fait référence à la personnalité absolue de l'histoire contemporaine, Tribunal administratif du Grand-Duché du Luxembourg, 21 juillet 2017, n° 39889.

¹⁹⁸⁶ Voy. *infra*.

¹⁹⁸⁷ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 359, n° 297.

application de la réglementation en matière de données à caractère personnel¹⁹⁸⁸. Dans des *guidelines* adoptées par le Groupe de travail Article 29 afin de permettre une implémentation uniformisée de l'arrêt *Google Spain*¹⁹⁸⁹, la figure du « personnage public » devient une catégorie à part entière des « personnes jouant un rôle dans la vie publique ». Dès lors, il y aurait lieu d'opposer cette nouvelle figure aux personnes ne jouant pas de rôle dans la vie publique. Il paraît nécessaire d'indiquer que ce rôle dans la vie publique peut être joué activement, c'est-à-dire volontairement, ainsi que passivement, c'est-à-dire involontairement. Ce rôle peut en outre parfaitement être temporaire. Entendu comme cela, ce nouvel étalon permet, par exemple, de considérer plus aisément qu'une personne au centre d'un procès médiatique puisse être considérée comme appartenant à la catégorie des personnes « jouant un rôle dans la vie publique » sans entrer dans celle des « personnages publics ». Toujours dans la continuité de l'arrêt *Google Spain*, le Comité consultatif composé d'experts mandatés par Google¹⁹⁹⁰ afin d'implémenter concrètement les enseignements de l'arrêt précité, a lui-aussi admis que le rôle joué par une personne dans la vie publique constitue un élément central¹⁹⁹¹ à prendre en compte dans la balance des intérêts entre la liberté d'expression et la vie privée. Il développe son raisonnement en créant trois sous-catégories : les individus ayant un rôle clair dans la vie publique, les individus n'ayant pas de rôle apparent dans la vie publique, et enfin les individus ayant un rôle limité – ou dans un contexte particulier – dans la vie publique.

Créer des catégories juridiques – ou qui se veulent juridiques – n'est réellement efficace qu'à partir du moment où l'on peut, si pas les définir, au moins les appréhender pratiquement¹⁹⁹². Or, il faut le souligner, à l'heure actuelle, les éléments qui permettent de comprendre les nuances entre ces différentes catégories font défaut. Peut-être sont-elles parfois inexistantes tant les propositions relevées se recoupent ? Il existe bien une définition du personnage public proposé par la résolution 1165 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée. Cette dernière considère que les personnes publiques sont « celles qui exercent des fonctions publiques et/ou utilisent des ressources publiques et, d'une manière plus générale, toutes celles qui jouent un rôle dans la vie publique, qu'il soit politique,

¹⁹⁸⁸ Pour des plus amples développements sur le raisonnement proposé par la Cour, voy., dans la troisième partie de cette étude, *infra*.

¹⁹⁸⁹ Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the implementation of the Court of justice of the European Union judgement on "Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González"* C-131/12, document WP 225, 26 novembre 2014.

¹⁹⁹⁰ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 février 2015, p. 8.

¹⁹⁹¹ Le Comité propose quatre éléments.

¹⁹⁹² Pour quelques développements sur ces différentes catégories, voy. *infra*.

économique, artistique, social, sportif ou autre »¹⁹⁹³. C'est le seul texte qui se risque à proposer une telle définition juridique de cette notion. Les autres textes se limitent souvent à citer quelques exemples. Ainsi, les *guidelines* dont il a été question considèrent que les « personnes jouant un rôle dans la vie publique » sont, à titre d'exemple, les hommes et femmes politiques, les représentants officiels d'institutions, les hommes et femmes d'affaires, les personnes membres de professions réglementées. La doctrine n'est pas davantage nombreuse lorsqu'il s'agit de doter ces notions d'une définition précise. Enfin, citons Koen Lemmens qui indique que les personnages publics sont des « personnes qui sont connues dans une société précise, car elles y ont acquis une célébrité certaine, qui permet de les distinguer de simples quidams »¹⁹⁹⁴.

388. - Personnage public et notoriété. L'élément central de l'ensemble de ces catégories est la notoriété. Cela étant, la notoriété ne peut, à elle-seule, justifier la diffusion d'informations privées. Comme l'a écrit François Rigaux, « [a]près qu'il a été soumis à la modalité de son caractère absolu ou relatif, permanent ou occasionnel, le concept de "notoriété" se révèle insuffisant à déterminer la partie des faits existentiels soustraite à la maîtrise de l'individu, et ce d'autant plus qu'il faut retrancher de la vie des personnages publics une zone indistincte, variable selon les circonstances, couvrant les éléments de leur intimité qui méritent une protection plus étendue. Quand un bien de la personnalité entre en conflit avec le droit à l'information, le seul critère adéquat consiste à vérifier si l'information du public doit, dans l'intérêt général, faire céder la maîtrise en principe reconnue à chacun sur sa propre image »¹⁹⁹⁵.

Cet élément relatif à la notoriété, impliquant *de facto* le caractère public d'une personne, a été relevé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ses deux arrêts rendus par la grande chambre le 7 février 2012, la Cour formalise le critère qui existait déjà dans ses arrêts précédents. Elle indique explicitement qu'« alors qu'une personne privée inconnue du public peut prétendre à une protection particulière de son droit à la vie privée, il n'en va pas de même des personnes publiques »¹⁹⁹⁶. Elle le mentionne plus clairement encore

¹⁹⁹³ Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée, § 7.

¹⁹⁹⁴ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 411, n° 586.

¹⁹⁹⁵ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 361, n° 298.

¹⁹⁹⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 91 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. 40660/08 et 60641/08, § 110. Voy. aussi Cour eur. D.H. (déc.), 14 juin 2005, *Minelli c. Suisse*, req. 14991/02, § 55.

par la suite : les personnes publiques « ne peuvent pas prétendre de la même manière à une protection de leur droit à la vie privée que des personnes privées inconnues du public »¹⁹⁹⁷.

Enfin, citons encore un extrait de l'arrêt rendu le 26 février 2002 en l'affaire *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*. La Cour exécute un raisonnement à la croisée de plusieurs critères évoqués dans la présente étude : l'intérêt public, l'actualité et le caractère public d'un homme politique. Elle écrit ce qui suit : « [e]ven accepting that the reasons adduced by the Austrian courts were “relevant”, the Court finds that they were not “sufficient”. The Austrian courts failed to take into account the essential function the press fulfils in a democratic society and its duty to impart information and ideas on all matters of public interest [...]. Moreover, it is of little importance whether a certain person (or his or her picture) is actually known to the public. What counts is whether this person has entered the public arena. This is the case of a politician on account of his public functions [...], a person participating in a public debate [...], an association which is active in a field of public concern, on which it enters into public discussions [...], or a person who is suspected of having committed offences of a political nature which attract the attention of the public [...]. In view of Mr Posch's position as a politician there is no doubt that he had entered the public arena and had to bear the consequences thereof. Thus, there is no valid reason why the applicant company should be prevented from publishing his picture. In this respect the Court attaches particular importance to the fact that the published photographs did not disclose any details of his private life [...] »¹⁹⁹⁸. La Cour distingue donc clairement le fait qu'une personne soit notoire du fait qu'elle s'inscrit dans l'arène publique.

2. La concrétisation des catégories des personnes publiques

389. - Introduction. Comme indiqué précédemment, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux personnes qualifiées de publiques est nombreuse. Dans ce point, l'objectif est de mettre en exergue les grands axes de ces décisions pour les catégories de personnes publiques qui reviennent régulièrement dans les décisions européennes. L'objectif n'est pas de tendre à l'exhaustivité mais simplement de concéder quelques éclaircissements

¹⁹⁹⁷ Cour eur. D.H., 19 septembre 2013, *von Hannover c. Allemagne* (n° 3), req. 8772/10, § 53. Dans le même sens, voy. par exemple, Cour eur. D.H., 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 49.

¹⁹⁹⁸ Cour eur. D.H., 25 février 2002, *Krone Verlag GbmH & Co. AG c. Autriche*, req. 34315/96, § 37.-

relatifs au personnel politique (a), aux personnalités de l'histoire (b), aux hommes et femmes d'affaires, magistrats et fonctionnaires (c), ainsi qu'aux personnes liées à une procédure judiciaire (d). Ces développements ne portent en outre pas sur la liberté d'expression de chacune de ces catégories mais bien sur une démonstration du fait qu'ils doivent accepter des atteintes plus importantes à leur vie privée.

a) Le personnel politique

390. - Définition. La personnalité politique est définie par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans une déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias¹⁹⁹⁹. Ainsi, il s'agit de « [t]oute personne physique qui est candidate, a été élue ou a quitté un poste politique, qui occupe une fonction politique au niveau local, régional, national ou international ou qui exerce une influence politique »²⁰⁰⁰. Quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, aucune définition précise n'y est proposée. Selon Nicolas Hervieu, « la protection de la liberté d'expression des personnages politiques, particulièrement forte, est inversement proportionnelle à la précision des contours de cette dernière qualité »²⁰⁰¹. Il faut en effet constater que la jurisprudence de la Cour ne se risque pas à définir la notion, préférant une approche au cas par cas, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce. Une telle démarche est opportune tant « [i]l est d'abord difficile d'exiger une définition d'une qualité qui n'est déjà guère évidente en soi, ne serait-ce qu'en lien avec le flou et l'étendue de l'objet politique lui-même. De plus, cette définition varie selon le contexte. Surtout, la finalité de la qualification de l'auteur du discours n'exige pas une telle définition dans la démarche de la Cour »²⁰⁰².

L'on peut toutefois démontrer que la Cour européenne conçoit différents statuts dans la vaste catégorie des personnes politiques²⁰⁰³. Premièrement, il y a l'élu du peuple qui «

¹⁹⁹⁹ La nature du texte oblige cependant à ne pas donner un poids trop important à cette définition. La définition constitue davantage une illustration du fait de l'émergence nécessaire d'une définition de ce concept.

²⁰⁰⁰ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée le 12 février 2004.

²⁰⁰¹ N. HERVIEU, « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : “de la démocratie à Strasbourg” », *CRDF*, 2010/8, p. 106.

²⁰⁰² N. HERVIEU, « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : “de la démocratie à Strasbourg” », *op. cit.*, pp. 106 et 107.

²⁰⁰³ La plupart de ces arrêts concerne l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et permet de baliser la liberté d'expression des personnalités politiques.

représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts »²⁰⁰⁴. Deuxièmement, la Cour assimile tout membre actif d'un parti politique à un élu²⁰⁰⁵. Troisièmement, une opposante politique est un personnage politique : tout « adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l'arène politique »²⁰⁰⁶. Quatrièmement, siéger dans l'opposition²⁰⁰⁷ ou être futur élu²⁰⁰⁸ permet d'être considéré par la Cour comme un personnage politique, à l'instar d'un membre non élu mais candidat à une élection²⁰⁰⁹. Enfin, de façon plus transversale, la Cour qualifie les hommes politiques d'« acteurs de la vie politique »²⁰¹⁰.

391. - Les vies privée et publique des personnages politiques. Les hommes et femmes politiques, en débutant leur carrière, acceptent n'ont généralement pas le choix que de lâcher du lest quant à la protection de leur vie privée²⁰¹¹. Les dérives médiatiques que l'on constate n'épargnent pas le monde politique. Christine Errera constate que « [l]a politique est ainsi devenue avec les arts du spectacle l'une des deux principales activités qui ont "pour caractère de rendre 'publics' ceux qui les exercent, parce qu'elles s'adressent par définition au 'public'" »²⁰¹². Cette publicité se déduit en outre du fait que la fonction de ces hommes et femmes politiques « touche au cœur de la démocratie »²⁰¹³. Il est vrai, certains faits considérés pour les *quidams* comme étant d'ordre privé peuvent revêtir une dimension – plus ou moins importante – d'intérêt public lorsqu'il s'agit d'hommes ou femmes politiques. Il y a une volonté de la part des électeurs de connaître les personnes à qui ils octroient leur voix, justifiant de la sorte quelques indiscretions. La résolution 1165 sur le droit à la vie privée admet qu'« [i]l est vrai que certains faits relevant de la sphère de la vie privée des personnes publiques, en

²⁰⁰⁴ Cour eur. D.H., 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. 11798/85, § 42. A propos d'un élu militant, voy. Cour eur. D.H., 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. 12697/03, § 20 (« [l]e requérant s'exprimait sans aucun doute en sa qualité d'élue et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique ou "militante" »).

²⁰⁰⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. 22678/93, § 46.

²⁰⁰⁶ Cour eur. D.H., 27 avril 1995, *Piermont c. France*, req. 15773/89, § 76.

²⁰⁰⁷ Cour eur. D.H., 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. 11798/85, § 42.

²⁰⁰⁸ Cour eur. D.H., 25 février 2010, *Renaud c. France*, req. 13290/07, § 40.

²⁰⁰⁹ Cour eur. D.H., 11 avril 2006, *Brasilier c. France*, req. 71343/01, § 42.

²⁰¹⁰ Cour eur. D.H., 4 mai 2006, *Alinak et al. c. Turquie*, req. 34520/97, § 35.

²⁰¹¹ Voy. dans le même sens, la résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée, § 6.

²⁰¹² C. ERRERA, « La vie privée des politiques, un tabou de la presse française », *Communication & Langages*, 2006, n° 148, p. 81. L'auteure reprend une citation d'A. PROST, « Transitions et interférences », in P. ARIÈS, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée. De la première guerre mondiale à nos jours*, coll. Points Histoire, Paris, Seuil, 1999, p. 129.

²⁰¹³ K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 78, n° 78 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 411, n° 586.

particulier des politiciens, peuvent avoir un intérêt pour les citoyens et qu'il est donc légitime de les porter à la connaissance des lecteurs qui sont aussi des électeurs »²⁰¹⁴. Connaître certains éléments relatifs à la vie privée des élus permet donc aux électeurs de profiler les personnages politiques, d'identifier « les standards pertinents » sur base desquels un homme politique pourrait ensuite être jugé²⁰¹⁵.

Outre ces éléments privés, les hommes et femmes politiques s'exposent, de leur plein gré, au public dans le cadre de leurs actions, discours, décisions. Cette exposition choisie les oblige à tolérer des critiques de la part de la presse ainsi que, plus largement, des citoyens²⁰¹⁶. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, il y a lieu de protéger « la liberté de discussion politique »²⁰¹⁷. Elle a eu l'occasion de formaliser cette protection dans son arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, mettant en exergue les bienfaits de la liberté de la presse dans le débat démocratique. Elle considère que « [l]a liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière. Partant, *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'une personnalité politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier* : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance »²⁰¹⁸. Allant dans le même sens, dans ses deux arrêts du 7 février 2012, la grande chambre de la Cour a affirmé que, « dans des circonstances particulières, le droit du public d'être informé peut même porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, notamment lorsqu'il s'agit de personnalités politiques »²⁰¹⁹. En 2014, la Cour réitère de tels propos en indiquant qu'« [u]n homme politique, par exemple, visé en cette qualité, s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens

²⁰¹⁴ Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée, § 9.

²⁰¹⁵ K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, p. 78, n° 13.

²⁰¹⁶ En ce sens, voy. C. BIGOT, « La protection de la vie privée des hommes politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légicom*, 2015/1, p. 115.

²⁰¹⁷ Cour eur. D.H., 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. 11798/85, § 46.

²⁰¹⁸ Cour eur. D.H., 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. 9815/82, § 42 (nous soulignons). Voy aussi Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Eon c. France*, req. 26118/10, § 59 ; Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, req. 57829/00, § 40 ; Cour eur. D.H., 28 septembre 2000, *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, req. 37698/97, § 30.

²⁰¹⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 91 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. 40660/08 et 60641/08, § 110.

; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance »²⁰²⁰. Cette tolérance doit être plus importante encore lorsque l'homme politique « se livre lui-même à des déclarations publiques pouvant prêter à critique »²⁰²¹ ; autrement dit, celui qui tient des propos controversés sur la scène publique doit accepter une critique la plus sévère²⁰²². La Cour européenne a enfin eu l'occasion de souligner que « les limites de la critique admissible sont plus larges [encore] à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier ou d'un homme politique »²⁰²³.

b) Les personnalités de l'histoire

392. - Un concept allemand... La distinction entre les personnalités absolues et relatives de l'histoire contemporaine apparaît dans la jurisprudence allemande avant d'être intégrée dans la jurisprudence européenne au gré des recours introduits à l'encontre de décisions allemandes. C'est en 1973, dans un arrêt *Lebach*, que la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) voit émerger sa jurisprudence visant à déterminer les liens entre la liberté d'expression d'une part, et les droits de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*) d'autre part²⁰²⁴. Globalement, on peut définir la personne de l'histoire contemporaine comme suit : « [e]ine Person der Zeitgeschichte ist eine Erscheinung im Leben der Gegenwart, die von der

²⁰²⁰ Cour eur. D.H., 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 49.

²⁰²¹ Cour eur. D.H., 1^{er} juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche* (n° 2), req. 20834/92, § 29. L'expression est couramment reprise par la Cour : voy. notamment Cour eur. D.H., 17 juillet 2008, *Riolo c. Italie*, req. 42211/07, § 56 ; Cour eur. D.H., 22 février 2005, *Pakdemirli c. Turquie*, req. 35839/97, § 45 ; Cour eur. D.H., 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, req. 51279/99, § 56 ; Cour eur. D.H., 27 février 2001, *Jerusalem c. Autriche*, req. 26958/95, § 38 ; Cour eur. D.H., 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, req. 11662/85, § 59. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02, § 56.

²⁰²² K. Lemmens note qu'un tel arrêt pourrait avoir un effet négatif sur l'engagement dans la vie politique, puisque seuls ceux ayant acquis une carapace d'indifférence seraient capables de supporter les attaques et insultes que la participation à la vie publique engendre et que le droit tolère au nom de la liberté d'expression. Si, en général, l'on peut partager cette remarque, en l'espèce, la décision de la Cour semble équilibrée et l'insulte de « Trottet » paraît non disproportionnée par rapport aux propos eux-mêmes excessifs tenus par l'intéressé. Voy. K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu : attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 227 et 228 qui cite l'opinion dissidente du juge Matscher dans l'arrêt *Oberschlick c. Autriche* : « [d]'après moi, le but de l'article 10 de la Convention est de permettre un vrai débat d'idées, pas de protéger un journaliste primitif et de bas niveau qui, faute de posséder les qualités requises pour présenter des arguments sérieux, recourt à la provocation et aux insultes pour attirer des lecteurs potentiels, sans aucunement contribuer à un échange d'idées dignes de ce nom ».

²⁰²³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, req. 2668/07 e.a., § 133 ; Cour eur. D.H., 25 octobre 2005, *Yüksel (Geyik) c. Turquie*, req. 56362/00, § 27 ; Cour eur. D.H., 15 octobre 2002, *Aye Öztürk c. Turquie*, req. 24914/94, § 67 ; Cour eur. D.H., 9 juillet 2002, *Seher Karatas c. Turquie*, req. 33179/96, § 37 ; Cour eur. D.H., 15 juin 2000, *Erdogdu c. Turquie*, req. 25723/94, § 62 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 28 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, req. 22479/93, § 66 ; ainsi que douze arrêts de la Grande chambre de la Cour, tous rendus le 8 juillet 1999 concernant la Turquie.

²⁰²⁴ Pour de plus amples développements sur cet arrêt, voy. *infra*, la partie relative aux personnes condamnées ou l'ayant été.

öffentlichkeit beachtet wird, bei ihr Aufmerksamkeit findet und Gegenstand der Teilnahme oder Wissbegier weiter Kreise ist »²⁰²⁵. Cet extrait librement traduit permet de considérer qu'une personne de l'histoire contemporaine est donc une « personne-phénomène » de l'actualité, remarquée par le public, qui attire l'attention sur elle, et est largement utilisé pour la participation ou la curiosité. La catégorie des *absolute Personen der Zeitgeschichte* comprend notamment les familles royales et régnantes. Elles sont partiellement assimilables aux hommes politiques en ce qu'elles constituent des composantes de certains systèmes étatiques. Elles font partie de ce que Charles Debbasch appelle la « célébrité légitime »²⁰²⁶. Pour autant, tous les membres de ces familles ne jouent pas d'office un rôle d'ordre politique, voire même public. Quant aux *relative Personen der Zeitgeschichte*, il s'agit des « personnes mêlées – volontairement ou involontairement – à des événements qui suscitent un certain intérêt auprès du public de sorte qu'elles s'exposent, plus que d'autres, à la révélation de faits appartenant à leur vie privée »²⁰²⁷. Ces personnes doivent admettre que des informations d'ordre privée ou intime soient diffusées dès lors qu'elles s'inscrivent dans des événements d'intérêt public, cette justification supprimant l'éventuel caractère fautif de la divulgation.

393. - ... repris par la jurisprudence européenne. Dans la jurisprudence européenne, c'est l'arrêt *von Hannover c. Allemagne*²⁰²⁸ datant du 24 juin 2004 qui met en évidence la question de la vie privée d'une « personnalité absolue de l'histoire contemporaine »²⁰²⁹. La requérante, Princesse de Monaco, se plaint de la diffusion de photos qui la représentent dans des moments privés accompagnée de diverses personnes. La Cour européenne estime que les photos heurtent sa protection du droit à la vie privée dans la mesure où leur publication se borne à satisfaire la curiosité du lectorat et non à faire avancer le débat public. Outre l'absence d'impact des photos sur la formation de l'opinion, le fait qu'il ne s'agisse pas d'un reportage sur une personnalité politique, la Princesse Caroline de Monaco n'exerçant aucune fonction publique officielle (§ 63), mais simplement sur une personne en vue, considérée comme une personnalité de l'histoire contemporaine, a joué dans l'appréciation de la Cour. Cela étant, dans ce premier arrêt, la Cour européenne n'utilise pas véritablement – voire critique indirectement – la qualification

²⁰²⁵ <https://www.lawbster.de/basics-medienrecht-personen-der-zeitgeschichte/>, mis en ligne le 19 novembre 2013, consulté le 16 avril 2018.

²⁰²⁶ C. DEBBASCH, *Droit des médias*, Paris, Dalloz, 1999, p. 928.

²⁰²⁷ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 415, n° 593. Voy. aussi J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », op. cit., p. 70.

²⁰²⁸ Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00.

²⁰²⁹ Voy. aussi l'analyse de cette affaire dans l'analyse du droit à la vie privée. **RENVOL.**

d'*absolute Personen der Zeitgeschichte*²⁰³⁰. Elle doute en réalité quant au fait de qualifier la princesse de personnage public. En outre, l'arrêt précise que « la Cour éprouve des difficultés à suivre l'interprétation [...] qui consiste à qualifier une personne en tant que telle de personnalité "absolue" de l'histoire contemporaine. Impliquant une protection très limitée de la vie privée et du droit à l'image, une telle qualification peut se comprendre pour des personnalités de la vie politique occupant des fonctions officielles. Cependant, elle ne saurait se justifier pour une personne "privée" comme la requérante, pour qui l'intérêt du grand public et de la presse est fondé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors qu'elle-même ne remplit pas de fonctions officielles » (§ 72). Le juge Cabral Barreto, dans son opinion concordante, invalide la qualification de « personne privée » dès lors que selon lui, « au contraire, la requérante est une personne publique, et le public a droit à être informé sur sa vie »²⁰³¹. La Cour s'est, il est vrai, montré trop rigoureuse dans l'application de ses principes. Les membres d'une famille royale ou régnante ne peuvent être dotés du statut de simple personne privée. Cela se justifie notamment – mais pas obligatoirement²⁰³² – parce qu'ils bénéficient de par leur statut de deniers publics²⁰³³.

Dans ce même arrêt, la Cour constate l'absence de clarté de la distinction faite par la jurisprudence allemande entre les personnalités absolues et personnalités relatives. Cette précision est nécessaire pour qu'un individu « sache exactement quand et où il se trouve dans une sphère protégée ou, au contraire, dans une sphère dans laquelle il doit s'attendre à une ingérence de la part d'autrui et surtout de la presse à sensation » (§ 73). La Cour relève notamment que la jurisprudence allemande semble admettre qu'une personnalité absolue de

²⁰³⁰ L'expression n'apparaît en effet que dans un extrait de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Bundesverfassungsgericht). Cette jurisprudence européenne a abouti à ce que ce concept de personne de l'histoire contemporaine soit critiquée ensuite dans la doctrine allemande. Voy. notamment R. ZULAUF, M. SIEBER, « Die Person der Zeitgeschichte : Entstauben oder entsorgen ? Der Begriff ist nach Auffassung der Autorinnen reif für eine Neupositionierung », *media lex*, 2017/3.

²⁰³¹ Opinion concordante du juge Cabral Barreto, § 1^{er}. Malgré cette qualification, et comme le souligne Koen Lemmens, « dans un arrêt ultérieur concernant la même problématique, la Cour a rappelé qu'elle avait déjà dû se prononcer sur la publication de photos des personnages publics en guise d'illustration », en renvoyant à l'affaire *von Hannover c. Allemagne* (K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, p. 82, n° 21 ; l'arrêt dont il est question étant le suivant, Cour eur. D.H., 11 janvier 2005, *Sciaccia c. Italie*, req. 50774/99).

²⁰³² Il y a lieu de distinguer le statut d'une personne – privé ou public – des éléments de sa vie privée pouvant être qualifiés de privés ou publics. Ainsi, une personne publique peut parfaitement voir des éléments de sa vie privée être protégés, et vice versa. Le fait de bénéficier d'une dotation publique peut, plus facilement, impliquer que l'on considère une personne comme présentant un caractère public, sans que cela puisse signifier que tout fait de sa vie doit être considéré comme public.

²⁰³³ Voy. K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, pp. 83 et 84, n° 22 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 377, n° 313.

l'histoire contemporaine puisse bénéficier d'une protection de sa vie privée pour autant qu'elle se trouve « dans un endroit isolé, à l'abri du public » (§ 74). La protection de la vie privée d'un homme public découle dès lors d'une dimension spatiale supplémentaire, critère qui pour la Cour européenne apparaît en pratique trop vague et difficile à déterminer à l'avance pour la personne concernée (§ 75)²⁰³⁴. Répondant à ces critiques, Koen Lemmens rappelle que les concepts européens tels que celui de « “personnes publiques” ou celui de “débat d'intérêt général pour la société” » ne sont pas beaucoup plus précis que ceux proposés dans la jurisprudence allemande²⁰³⁵.

Huit ans après cet arrêt, la Cour européenne a rendu un deuxième arrêt *von Hannover c. Allemagne*²⁰³⁶. En 2004, la juridiction strasbourgeoise émettait des doutes sur la qualification de « personnalité absolue de l'histoire contemporaine ». Huit ans après, elle qualifie cette fois la requérante de personnage public. Elle « estime qu'indépendamment de la question de savoir si et dans quelle mesure la requérante assume des fonctions officielles pour le compte de la principauté de Monaco, on ne saurait prétendre que les requérants, compte tenu de leur degré de notoriété incontestable, sont des personnes privées ordinaires » (§ 120). La Cour ne fait toujours pas sienne l'expression allemande mais se contente d'évoquer le critère de notoriété de la princesse. Dans un troisième arrêt *von Hannover c. Allemagne*²⁰³⁷, la princesse et son mari sont à nouveau qualifiés de personnalités publiques (§ 53), les juges strasbourgeois recourant une nouvelle fois au critère de la notoriété.

Enfin, l'expression allemande est reprise dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* rendu par la grande chambre²⁰³⁸. La publication concerne l'existence d'un fils naturel du Prince Albert de Monaco, frère de la précédente requérante. La Cour, s'appuyant comme de coutume sur la notion de notoriété, rappelle que « selon qu'elle est ou non investie de fonctions officielles, une personne pourra voir son droit à l'intimité de sa vie privée plus ou moins restreint : en ce sens, le droit des personnes publiques à préserver le secret de leur vie privée est en principe plus large lorsqu'elles ne sont détentrices d'aucune fonction officielle

²⁰³⁴ La Cour rejette ce critère spatial, considérant que même dans des lieux publics, une personne doit pouvoir bénéficier d'une protection de sa vie privée, en ce compris une personne connue du grand public.

²⁰³⁵ K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, p. 84, n° 23.

²⁰³⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08.

²⁰³⁷ Cour eur. D.H., 19 septembre 2013, *von Hannover c. Allemagne* (n° 3), req. 8772/10.

²⁰³⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07.

(même si elles jouent un rôle de représentation en tant que membres d'une famille princière [...]) et plus restreint lorsqu'elles sont investies d'une telle fonction » (§ 119). Dans cet extrait, la Cour tente en réalité de résumer brièvement sa précédente jurisprudence *von Hannover*. Fort logiquement, elle prolonge son raisonnement comme suit : « la Cour observe que le Prince est une personne qui, par sa naissance en tant que membre d'une famille princière et ses fonctions publiques, à la fois politique et de représentation, en qualité de chef d'État, jouit d'une notoriété publique indéniable » (§ 130).

- c) Les hommes et femmes d'affaires, les personnes morales, les fonctionnaires et les magistrats

394. - Les hommes d'affaires. Des hommes d'affaires célèbres doivent tolérer davantage de critiques et d'éventuelles atteintes que les simples citoyens. Ils sont en effet considérés comme des personnages relatifs de l'histoire contemporaine. Ainsi, s'agissant de propos tenus à l'encontre de l'homme d'affaires Al Fayed (propriétaire à l'époque du magasin Harrods)²⁰³⁹, la Cour de Strasbourg rappelle que « quant à la protection judiciaire du droit à une bonne réputation en droit interne, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme d'affaires faisant publiquement appel à l'épargne que de simples particuliers » (§ 75). L'appréciation en l'espèce devait en outre tenir compte du fait que les frères Fayed avaient eux-mêmes contribué à alimenter le débat public par des campagnes de presse destinées à entretenir et améliorer leur image et réputation (§ 76). Dans l'arrêt *Fuchsman c. Allemagne*, la Cour est encore plus claire à propos de la diffusion d'un article sur un homme d'affaires allemand internationalement actif dans le monde des médias. Elle soutient que « a manager of one of the country's most prestigious enterprises can be considered by his very position in society to be a public figure » (§ 41). La Cour reprend en réalité le raisonnement tenu dans l'arrêt *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*²⁰⁴⁰.

395. - Les personnes morales. On s'intéresse au rôle potentiellement public d'une entreprise. La question est celle de savoir si une entreprise doit être considérée comme

²⁰³⁹ Cour eur. D.H., 21 septembre 1994, *Fayed c. Royaume-Uni*, req. 17101/90.

²⁰⁴⁰ Cour eur. D.H., 14 décembre 2006, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* (n° 2), req. 10520/02, § 36. Pour la Cour, « a business magnate, who owns and manages one of the country's most prestigious enterprises, is by his very position in society a public figure ». Le requérant est une entreprise enregistrée à Vienne, propriétaire et diffuseur d'un magazine hebdomadaire.

appartenant à la catégorie juridique de « personne publique », devant *in fine* accepter davantage d'atteinte à sa réputation.

Dans l'arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005²⁰⁴¹, faisant notamment le parallèle entre les hommes et femmes d'affaires et les entreprises, la Cour enseigne que « [...] le fait que la plaignante en l'espèce fût une grande société multinationale ne devrait pas en principe la priver du droit de se défendre contre des allégations diffamatoires ni relever les requérants de l'obligation de prouver la véracité des déclarations formulées. Certes, les grandes entreprises s'exposent inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes et, de même que pour les hommes et les femmes d'affaires qui les dirigent, les limites de la critique admissible sont plus larges en ce qui les concerne [...]. Toutefois, en plus de l'intérêt général que revêt un débat libre sur les pratiques commerciales, il existe un intérêt concurrent à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises pour le bénéfice des actionnaires et des employés mais aussi pour le bien économique au sens large. L'Etat jouit par conséquent d'une marge d'appréciation quant aux recours dont une entreprise doit bénéficier en droit interne pour contester la véracité d'allégations susceptibles de nuire à sa réputation et pour en limiter les effets [...] » (§ 98). Dans un arrêt *Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldavie* rendu le 27 novembre 2007²⁰⁴², la Cour reconnaît le caractère public d'une entreprise. L'affaire concerne D.H., un fond d'investissement privé fondé et géré par une société privée. Se lançant dans une comparaison avec l'entreprise McDonald visée dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, la Cour précise ceci : « [t]he Court is aware that, in the present case, D.H. could not be considered to be a large company similar to that in *Steel and Morris* [...]. It should therefore enjoy a comparatively increased protection of its reputation. Nevertheless, the Court considers that when a private company decides to participate in transactions in which considerable public funds are involved, it voluntarily exposes itself to an increased scrutiny by public opinion. In particular, if there are allegations that such transactions were detrimental to public finances, a company must accept criticism by the public » (§ 34).

Dans ces deux affaires, la jurisprudence européenne pose clairement le postulat du caractère public des entreprises, et par conséquent d'une protection assimilable à celle conférée

²⁰⁴¹ Cour eur. D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, req. 68416/01. La Cour conclut à une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire porte sur des tracts diffusés par des membres de Greenpeace London, une association sans lien avec Greenpeace si ce n'est la volonté de traiter des questions relatives à la protection de l'environnement. Ces tracts mettent en cause l'entreprise McDonald's.

²⁰⁴² Cour eur. D.H., 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldavie*, req. 42864/05.

à des personnes physiques publiques. Cela étant, à l’instar toujours de ce qu’elle fait pour les individus, la Cour considère que la taille de l’entreprise en cause ainsi que ce à quoi elle se destine influent sur son caractère public et donc sur sa propension à bénéficier d’une protection partielle de sa réputation.

396. - Les fonctionnaires. La tolérance à l’égard de la critique dont doit faire preuve le personnel politique ne vaut pas pour les fonctionnaires qui sont mieux protégés que les « politiques » (mais moins protégés que les particuliers) : « pour les fonctionnaires dans l’exercice de leurs pouvoirs, les limites de la critique admissible peuvent dans certains cas être plus larges que pour le simple particulier. Cependant, on ne saurait dire que les fonctionnaires s’exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c’est le cas des hommes politiques et devraient dès lors être placés sur un pied d’égalité avec ces derniers lorsque leur comportement est critiqué. Qui plus est, les fonctionnaires doivent, pour s’acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés, et il peut dès lors se révéler nécessaire de les protéger contre les attaques verbales offensantes lorsqu’ils sont en service »²⁰⁴³. Les fonctionnaires se trouvent donc dans une catégorie intermédiaire.

397. - Les magistrats. Selon la Cour européenne, « [l]’expression “autorité du pouvoir judiciaire” reflète notamment l’idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l’innocence quant à une accusation en matière pénale, que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s’acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance »²⁰⁴⁴. Afin que ce respect et cette confiance puisse être garantie, la Cour semble accorder une protection moins large pour

²⁰⁴³ Cour eur. D.H., 11 mars 2003, *Lesnik c. Slovaquie*, req. 35640/97, § 53. Voy. aussi, parmi d’autres, Cour eur. D.H., 24 septembre 2013, *Belpietro c. Italie*, req. 43612/10, § 48 ; Cour eur. D.H., 15 novembre 2012, *Bargao et Domingos Correia c. Portugal*, req. 53579/09 et 53582/09, § 34 ; Cour eur. D.H., 21 décembre 2004, *Busuioc c. Moldavie*, req. 61513/00, § 64 ; Cour eur. D.H., 28 novembre 2003, *Steuer c. Pays-Bas*, req. 39657/98, § 41 ; Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas*, req. 65545/01, § 48 ; Cour eur. D.H., 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, req. 31611/96, § 48 ; Cour eur. D.H., 21 janvier 1999, *Janowski c. Pologne*, req. 25716/94, § 33 ; Cour eur. D.H., 8 juillet 1986 *Lingens c. Autriche*, req. 9815/82, § 42. Voy. enfin Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 septembre 2011, *Paloma Sánchez et autres c. Espagne*, req. 64359/01 et autres, § 71. La Cour semble moins claire dans sa distinction puisqu’elle « [...] rappelle à cet égard que les limites de la critique admissible sont certainement moins larges à l’égard des particuliers qu’à l’égard des hommes politiques et des fonctionnaires agissant dans l’exercice de leurs pouvoirs ».

²⁰⁴⁴ Cour eur. D.H., 9 juillet 2013, *Di Giovanni c. Italie*, req. 51160/06, § 71 ; Cour eur. D.H., 15 décembre 2011, *Mor c. France*, req. 28198/09, § 43 ; Cour eur. D.H., 29 août 1997, *Worm c. Autriche*, req. 22714/93, § 40 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. 6538/74, § 55. Pour le même raisonnement appliqué à la sphère pénale, voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, req. 73797/01, § 172.

les discours prenant pour cible des magistrats. Il convient en effet « de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir »²⁰⁴⁵. Le déséquilibre dans les armes, lié à l'obligation de réserve pesant sur les magistrats – ainsi que sur les fonctionnaires²⁰⁴⁶ –, explique pour partie le sort moins favorable que la Cour réserve au discours critique visant des magistrats. Cela s'explique également par le fait que l'article 10, § 2, de la Convention prévoit expressément que des restrictions à la liberté d'expression puissent être prévues si elles sont nécessaires « pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire », ce qui a pour effet que la pondération des intérêts est plus favorable aux magistrats visés par des propos excessifs que des fonctionnaires.

d) Les personnes condamnées ou l'ayant été

398. - Des personnes relatives de l'histoire judiciaire. L'on s'interroge sur le statut des personnes liées à un procès qui peuvent se trouver malgré elles sous le feu des projecteurs. L'oubli d'informations s'est notamment développé dans le cadre précis d'anciennes condamnations faisant l'objet de redivulgateur à travers un rappel occasionnel des faits ou leur maintien dans les archives en ligne. Plusieurs définitions du droit à l'oubli, proposées tant par la doctrine que par la jurisprudence, n'ouvrent d'ailleurs ce droit qu'aux seules personnes condamnées²⁰⁴⁷.

Compte tenu de l'existence d'une jurisprudence européenne abondante établissant la possibilité pour la presse de faire écho des débats judiciaires, les personnes liées à de telles procédures accèdent momentanément à l'actualité, leur faisant perdre leur statut de simple

²⁰⁴⁵ Cour eur. D.H., 11 juillet 2013, *Morice c. France*, req. 29369/10, § 99 ; Cour eur. D.H., 9 juillet 2013, *Di Giovanni c. Italie*, req. 51160/06, § 71 ; Cour eur. D.H., 30 octobre 2012, *Karpetas c. Grèce*, req. 6086/10, § 68 ; Cour eur. D.H., 11 février 2010, *Alfantakis c. Grèce*, req. 49330/07, § 27 ; Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas c. Grèce*, req. 65545/0, § 45 ; Cour eur. D.H., 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, req. 15974/90, § 34.

²⁰⁴⁶ A. GUEDJ, « L'homme public et la presse. Etude de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 928.

²⁰⁴⁷ Voy. *supra*.

*quidam*²⁰⁴⁸. En cela, elles entrent dans la catégorie des « personnages relatifs de l'histoire contemporaine »²⁰⁴⁹. Par conséquent, et parce que l'actualité et l'intérêt public que de tels rapports impliquent, les personnes liées à un procès doivent admettre, dans ce cadre précis, des atteintes plus importantes à leur vie privée. L'on conçoit bien évidemment que l'actualité puisse dicter de telles atteintes. La Cour européenne entend cependant protéger le prévenu dans le cadre d'une procédure judiciaire et du traitement médiatique qui en est fait²⁰⁵⁰. Étonnement, dans un arrêt *Sciacca c. Italie*²⁰⁵¹, la Cour refuse de qualifier une personne faisant l'objet de poursuites pénales de « personnage public ou personnalité politique » dès lors qu'elle n'est « pas une personne qui agi[t] dans un contexte public » (§ 28). Elle évoque enfin « [l]e caractère de “personne ordinaire” de la présente requérante », soutenant que « le fait que l'intéressée était l'objet de poursuites pénales ne saurait restreindre le champ de [...] protection » (§ 29) de la vie privée. Dans l'arrêt *Bédât c. Suisse*, elle évoque notamment le fait que « les informations divulguées par le requérant étaient de nature très personnelle, et même médicale, et incluaient notamment des déclarations du médecin traitant du prévenu [...], ainsi que des lettres adressées par ce dernier, depuis son lieu de détention, au juge d'instruction chargé de l'affaire. Aux yeux de la Cour, ce type d'information appelait le plus haut degré de protection sous l'angle de l'article 8 ; ce constat est d'autant plus important que le prévenu n'était pas connu du public et que le simple fait qu'il se trouvait au centre d'une enquête pénale, certes pour des faits très graves, n'impliquait pas qu'on l'assimile à un personnage public qui se met volontairement sur le devant de la scène » (§ 76)²⁰⁵². Elle ajoute qu'il convient encore de prendre en compte le fait

²⁰⁴⁸ Voy. par exemple, l'instance déontologie néerlandophone, le *Raad voor de Journalistiek*, a refusé d'octroyer l'oubli à Freddy Horion, celui-ci étant devenu une « personne publique appartenant à la mémoire collective ». Il faut dire que le criminel a été condamné pour six meurtres (*Raad voor de Journalistiek*, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Nieuwsblad et Cédric Lagast, Geert Neyt et Steven De Bock* ; *Raad voor de Journalistiek*, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Laatste Nieuws, Karen Sleurs et Edwin Verhoeven*).

²⁰⁴⁹ En ce sens, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 441, n° 381 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 416, n° 595 ; F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », op. cit., p. 44, n° 15 ; B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 149. Voy. aussi civ. Bruxelles, 12 janvier 1990, *J.T.*, p. 575 ; civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen ».

²⁰⁵⁰ Voy. notamment Cour eur. D.H., 21 septembre 2017, *Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne*, req. 51405/12, §§ 39 à 59 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. 56925/08, §§ 51, 76 à 78 ; Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Craxi c. Italie* (n° 2), req. 25337/94, § 73.

²⁰⁵¹ Cour eur. D.H., 11 janvier 2005, *Sciacca c. Italie*, req. 50774/99.

²⁰⁵² Dans le même sens, Cour eur. D.H., 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, req. 34438/04, § 62 (« [t]he Court is unable to agree with the applicants' argument that the absence of consent by B was irrelevant in view of her previous cooperation with the press. Her situation could not be assimilated to that of a person who voluntarily exposes himself or herself by virtue of his or her role as a politician [...] or as a public figure [...] or as a participant in a public debate on a matter of public interest [...]. Accordingly, the fact that B had cooperated with the press on previous occasions could not serve as an argument for depriving her of protection against the publication by the press of the photographs in question »).

« que, au moment de la publication de l'article litigieux, le prévenu se trouvait en détention, et donc dans une situation de vulnérabilité. Par ailleurs, rien dans le dossier n'indique qu'il était informé de la parution de l'article et de la nature des informations qui y figuraient. Au surplus, il souffrait vraisemblablement de troubles psychiques, ce qui accentuait sa vulnérabilité » (§ 78).

L'affaire *Bédât c. Suisse* permet en réalité de distinguer deux types d'informations divulguées sur des prévenus, personnes condamnées ou l'ayant été. Il s'agit premièrement de relater le procès (qu'il soit d'ailleurs civil ou pénal), la procédure, les faits reprochés, leur attitude, leur personnalité, etc. Il s'agit là d'offrir un compte rendu d'une actualité judiciaire. D'autres types d'informations peuvent aussi être diffusées : il s'agit d'informations privées qui n'ont, en tant que tel, pas ou peu de lien avec le procès, cette procédure judiciaire n'étant finalement qu'un prétexte pour diffuser des éléments d'ordre personnel et intime. Dans l'arrêt précité dans lequel de telles données sont visées, l'on constate que la Cour n'est pas dupe : ces informations conservent un haut degré de protection dès le moment où elles ne présentent aucun lien avec le procès.

399. - L'emprise du temps sur la qualité de personne relative de l'histoire. Outre le type d'informations divulguées, le moment de leur divulgation importe, d'autant plus dans le cadre de la revendication d'un droit à l'oubli d'informations journalistiques. En effet, les développements proposés concernent des personnes impliquées dans des procédures judiciaires en cours ou fraîchement closes²⁰⁵³. L'actualité permet donc de justifier la diffusion des informations. Tel n'est plus le cas, à notre estime, sur le long terme, offrant là un terrain de jeu pour la mise en œuvre de l'oubli de telles informations²⁰⁵⁴. Un tel raisonnement semble être validé par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Eerikainen et autres c. Finlande* du 10 février 2009²⁰⁵⁵. Le requérant n'est pas une personne publique mais a été le

²⁰⁵³ A ce sujet, voy. aussi les développements de M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., pp. 206 à 210, n° 124-2 à 124-9.

²⁰⁵⁴ Voy. dans un sens identique, F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », op. cit., p. 44, n° 15. L'auteur renvoie à de la jurisprudence tant allemande qu'américaine (voy. les notes 31 et 32).

²⁰⁵⁵ Cour eur. D.H., 10 février 2009, *Eerikainen et autres c. Finlande*, req. 3514/02, § 66. Le paragraphe indique ceci : « The Court can accept that the purpose of the 1997 article was to contribute to a public discussion. The criminal case brought against X was selected as an example illustrating the problems involved. While it is perfectly legitimate to use individual cases to highlight a more general problem, the question is whether the applicants went too far when they communicated X's identity to the public. It is plain that X was not a public figure or a politician but an ordinary person who was the subject of criminal proceedings [...]. The fact that she ran a relatively small cleaning firm and had given an interview eight years previously to a magazine, which had come about in circumstances apparently not discussed during the domestic proceedings or at any length before the Court, does

protagoniste d'une affaire judiciaire, ce qui permet de le qualifier de personnalité relative de l'histoire contemporaine. Selon la Cour, le passage du temps – huit années entre les faits et la nouvelle diffusion – fait perdre au requérant cette qualité et lui permet de recouvrer une pleine protection de sa vie privée. Dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, la Cour indique que « [s]i, par la suite et avec l'écoulement du temps, l'intérêt du public à l'égard [d'un] crime et, partant, la notoriété des requérants [condamnés pour ledit crime] ont décliné, la Cour observe que les requérants ont connu un regain de notoriété après avoir tenté, à plusieurs reprises, d'obtenir la réouverture de leur procès pénal et après s'être adressés à la presse à ce propos »²⁰⁵⁶. Autrement dit, la Cour estime que le temps permet d'effacer cette notoriété temporaire, celle-ci pouvant néanmoins être réactivée suivant les soubresauts des procédures judiciaires, d'autant plus lorsque cette réactivation est due au comportement de la personne elle-même.

400. - Une justification dans le principe de publicité. Outre les considérations liées à l'actualité et à l'intérêt public, il est possible de justifier cette intrusion dans le droit à la vie privée des personnes par le principe de publicité tant de l'audience que du jugement. Sans entrer dans de larges considérations, rappelons simplement que cette exigence est notamment inscrite à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci indiquant que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, *publiquement* et dans un délai raisonnable [...]. Le jugement doit être rendu *publiquement*, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdite à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » (nous soulignons). La publicité n'est donc pas absolue, le huis-clos pouvant être prononcé dans certaines circonstances. La Constitution belge confirme cette double publicité. Alors que l'article 148 indique que « [l]es audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs », l'article 149 précise lui que tout jugement « est prononcé en audience publique ».

not mean that she had knowingly entered the public arena [...]. X's status as an ordinary person enlarges the zone of interaction which may fall within the scope of private life. The fact that she was the subject of criminal proceedings cannot remove from her the protection of Article 8 [...] ».

²⁰⁵⁶ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 106. Voy. aussi le critère relatif au comportement antérieur de la personne, *infra*.

Pour François Rigaux, « [l]a publicité de l'exercice de la justice criminelle est une condition essentielle de son fonctionnement dans un Etat de droit démocratique. Pour que cette publicité soit efficace, il est indispensable que les médias diffusent ce que les journalistes spécialisés ont pu suivre des débats : une publicité qui se limiterait à la centaine, parfois la dizaine de personnes présentes dans la salle d'audience et suivie d'une diffusion restreinte par le bouche à oreille ne serait qu'une caricature de ce qu'ont voulu les constitutions démocratiques »²⁰⁵⁷. Cela étant, bien que l'on puisse admettre le rôle important que les médias jouent dans le renforcement du principe de publicité de l'audience, le risque de dérive n'est jamais très éloigné. A cet égard, Michel Franchimont, Ann Jacobs et Adrien Masset écrivent que la « règle de la publicité des audiences pose actuellement un problème important que les constituants de 1830 ne pouvaient prévoir : les débats sont largement répercutés par les médias, qui sont souvent à la recherche du sensationnel [...]. C'est sans doute ce qui explique que [...] la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, contrairement à l'article 148 Const. [...], lorsque certaines infractions sont en cause, prévoit une possibilité de huis clos en vue du respect de la vie privée des parties »²⁰⁵⁸.

Quant à la publicité des décisions, en 1957, Louis Van Bunnem soutient que ce principe implique « que les décisions de justice en matière contentieuse so[ie]nt prononcées à haute voix à une audience à laquelle tout personne peut assister, que la presse est toujours autorisée à les reproduire, et que chacun peut se faire délivrer une copie d'un jugement, même ne le concernant pas »²⁰⁵⁹. Ces différentes exigences peuvent, à l'heure actuelle, être interprétées avec souplesse²⁰⁶⁰, la décision ne devant plus obligatoirement être lue à haute voix.

Un intéressant arrêt de la Cour d'appel d'Anvers considère que « l'intérêt d'un journaliste à obtenir copie d'un jugement n'est pas épuisé par l'autorisation d'accéder au jugement au greffe. L'exercice du droit à une copie permet au journaliste d'exercer son métier

²⁰⁵⁷ F. RIGAU, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 41, n° 2.

²⁰⁵⁸ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^{ème} édition, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 791. Voy. dans le même sens, F. RIGAU, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 41, n° 2.

²⁰⁵⁹ L. VAN BUNNEM, « La publication des jugements et arrêts », *J.T.*, 1957, p. 581, n° 1.

²⁰⁶⁰ Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, req. 33400/96, § 69. Voy. aussi Cass. (2^{ème} ch.), 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; *J.T.*, 2012, p. 463, note M.-F. RIGAU, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* » ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 191, note M. CALUWAERTS, « Responsabilité pénale du commissaire dans l'affaire Lernhout & Hauspie » ; *T. Straf.*, 2012/6, p. 447, note D. LIBOTTE, « Nogmaals over de verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwasmisdrijf » ; *T. Straf.*, 2013/3, p. 176, note E. BAEYENS, « De duur van het beraad in hoger beroep en de redelijke termijn: het Hof van Cassatie houdt een (feitelijk) oogje in het zeil ».

d'une façon plus efficace et plus correcte », et de préciser encore que, « [l]a protection de la vie privée de personnes ne peut pas être invoquée comme raison du refus de délivrer une copie d'un jugement dans la mesure où le jugement a été rendu dans un différend entre personnes morales et qu'il n'existe aucune indication concrète pouvant conduire à une violation de la vie privée des personnes. Le droit à une copie d'un jugement peut être détourné de son but, notamment lorsque, au mépris de tout intérêt pour la justice et l'application du droit, l'intention est de révéler des informations personnelles figurant dans une décision judiciaire. Il existe en l'espèce des dispositions d'interdiction spécifiques telles que l'art. 80 de la loi sur la protection de la jeunesse, l'art. 1270 C. jud. concernant les débats en matière de divorce et l'art. 378bis C. pén. concernant la publication et la diffusion d'informations de nature à révéler l'identité de victimes d'attentat à la pudeur et de viol »²⁰⁶¹.

Ajoutons encore que la publicité des décisions « n'est pas limitée au seul prétoire »²⁰⁶². Par conséquent, la presse – voire même plus largement toute personne – peut diffuser des décisions, pour autant qu'elle le fasse objectivement, en s'assurant de ne pas les dénaturer²⁰⁶³. Ainsi, « [s]i la divulgation d'une condamnation, qu'elle soit pénale ou civile, non définitive n'est pas, comme telle, illicite, elle entraîne cependant pour le média le devoir d'accorder une publicité adéquate à l'éventuelle décision d'acquittement réformant la condamnation prononcée par le premier juge »²⁰⁶⁴.

L'article 149 de la Constitution a fait l'objet d'une proposition de révision de la Constitution. Il est proposé de remplacer le prononcé en audience publique par une publication « selon les modalités fixées en vertu de la loi »²⁰⁶⁵. Constatant l'absence d'application littérale du principe inscrit à l'article 149, la proposition de loi admet son inutilité, sauf pour ce qui concerne le dispositif. Complémentairement, la décision devrait être rendue accessible sous format électronique sur un site web. Le 22 avril 2019, la révision est adoptée. La phrase « [i]l est prononcé en audience publique » est désormais remplacée par « [i]l est rendu en audience

²⁰⁶¹ Anvers, 22 mai 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 970 ; *A&M*, 2000/3, p. 324 ; *Juristenkrant*, 2000/12, p. 4. Les extraits sont repris du sommaire de la décision.

²⁰⁶² S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, p. 505, n° 728.

²⁰⁶³ L. VAN BUNNEN, « La publication des jugements et arrêts », *op. cit.*, p. 585, n° 30.

²⁰⁶⁴ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, *op. cit.*, p. 505, n° 728. Les auteurs renvoient à F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 45, note 43.

²⁰⁶⁵ Proposition du 19 juillet 2017 de révision de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2628/001.

publique selon les modalités fixées par la loi. En matière pénale, son dispositif est prononcé en audience public »²⁰⁶⁶.

401. - Des restrictions particulières au principe de publicité. Dans certaines circonstances, la loi restreint, à court ou à long terme, la diffusion d'informations lorsque certains types de justiciables sont visés par les affaires judiciaires, ceux-ci étant considérés comme plus fragiles.

Premièrement, l'article 378*bis* du Code pénal protège les victimes d'attentats à la pudeur. Ainsi, « [l]a publication et la diffusion par le livre, la presse, la cinématographie, la radiophonie, la télévision ou par quelque autre manière, de textes, de dessins, de photographies, d'images quelconques ou de messages sonores de nature à révéler l'identité de la victime d'une infraction visée au présent chapitre sont interdites, sauf si cette dernière a donné son accord écrit ou si le procureur du Roi ou le magistrat chargé de l'instruction a donné son accord pour les besoins de l'information ou de l'instruction »²⁰⁶⁷.

Deuxièmement, l'article 1270 du Code judiciaire énonce qu'en matière de divorce pour cause de désunion irrémédiable, la « [r]eproduction des débats par voie de presse est interdite » sous peine de sanction pénale. En outre, l'article 757, § 2, 11°, du Code judiciaire précise encore que les procédures judiciaires relatives notamment au divorce pour cause de désunion irrémédiable se déroulent en chambre du conseil, celle-ci siégeant à huis-clos. Ce même code indique toutefois que « le juge peut, en tout état de cause, en fonction des circonstances, ordonner la publicité des débats soit d'office, soit à la demande du ministère public ou d'une partie à la cause » (article 757, § 3, du Code judiciaire).

Troisièmement, une protection des mineurs est organisée. Selon l'article 57 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait²⁰⁶⁸, « [l]e tribunal de la jeunesse peut à tout moment, au cours des débats, se retirer en chambre du conseil

²⁰⁶⁶ Révision du 22 avril 2019 de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *M.B.*, 2 mai 2019, p. 42442.

²⁰⁶⁷ Pour quelques décisions jurisprudentielles sur cette disposition, voy. civ. Bruxelles (réf.), 29 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 482 ; Corr. Nivelles (2^{ème} ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 191, note H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken » ; Bruxelles, 8 mars 1995, *KIDS* III, 3.9.1., p. 27 ; Bruxelles, 7 mars 1995, *R.W.*, 1995-96, col. 232 ; Corr. Bruxelles, 25 juin 1993, *KIDS* III, 3.9.1., p. 17 ; Cass., 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 697.

²⁰⁶⁸ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965.

pour entendre, sur la personnalité [du mineur], les experts et les témoins, les parents, tuteurs ou personnes qui ont la garde [de ce mineur] ». En outre, afin de protéger les mineurs, l'article 433bis, alinéa 1^{er} du Code pénal interdit « [l]a publication et la diffusion au moyen de livres, par voie de presse, par la cinématographie, par la radiophonie, par la télévision ou par quelque autre manière, du compte rendu des débats devant le tribunal de la jeunesse, devant le juge d'instruction et devant les chambres de la cour d'appel compétentes pour se prononcer sur l'appel introduit contre leurs décisions ». L'alinéa 3 ajoute que « [l]a publication et la diffusion, par tout procédé, de textes, dessins, photographies ou images de nature à révéler l'identité d'une personne [mineure] poursuivie [...] sont également interdites ». Le non-respect de ces interdictions est sanctionné pénalement « d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de trois cents euros à trois mille euros ou d'une de ces peines seulement » (article 433bis, alinéa 4).

Il y a enfin lieu de rappeler encore deux éléments.

Premièrement, plusieurs propositions de loi ont été déposées dans les années 80 et 90 afin de restreindre l'information criminelle, l'objectif étant de protéger la vie privée des inculpés²⁰⁶⁹. Les propositions visaient à insérer une disposition dans le Code pénal indiquant que « [l]es médias qui diffusent des informations au sujet de personnes poursuivies pour une infraction ne peuvent divulguer l'identité de ces personnes. Cette interdiction s'applique jusqu'à la condamnation »²⁰⁷⁰.

Deuxièmement, le magistrat qui préside les débats est responsable du maintien de l'ordre dans sa salle d'audience. Sans se fonder sur base légale précise, le magistrat dispose de ce qu'on appelle la police de l'audience afin d'assurer la sérénité des débats²⁰⁷¹. Pour ce qui concerne plus particulièrement les médias, il n'existe aucune règle légale précisant ce qu'ils peuvent – ou ne peuvent pas – faire dans une salle d'audience. Alors que la présence d'un

²⁰⁶⁹ Ces propositions ont été abordées *supra*.

²⁰⁷⁰ Proposition de loi du 31 janvier 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1123/001, p. 3. Voy. aussi les propositions suivantes : proposition de loi du 27 février 1992 protégeant la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 1991-1992, n° 245/001 ; proposition de loi du 20 mars 1986 tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1985-1986, n° 204/001 ; proposition de loi du 18 décembre 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81/001 ; proposition de loi du 1^{er} février 1985 de loi tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1984-1985, n° 816/001.

²⁰⁷¹ Voy. en outre, à ce propos, l'article 759 du Code judiciaire qui indique que « [c]elui qui assiste aux audiences se tient à découvert, dans le respect et le silence ; tout ce que le juge ordonne pour le maintien de l'ordre est exécuté ponctuellement et à l'instant ».

chroniqueur judiciaire dans la salle d'audience ne pose *a priori* aucun problème dès lors qu'il a simplement vocation à rédiger un article écrit sur une procédure en cours, la question des enregistrements sonores et visuels pose davantage de difficultés²⁰⁷². Bien que filmer et/ou photographier des débats judiciaires puissent renforcer le principe de leur publicités, il n'est évidemment pas question de tomber dans une justice spectacle²⁰⁷³. Il faut en outre éviter que la présence de journalistes disposant d'appareils enregistreurs n'altère le comportement des différents acteurs du procès²⁰⁷⁴. Par conséquent, « [l]a pratique actuelle est de ne pas ouvrir aux photographes et à la presse audiovisuelle les portes du prétoire au cours des débats et ce, dans un but de sauvegarde des justiciables et de sérénité pour l'action de la justice »²⁰⁷⁵. Le public qui ne se déplace pas dans les prétoires n'a donc qu'une vision partielle d'un procès, généralement par le biais d'images « prises à la dérobée et généralement muettes, ou [de] quelques croquis et portraits crayonnés furtivement »²⁰⁷⁶. La question de l'assouplissement d'une telle règle se pose. Pour Henri Bosly²⁰⁷⁷, il y a lieu de faire une distinction entre les simples prises de vue et les films. Pour les premières, il estime qu'un refus de principe « s'impose plus difficilement », dès lors que leur impact demeure limité. Pour les seconds, il considère qu'une interdiction est la bienvenue, celle-ci pouvant recevoir exception dans des circonstances tout à fait exceptionnelles²⁰⁷⁸. Comme indiqué, la pratique d'interdiction appliquée à l'heure actuelle ne reçoit aucune assise légale. Des auteurs plaident pour qu'une telle

²⁰⁷² H.-D. BOSLY, « Les relations entre la justice et la presse. Aspects de droit pénal et de procédure pénale », in *Justice & Médias. Trois avis préliminaire à la demande du Ministre de la Justice*, 1995, p. 24, n° 62.

²⁰⁷³ Corr. Nivelles, 10 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 962. La décision de n'autoriser l'accès à la salle d'audience qu'aux membres du barreau et aux seuls journalistes professionnels a été prise suite à des débordements du public (voy. F. TULKENS, « Pour un droit constitutionnel des médias », *Rev. b. dr. const.*, 1991/1, pp. 13 et 14).

²⁰⁷⁴ H.-D. BOSLY, « Les relations entre la justice et la presse. Aspects de droit pénal et de procédure pénale », *op. cit.*, p. 24, n° 62.

²⁰⁷⁵ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, pp. 503 et 504, n° 725. Dans le même sens, voy. O. VAN DER HAEGEN, « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *J.T.*, 2011, p. 474.

Voy., pour la France, l'article 38^{ter} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui interdit, sauf autorisation du président à la suite d'une demande préalable de la part du média, « l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image ».

²⁰⁷⁶ O. VAN DER HAEGEN, « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *op. cit.*, p. 474. Voy. aussi S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, p. 504, n° 725. Les auteurs reprennent, dans ce numéro, plusieurs exemples autorisant la captation sonore (voire la retransmission audiovisuelle dans le cas de la Commission parlementaire faisant suite à l'affaire Dutroux) ou interdisant tant la prise d'images que les traditionnels croquis d'audience (voy. la note 1170).

²⁰⁷⁷ H.-D. BOSLY, « Les relations entre la justice et la presse. Aspects de droit pénal et de procédure pénale », *op. cit.*, p. 25, n° 62. Voy. aussi F. OUELETTE, *L'accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*, Montréal, Thémis, 1997, not. pp. 2 et 3.

²⁰⁷⁸ *Ibidem*.

interdiction, si elle devait être maintenue, soit consacrée dans un texte législatif²⁰⁷⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs déjà validé un tel dispositif d'interdiction²⁰⁸⁰.

D. Les titulaires de l'oubli d'informations journalistiques

402. - Qui peut revendiquer l'oubli ? Répondre précisément à la question de la titularité du droit à obtenir l'oubli d'informations journalistiques semble difficile tant les paramètres à prendre en compte sont nombreux et tant les contours conceptuels – notamment des différentes catégories – sont peu uniformisés. Cela étant, si l'on tente de résumer les développements proposés et, par là-même, de conclure sur ce critère, on peut dresser les constats suivants.

Premièrement, l'oubli peut être revendiqué tant par les personnes physiques que par les personnes morales. Il a été démontré, à l'aide de la jurisprudence européenne, que de nombreux droits fondamentaux sont reconnus aux personnes morales. Ainsi, pour les personnes morales de droit privé, aucun doute ne subsiste, d'autant que des composantes du droit à la vie privée, entendu dans son acception large, ont d'ores et déjà été reconnues à leur profit. Par conséquent, une personne morale de droit privé pourrait parfaitement agir en justice afin de faire respecter son droit à l'oubli d'informations journalistiques. En ce qui concerne les personnes morales de droit public, par principe, elles ne sont pas amenées à pouvoir revendiquer le bénéfice de ce droit. Cela étant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme oblige à nuancer quelque peu ce constat. En effet, une personne morale de droit public n'exerçant aucune prérogative de puissance publique doit être en mesure, à l'instar des personnes morales de droit privé, d'obtenir cet oubli. En définitive, la personne physique est une requérante pleinement légitime dans sa quête de l'oubli. La personne morale de droit privée l'est aussi, dès lors qu'elle est assimilée à la personne physique. La personne morale de droit public se voit refuser cette possibilité sauf dans les cas où elle n'exerce aucune fonction de puissance publique.

Deuxièmement, il y a lieu de déterminer si la personne souhaitant obtenir l'oubli d'informations journalistiques est une personne publique ou non. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est suffisamment importante à cet égard. L'on peut retenir que'en ce qui concerne

²⁰⁷⁹ F. TULKENS, « Pour un droit constitutionnel des médias », *op. cit.*, pp. 19 à 22 ; O. VAN DER HAEGEN, « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *op. cit.*, p. 475.

²⁰⁸⁰ Cour eur. D.H. (déc.), 6 mai 2003, *P4 Radio Helle Norge ASA c. Norvège*, req. 76682/01.

les personnes physiques, la Cour distingue plusieurs statuts offrant une protection plus ou moins importante du droit à la vie privée, sans jamais toutefois refuser totalement le bénéfice de sa protection. Ces différents statuts de publicité d'une personne aboutissent à une gradation dans la protection de la vie privée. Ainsi, sont extrêmement exposées, les personnes qui délibérément choisissent d'embrasser une fonction ou une carrière les mettant sous les feux des projecteurs. Consciemment, ces personnes acceptent de soumettre certains de leurs faits et gestes à la critique du public. Les personnages absolus de l'histoire contemporaine peuvent entrer dans cette première catégorie. Cela étant, dans certaines circonstances, l'accès à cette publicité n'est pas toujours volontaire. L'on pense par exemple aux membres des familles régnantes. D'autres personnes sont considérées comme étant publiques mais dans une mesure moindre. La catégorie des personnes relatives de l'histoire contemporaine embrasse notamment des individus accédant momentanément à l'actualité, des hommes d'affaires, certains magistrats. Ils bénéficient d'une protection plus importante de leur vie privée dès lors qu'ils n'ont pas de volonté à s'exposer. Dans certains cas, c'est même une exposition médiatique qui se fait contre leur gré. Enfin les personnes *lambda* jouissent d'une protection maximale du droit à la vie privée. Cette gradation mise sommairement en exergue s'applique identiquement pour une revendication potentielle de l'oubli d'informations. Cela étant, il faut se placer au moment de la revendication de l'oubli pour vérifier la qualité du requérant, sans se limiter au statut qui était le sien lors de la première divulgation de l'information.

Pour autant, à l'intérieur même de ces catégories dont les contours nécessitent d'être affinés²⁰⁸¹, les personnes peuvent encore être traitées différemment dans le cadre d'une requête visant à oublier certaines informations. Des circonstances peuvent en effet être considérées comme « atténuantes » ou « aggravantes ». Est notamment pris en compte le fait que certaines personnes sont amenées à alimenter elle-même la presse en dévoilant des informations qui ne sont pas nécessaires à l'exercice de leur fonction, qu'elle soit politique, sportive, artistique, ou autre. La Cour européenne a eu l'occasion d'indiquer que « [l]e comportement de la personne concernée avant la publication du reportage ou le fait que la photo litigieuse et les informations y afférentes ont déjà été publiés auparavant figurent également au nombre des éléments à prendre en compte [...] Toutefois, le seul fait d'avoir coopéré avec la presse antérieurement

²⁰⁸¹ Et, nous le reconnaissons, sans doute non exemptes de critiques.

n'est pas de nature à priver l'intéressé de toute protection contre la publication du reportage ou de la photo en cause »²⁰⁸².

Troisièmement, une entreprise, personne morale, doit *a priori* être considérée davantage comme une personne publique. En effet, elle fait un choix clair, celui de participer à la vie économique, associative, culturelle, etc. et a vocation à bénéficier d'une certaine visibilité que bien souvent, elle recherche elle-même. Le raisonnement peut donc être assimilé à celui qui a été proposé dans cette catégorisation des personnes physiques. Sont pris en compte la taille de l'entreprise, son objet social, son insertion dans le milieu dans lequel elle s'inscrit.

Enfin, il est nécessaire de rappeler que cet élément est une composante parmi d'autres qui doit permettre à l'autorité, notamment judiciaire, de faire ou non droit à la demande d'oubli. Il ne peut être considéré comme étant décisif ou déterminant. Cependant, dans certaines circonstances extrêmes (face par exemple à une personne n'ayant aucun caractère public marqué), il peut constituer un bon indicateur vers l'octroi de l'oubli ou son refus.

§ 5. Le type d'information visée

403. - La structure des développements. L'analyse du droit à l'oubli d'informations journalistiques impliquent deux divulgations séparées par un certain laps de temps. En outre, le statut de la personne qui invoque le droit à l'oubli importe, non seulement au moment de la première divulgation, mais surtout au moment de la nouvelle communication au public. Il faut encore se pencher sur le contenu de l'information rappelée. Ensuite, l'on vérifiera si le rappel peut être justifié par l'actualité (§ 6) ; si le devoir de mémoire n'est pas opposable à l'oubli (§ 7) ; et si la resocialisation de la personne visée par l'information a bien été prise en compte (§ 8). Enfin, l'impact d'un éventuel consentement donné par la personne visée pourrait avoir une influence, toute comme son comportement antérieur vis-à-vis des médias ainsi que le type de média effectuant le rappel (§ 9).

404. - Introduction : le type d'information dans l'action responsabilité civile extracontractuelle. Lorsqu'éclate un conflit entre la liberté d'expression et la vie privée et

²⁰⁸² Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08, § 111 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 92.

qu'une action est introduite sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la jurisprudence prend en compte le type d'information qui est diffusée par le journaliste ou sur internet. Outre la distinction entre les informations relatives au débat d'intérêt général et à la curiosité, des développements peuvent être proposés pour de nombreux types d'informations différentes (politiques, commerciales, religieuses, etc.), renvoyant notamment à une féconde jurisprudence européenne. Une nouvelle fois, nous n'avons pas vocation à proposer une analyse complète et exhaustive de l'ensemble de ces genres de discours d'autant que dans le cadre de la thématique de la présente thèse, le critère du débat d'intérêt général paraît moins fondamental que dans le cadre d'une action visant le contenu d'un article ou d'une archive. En effet, l'intérêt général est dilué dans l'analyse de différents critères proposés, sans constituer par lui-même l'élément central.

Dans le cadre de l'oubli, la temporalité est différente. L'examen de l'intérêt public de l'information est effectué au moment de la première diffusion puisque celle-ci doit être licite (voy. *supra*). Au moment où le droit à l'oubli est revendiqué, il faut vérifier si cet intérêt est toujours présent, s'il a pu perdurer dans le temps, ou simplement si les informations diffusées peuvent encore – et toujours – s'inscrire dans la notion d'actualité. L'on voit poindre, derrière cette analyse, à nouveau des considérations d'ordre temporel²⁰⁸³. Par conséquent, quelques développements sur l'intérêt général sont proposés ainsi que quelques exemples concrets tirés de la jurisprudence européenne de Strasbourg (A.), pour ensuite s'interroger sur ce concept dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques (B.).

A. L'intérêt général

1. Appréhension générale du concept

405. - Esquisse de définition de l'intérêt général. Le Code de déontologie journalistique définit l'intérêt général comme suit : « [d]u point de vue de la déontologie journalistique, est d'intérêt général une information qui évoque un ou plusieurs enjeux pour la vie en société dans son ensemble ou pour une de ses composantes. Certains codes utilisent les expressions intérêt

²⁰⁸³ Pour une analyse de cet élément temporel, voy. *supra* et *infra*.

public ou intérêt sociétal. Ces termes marquent tous la différence avec l'intérêt particulier. En tout cas, l'intérêt général ne se confond pas avec la simple curiosité de la part du public »²⁰⁸⁴.

Cette distinction entre des propos d'intérêt général et ceux qui ne font qu'éveiller la curiosité du public est régulièrement proposée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour cette dernière, la discussion publique constitue l'un des fondements d'une société démocratique, dès lors que qu'elle intéresse la vie de la collectivité ainsi que des questions dites d'intérêt public²⁰⁸⁵. Koen Lemmens souligne que la Cour « reconnaît à l'opinion publique et donc au débat démocratique une fonction essentielle, sinon quasi constitutionnelle »²⁰⁸⁶. Cette vaste notion qu'est l'intérêt général est pourtant inévitablement entachée d'un certain flou et peut s'apparenter à un concept empreint d'une subjectivité profonde. Certes, au fil des décisions, la Cour tente d'y apporter quelques précisions. Il faut à tout le moins reconnaître que ces tentatives ne sont pas toujours concluantes. En outre, l'on peut constater qu'il y a « une tendance manifeste à l'étirement de la notion de débat d'intérêt général »²⁰⁸⁷. Quentin Van Enis, dans son ouvrage *La liberté de la presse à l'ère numérique*, propose une analyse complète et structurée de cette notion à l'aide d'une analyse fouillée de la jurisprudence européenne. Nous nous proposons ici de partager quelques-unes de ses réflexions, mais renvoyons pour le surplus vers son étude²⁰⁸⁸.

Bien que concept clé dans la jurisprudence relative au droit à la liberté d'expression, la présence de l'intérêt public « ne conditionne pas la jouissance même de la liberté d'expression », tout comme son absence « ne suffit pas à elle seule à priver un propos de la protection conférée par la liberté d'expression »²⁰⁸⁹. Cela étant, encore faut-il déterminer ce que couvre ce concept. Or, apporter une définition claire s'avère être une mission difficile pour la Cour elle-même. Celle-ci n'a d'ailleurs jamais tenté réellement de le faire, préférant davantage offrir certaines balises au fil de ces décisions²⁰⁹⁰. Dans l'arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi*

²⁰⁸⁴ Code de déontologie journalistique adopté par le Conseil de déontologie journalistique le 16 octobre 2013.

²⁰⁸⁵ K. RIMANQUE, « Noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen aan grondrechten », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, p. 1224.

²⁰⁸⁶ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 193, n° 231.

²⁰⁸⁷ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in E. ZOLLER (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, p. 103.

²⁰⁸⁸ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 135 à 210, n° 92 à 148.

²⁰⁸⁹ *Ibidem*, pp. 138 et 141, n° 96.

²⁰⁹⁰ S. TIERNEY, « Press freedom and public interest: the developing jurisprudence of the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 1998, p. 421.

Associés c. France rendu par la grande chambre, la Cour européenne considère qu' « ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement [...], notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité [...]. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important [...] ou encore qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé »²⁰⁹¹.

Pratiquement, il s'avère que les juges européens sont souvent enclins à considérer avec largesse les thématiques pouvant être qualifiées d'intérêt public. Quant à la doctrine, elle éprouve elle aussi certaines difficultés à proposer une définition de ce concept, sans doute est-elle en partie brouillée par la jurisprudence européenne. Pour Perry Keller, le discours d'intérêt général réside non seulement « dans la protection du processus démocratique », mais aussi « dans le contrôle des institutions publiques et, plus généralement, des affaires publiques »²⁰⁹². Pour Alexis Guedj, l'information d'intérêt général est celle « intéressant la société à un moment donné, nourrissant un débat engagé, ayant trait aux affaires de la cité : il s'[agirait] en ce sens d'une information à valeur politique »²⁰⁹³. Koen Lemmens semble rattacher la notion d'intérêt public à celle de *newsworthiness*, c'est-à-dire « l'intérêt du public à être informé », ces informations présentant une valeur d'actualité²⁰⁹⁴. Sandrine Carneroli entend l'intérêt général « de ce que seuls les individus consentent à mettre sur la place publique, ou plus encore, tout ce que la société aurait un intérêt à connaître, serait-ce au détriment d'intérêts particuliers », qualifiant ensuite la notion d' « [a]ssez floue » et de « fourre-tout »²⁰⁹⁵.

Les deux premières définitions proposées sont trop restrictives²⁰⁹⁶ puisqu'elles se limitent à la seule sphère publique ou politique, sans embrasser d'autres potentielles sphères. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de considérer que des

²⁰⁹¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 103.

²⁰⁹² P. KELLER, *European and International Media Law – Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 194. L'auteur et ses citations sont cités par Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 161, n° 107.

²⁰⁹³ A. GUEDJ, « Liberté et responsabilités en droit européen et international », in B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, p. 150, cité par Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 161 et 162, n° 107.

²⁰⁹⁴ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 220, n° 273 et p. 260, n° 331.

²⁰⁹⁵ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 22, n° 21.

²⁰⁹⁶ Voy. aussi Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 162, n° 107.

informations relatives à des personnes privées peuvent être considérées étant d'intérêt public, ce que souligne d'ailleurs Sandrine Carneroli. En ce qui concerne l'approche de Koen Lemmens, elle ne peut être complètement validée, sauf à considérer que l'intérêt public crée l'actualité. Ce prisme est cependant inopportun. Nous reviendrons sur cet élément lors de l'analyse du critère de l'actualité²⁰⁹⁷.

406. - L'intérêt général et les types de discours. La Cour européenne des droits de l'homme a parfois considéré que la nature d'un sujet peut, à lui seul, déterminer le caractère d'intérêt public d'une information. Sans prendre en compte l'éventuelle médiatisation – importante ou non²⁰⁹⁸ – qu'il y aurait eu autour de ce sujet, la Cour détermine les propos considérés comme étant dignes d'intérêt général²⁰⁹⁹. Tel est notamment le cas des discours politiques ainsi que des informations concernant des procédures judiciaires. En ce qui concerne les premiers, la Cour, dans son arrêt *Lingens c. Autriche*, a eu l'occasion d'affirmer que la presse a pour rôle de « communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public »²¹⁰⁰. On le sait, la Cour offre une protection toute particulière pour les discours politiques, considérant que ceux-ci constituent l'un des fondements essentiels de nos sociétés démocratiques. En ce qui concerne les secondes, des développements sont proposés ci-après (voy. *infra*). Précisons cependant que la Cour a déjà considéré que ces autres secteurs d'intérêt public couvrent les « questions concernant la vie de la collectivité »²¹⁰¹, sans pour autant en dire davantage. Une telle affirmation qui induit une vision extrêmement large de la notion d'intérêt public²¹⁰² déforce la volonté de la Cour d'apporter une définition précise de l'intérêt public en se fondant sur la nature des sujets abordés. Outre cet élément, le fait que la Cour, dans certaines décisions,

²⁰⁹⁷ Voy. *infra*.

²⁰⁹⁸ Voy. à ce sujet S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 22, n° 21. L'auteure écrit que « l'intérêt général doit être apprécié dans le cadre où les propos ont été formulés. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que le débat ait reçu un retentissement conséquent. Il peut au contraire avoir intéressé seulement une minorité de la population ».

²⁰⁹⁹ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., pp. 163 et 164, n° 109. Pour l'auteur, il s'agit là d'une « conception normative de l'intérêt public ».

²¹⁰⁰ Cour eur. D.H., 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. 9815/82, § 41. Voy. aussi Cour eur. D.H., 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, req. 13778/88. Alors que le gouvernement islandais semblait hiérarchiser le discours politique et le discours d'intérêt général, la Cour refuse de suivre un tel raisonnement soutenant que « rien dans sa jurisprudence ne permet de distinguer, de la manière suggérée par [le gouvernement], entre le débat politique et la discussion d'autres problèmes d'intérêt général » (§ 64). L'enseignement semble d'une logique implacable au regard de l'arrêt *Lingens c. Autriche*. Il ne peut y avoir de hiérarchie dès lors que l'intérêt général constitue l'enveloppe regroupant certains types de discours et notamment le discours politique.

²¹⁰¹ Cour eur. D.H., 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, req. 8734/79, § 58.

²¹⁰² Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 165, n° 112.

paraissent hiérarchiser des thématiques considérées comme d'intérêt général aboutit aussi à hypothéquer ses tentatives de clarification de la notion²¹⁰³.

407. - L'intérêt général induit par l'intérêt du public. La Cour a eu l'occasion de considérer que l'intérêt du public pouvait induire l'existence d'un intérêt public. Pourtant, la notion d'intérêt public ne peut être assimilée à « l'intérêt du public ». Comme l'écrit Stephen Tierney, « [i]t is more than mere semantics to draw attention to this distinction. What may be of interest to the public or to certain members of it is arguably a much wider category of information than that which it is in the public interest to receive »²¹⁰⁴. Cette distinction importante est sensée. Ainsi, « [l]a demande et la curiosité du public et peut-être même l'intérêt manifesté par le public pour un tel type d'information ou tel mode de traitement de celle-ci, ne sont pas synonymes d'« intérêt public » »²¹⁰⁵. Cela étant, prendre à la lettre cette réflexion n'implique-t-il pas de donner aux autorités devant déterminer l'existence ou non de l'intérêt public un rôle de nature quasiment morale. Ainsi, bien que ces éléments ne soient pas synonymes ; l'intérêt du public peut néanmoins être un élément – parmi d'autres – pour qualifier une information d'intérêt public.

Quant à la prise en compte de la loi du nombre, Quentin Van Enis estime qu'il s'agit d'une approche descriptive²¹⁰⁶, posant la question de la relation entre médiatisation et intérêt général. Suffit-il qu'une information fasse l'objet d'un battage médiatique pour que celle-ci puisse être qualifiée d'intérêt public ? Dans plusieurs décisions, la Cour donne une réponse positive à cette question ou considère, à tout le moins, que ce battage (médiatique ou autre) lui permet de légitimer plus facilement la qualification d'un sujet d'intérêt public²¹⁰⁷. Un tel

²¹⁰³ Voy. notamment Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. 1914/02, § 39 (la Cour parle d'un « intérêt public considérable ») ; Cour eur. D.H., 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. 12697/03, § 30 (la Cour évoque l'« extrême importance du débat d'intérêt général ») ; Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00, § 45 (la Cour estime que « du moins dans une certaine mesure, les articles soulevaient une question d'intérêt public »).

²¹⁰⁴ S. TIERNEY, « Press freedom and public interest: the developing jurisprudence of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 421, note 15.

²¹⁰⁵ E. DERIEUX, « L'intérêt public en droit français de la communication », in E. DERIEUX, P. TRUDEL (dir.), *L'intérêt public. Principe du droit de la communication français et québécois*, Paris, Victor-Éditions, 1996, p. 7.

²¹⁰⁶ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 168, n° 116. Selon cet auteur, l'approche descriptive tout comme la conception normative évoquée ci-avant peuvent être parallèlement pris en compte par la jurisprudence européenne (pp. 174 à 182, n° 119 à 124). L'on peut s'interroger sur le qualificatif « descriptif ». L'approche paraît être davantage quantitative.

²¹⁰⁷ Voy. notamment, Cour eur. D.H. 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, § 54 (les informations sont d'intérêt général, « [l]e fait que le cambriolage de la poste avait été à la une des médias en témoigne indubitablement ») ; Cour eur. D.H., 31 janvier 2006, *Giniewski c. France*, req. 64016/00, § 50 (la Cour souligne la participation d'un article « à un très vaste débat d'idée déjà engagé [...] ») ; Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 44 (« [s]elon la Cour, la publication de cet ouvrage s'inscrivait dans un

raisonnement est validé dans les conclusions de l'Avocate générale Juliane Kokott précédant l'arrêt de la grande chambre du 16 décembre 2008 dans l'affaire *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*²¹⁰⁸. S'interrogeant sur la notion de journalisme (voy. *supra*), l'Avocate général précise que « [i]l est pratiquement impossible de déterminer à l'avance quelles informations concernent des questions d'intérêt public et il appartient, en définitive, pour le moins en partie, aux médias de créer l'intérêt public par la communication d'informations. Lorsqu'ils n'y arrivent pas, on peut difficilement le leur reprocher *a posteriori*. Cependant, il n'appartient en principe pas non plus aux autorités étatiques de prévoir *ex ante* l'absence future d'un intérêt public. Une telle prévision constituerait un premier pas en direction de la censure. Par conséquent, on ne peut constater que la diffusion d'informations et d'idées ne concerne pas des questions d'intérêt public que lorsque cela devient évident » (§ 78). Dans un arrêt *Stoll c. Suisse*²¹⁰⁹, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme évoque clairement la prise en compte « de la couverture médiatique accordée à la question en jeu » pour déterminer « l'intérêt du public à la publication des articles » (§ 117). Elle poursuit en soutenant que « [l]es publications intervenaient dans le contexte d'un débat public sur une question largement évoquée par les médias et qui divisait profondément l'opinion publique suisse » (§ 118).

408. - L'intérêt général et la curiosité du public. La distinction est sans nul doute complexe entre des informations concernant l'intérêt public et celles qui, si elles sont diffusées, ne le sont en réalité qu'afin d'attiser la curiosité du public. Cela étant, le caractère *a priori* privé d'une information ne permet pas, à elle seule, de supprimer tout intérêt public. Dans un arrêt *Selistö c. Finlande*²¹¹⁰, la Cour affirme qu'« [i]t is natural in journalism that an individual case is chosen to illustrate a wider issue » (§ 52) et qu'« [i]t is often the case that discussion of individual cases is used to highlight a more general problem » (§ 68). Cela étant, l'intérêt

débat d'intérêt général alors largement ouvert en France [...] » ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, req. 29183/95, § 50 (la cour évoque « on conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises »).

²¹⁰⁸ Conclusions de l'Avocate général J. Kokott, 8 mai 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*. Voy. l'analyse faite de ces conclusions et de l'arrêt *supra*.

²¹⁰⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, req. 69698/01. Voy. dans un sens identique, Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal*, req. 16983/06, § 53 ; Cour eur. D.H., 25 avril 2006, *Stoll c. Suisse*, req. 69698/01, § 49 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 63.

²¹¹⁰ Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Selistö c. Finlande*, req. 52273/07, § 52. L'affaire concerne, au départ, le domaine médical. Pour d'autres affaires de ce type, et intéressante dans le cadre de l'analyse de l'intérêt général, voy. Cour eur. D.H. (déc.), 16 octobre 2001, *Verdens Gang et Aase c. Norvège*, req. 45710/99 ; Cour eur. D.H., 2 mai 2000, *Bergens Tidende et autres c. Norvège*, req. 26132/95.

général doit dépasser le cadre purement personnel, en ce compris pour les personnes ayant une certaine notoriété.

Les trois décisions précitées *von Hannover c. Allemagne* (voy. *supra*) rendues en l'espace d'une décennie permettent d'apporter quelques éclaircissements. Elles concernent des membres d'une famille princière régnante, ce qui leur offre un intérêt complémentaire. Dans le premier arrêt²¹¹¹, la Cour soutient que « la publication des photos et des articles litigieux, ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante » (§ 65)²¹¹². Le litige porte sur des articles et des photos relatant des détails de la vie quotidienne de Caroline de Monaco. Pour la Cour, il n'y a pas d'opposition de principe entre le divertissement et le caractère d'intérêt public d'articles ou de photos. Elle précise en effet que « [l]a formation de l'opinion et le divertissement ne sont pas antinomiques. Les reportages à visée divertissante jouent eux aussi un rôle dans la formation de l'opinion. Dans certaines circonstances, ils peuvent même stimuler ou influencer la formation de l'opinion plus que ne le feraient des informations purement factuelles. Au surplus, on peut observer dans l'univers des médias une tendance croissante à supprimer la séparation de l'information et du divertissement, tant du point de vue des produits de la presse considérés de manière globale que sur le plan des reportages individuels, et à diffuser l'information de manière divertissante ou à la mélanger avec du divertissement ("infotainment"). En conséquence, beaucoup de lecteurs tirent les informations qui leur paraissent importantes ou intéressantes de reportages divertissants »²¹¹³.

²¹¹¹ Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00. Voy. le commentaire de P. DOCQUIR, « L'arrêt "Caroline de Monaco" de la Cour européenne des droits de l'homme : La liberté de la presse subordonnée à la qualité d'informations ? », *Journ. jur.*, 2004/35, pp. 10 et 11.

²¹¹² Voy. le raisonnement identique dans les arrêts suivants : Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. éd. Ciné Revue c. Belgique*, § 68 ; Cour eur. D.H. (déc.), 1^{er} juillet 2003, *Prisma presse c. France*, req. 66910/01 (la Cour considère qu'un article litigieux édité avec « pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur la vie privée de V. voire sur l'intimité de la vie privée de celle-ci, ne saurait passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de cette personne [...] ». La restriction à la liberté d'expression appelle en conséquence une interprétation plus large dès lors que les propos ainsi que l'atteinte au droit à l'image, qui est un droit important du point de vue du droit au respect de la vie privée (et, le cas échéant, familiale), ayant conduit à la condamnation de la requérante ne dépassent pas le plan personnel ») ; Cour eur. D.H. (déc.), 13 mai 2003, *Julio Bou Gibert et El Hogar Y La Moda J.A. c. Espagne*, req. 14929/02 ; Cour eur. D.H. (déc.), 12 décembre 2000, *Campani y Diez de Revenga et Lopez-Galiacho Perona c. Espagne*, req. 54224/00. Dans ces deux dernières décisions, il est question de la « notoriété sociale » des personnes visées (nous soulignons).

²¹¹³ La citation reprise par la Cour européenne (§ 25) est en réalité issues de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Voy. à ce propos, K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, p. 81, n° 18, et pp. 84-85, n° 24.

Dans un deuxième arrêt rendu en 2012 par la grande chambre²¹¹⁴, le nœud du litige concerne la publication dans la presse allemande de divers clichés montrant les requérants en promenade lors de vacances hivernales, notamment en compagnie du Prince Rainier, alors affaibli par la maladie. Se pose la question de l'intérêt général de ces photos qui, *a priori*, peuvent porter atteinte au droit à la vie privée des personnes représentées (§§ 109 et 114)²¹¹⁵. La Cour approuve l'examen fait par les hautes juridictions allemandes de leur « valeur informative »²¹¹⁶. Analysées indépendamment de l'article, les photos ne peuvent être considérées comme des informations liées à un événement de l'histoire contemporaine, et ne participent dès lors pas au débat d'intérêt général. Toutefois, dès l'instant où elles illustrent un article sur la maladie du Prince Rainier III de Monaco, à l'époque souverain régnant de la Principauté²¹¹⁷, les photos changent de statut. Selon la Cour fédérale allemande et la Cour constitutionnelle fédérale²¹¹⁸, les images permettent alors de « relater comment les enfants du prince conciliaient leurs obligations de solidarité familiale avec les besoins légitimes de leur vie privée, dont faisait partie le désir de partir en vacances ». La véritable valeur informative de ces photos est liée au fait qu'elles illustrent un article dont le contenu relaie un « événement de l'histoire contemporaine », contribuant alors au débat public. En définitive, les images contribuent, « par ricochet », au débat d'intérêt public. Un tel raisonnement pose toutefois question : n'existe-t-il pas un risque que la presse utilise n'importe quel événement participant au débat démocratique pour justifier la diffusion de photos n'ayant qu'un lien parfois douteux avec le contenu de l'article ?

Enfin, dans l'arrêt du 19 septembre 2013²¹¹⁹, la procédure vise des clichés illustrant un article intitulé « Dormir dans le lit de la princesse Caroline ? Ce n'est pas un rêve irréalisable ! Caroline et Ernst August louent leur villa de rêve » qui vise à informer sur une tendance des

²¹¹⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08. Voy., pour un commentaire de cet arrêt, E. CRUYSMANS, « Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression : le deuxième arrêt *von Hannover* tourne en défaveur de Caroline de Monaco », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 784 à 790.

²¹¹⁵ Voy. dans le même sens, Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, §§ 90 et 96 ; Cour eur. D.H., 10 janvier 2012, *Standard Verlags GMBH c. Autriche* (n° 3), req. 34702/07, § 39 ; Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, § 68.

²¹¹⁶ La Cour rappelle les développements et changements dans la jurisprudence allemande initiés à la suite du premier arrêt *von Hannover*. Voy. K. LEMMENS, « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », *op. cit.*, pp. 80 et s., n° 18 et s.

²¹¹⁷ La Cour s'est déjà prononcée, dans des circonstances quelque peu différentes, sur l'apport à un débat d'intérêt général d'un écrit relatant la maladie d'un chef d'Etat. Voy. Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00.

²¹¹⁸ La Cour fédérale allemande est l'organe juridictionnel au sommet de la pyramide judiciaire allemande. La Cour constitutionnelle fédérale allemande est une juridiction chargée d'exercer la justice constitutionnelle.

²¹¹⁹ Cour eur. D.H., 19 septembre 2013, *von Hannover c. Allemagne* (n° 3), req. 8772/10.

personnalités publiques à mettre en location leurs différentes maisons de vacances. La Cour souligne que « le fait d’apprécier la valeur informative d’une photo à la lumière de l’article que celle-ci accompagne et illustre, ne prête pas à la critique au regard de la Convention » (§ 48). La Cour va, fort heureusement, plus loin dans son étude, répondant notamment à la question posée ci-avant, à la suite du raisonnement tenu dans l’affaire précédente : « [d]ans la mesure où la requérante dénonce le risque que les médias contournent les conditions fixées par le juge allemand en utilisant n’importe quel événement de l’histoire contemporaine comme prétexte pour justifier la publication de photos la montrant, la Cour estime qu’il incombe en premier lieu au juge allemand d’apprécier cette question dans chaque cas précis. Elle note à cet effet que la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour fédérale de justice ont précisé que, dans l’hypothèse où un article ne serait qu’un prétexte pour publier la photo d’une personne connue du grand public, il n’existerait pas de contribution à la formation de l’opinion publique et il n’y aurait dès lors pas lieu de faire prévaloir l’intérêt de publier sur la protection de la personnalité » (§ 49). En l’espèce, la Cour soulignant que « l’intention du reportage était de rendre compte d’une tendance parmi les personnes célèbres » (§ 51), que cette information contribue au débat d’intérêt général, et que les atteintes à la vie privée de la requérante sont quasiment inexistantes, elle admet que « la photo litigieuse, considérée dans le contexte de l’article, a apporté, au moins dans une certaine mesure, une contribution à un débat d’intérêt général » (§ 52).

Dans le cadre particulier de la divulgation d’informations sur des personnes publiques, l’intérêt public se fonde, selon Koen Lemmens, dans le critère de la pertinence des informations, ces dernières devant être « utiles (ou nécessaires) pour mieux apprécier l’exercice de la fonction publique »²¹²⁰. Il s’agit là d’une référence au critère français de « l’information utile »²¹²¹. Cela étant, l’auteur est totalement conscient des difficultés qui surgissent lors de la mise en œuvre d’un tel critère. Son raisonnement peut être en tout point repris. Il écrit notamment ceci : « [d]ans le cadre de la Convention européenne, on ne peut que soutenir [cette approche], du moins si l’on veut donner encore un contenu signifiant à la protection de la vie privée. Il n’en demeure pourtant pas moins qu’il est plus facile de se mettre d’accord sur ce principe que de le mettre

²¹²⁰ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l’individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 413, n° 589. Il distingue en réalité deux critères, l’un subjectif, l’autre objectif, le second devant selon lui prévaloir. Il écrit à ce sujet que « [s]i, pour les uns, toute information pertinente à leurs yeux (*critère subjectif*) permet de dépasser la protection de la vie privée, pour les autres, une telle démarche ne sera acceptable qu’en présence d’informations utiles (ou nécessaires) pour mieux apprécier l’exercice de la fonction publique (*critère objectif*) ». Il renvoie à J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, op. cit., p. 423.

²¹²¹ L’auteur cite C. DEBBASCH, *Droit des médias*, Paris, Dalloz, 1999, p. 930 ; X. AGOSTINELLI, *Le droit à l’information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence, Librairie de l’Université d’Aix-en-Provence, 1994, p. 178 et 181.

en pratique. L'application des principes énoncés par la Cour de cassation italienne, dérivés de l'idée de la pertinence des informations, peut être favorisée, mais cela ne donne que peu d'indices permettant de les mettre en pratique. En effet, dire que les informations, pour qu'elles puissent mettre de côté la protection de la vie privée, doivent être *in rapporto di stretta correlazione* avec la nature de la fonction de la personne concernée est une chose ; dire, quand il est question d'un tel *rapporto*, en est une autre. A vrai dire, c'est une question de fait ; il incombe dès lors au juge d'apprécier *in concreto* la pertinence des divulgations »²¹²².

409. - L'intérêt général à travers quelques exemples. A titre d'exemple, participent au débat d'intérêt public les discussions relatives à l'état de santé d'un ancien président de la République française lors de son passage au pouvoir²¹²³, à la mise en cause de la réelle volonté d'un chef d'Etat et de son entourage de lutter contre le trafic de drogue²¹²⁴, à l'existence d'un enfant naturel du Prince Albert I^{er} de Monaco²¹²⁵, à une polémique relative à des irrégularités commises dans la passation d'un marché public²¹²⁶, à la relation extraconjugale d'un ancien premier ministre²¹²⁷, ou encore à la protection des animaux²¹²⁸. En revanche, n'ont pas été considérées comme d'un tel intérêt, la diffusion d'informations décrivant la vie sexuelle d'un Premier ministre et une jeune femme²¹²⁹, des écrits se rapportant aux problèmes conjugaux d'un chef d'Etat²¹³⁰, ou encore des propos relatifs aux difficultés financières d'un chanteur célèbre²¹³¹.

2. L'intérêt général dans ses dimensions spatiale et temporelle

²¹²² K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 413, n° 589. L'auteur fait référence aux principes énoncés par la Cour de cassation italienne qui prennent appui sur l'idée de pertinence des informations.

²¹²³ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 53.

²¹²⁴ Cour eur. D.H., 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, req. 51279/99, § 64.

²¹²⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 116, confirmant Cour eur. D.H., 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 59.

²¹²⁶ Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie (GC)*, req. 33348/96, § 94.

²¹²⁷ Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ruusunen c. Finlande*, req. 73579/10, § 49 ; Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, req. 69939/10, § 49.

²¹²⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. 48876/08, § 102 ; Cour eur. D.H., 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. 24699/94, §§ 70 et 72.

²¹²⁹ Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ruusunen c. Finlande*, req. 73579/10, §§ 50 à 52 ; Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, req. 69939/10, §§ 50 à 52.

²¹³⁰ Cour eur. D.H., 4 juin 2009, *Standard Verlags GmbH c. Autriche (n° 2)*, req. 21277/05, § 52

²¹³¹ Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03, § 43.

410. - Introduction. Comme indiqué préalablement, sans doute les développements relatifs à l'intérêt général n'ont de sens, dans le cadre de la présente thèse, qu'essentiellement sous ce point. En effet, requérir l'oubli d'informations journalistiques n'impliquent pas de remettre en cause l'intérêt général de l'information au moment où cette dernière est divulguée. En revanche, cet oubli pourrait être revendiqué parce que l'on considère qu'une information diffusée, dès lors qu'elle se retrouve dans des archives en ligne sur internet, est désormais accessible à tous et partout dans le monde. Se pose alors la question suivante : l'intérêt général se justifie-t-il quel que soit le lieu où l'information est disponible (a)) ? Ensuite, il est intéressant de s'interroger sur l'impact que l'écoulement du temps peut avoir sur l'existence de l'intérêt général (b)) : autrement dit, l'intérêt général s'épuise-t-il au fur et à mesure que le temps sépare une information du moment où le fait relayé par l'information s'est produit ?

a) L'intérêt général dans l'espace

411. - L'intérêt général et sa dimension spatiale. L'on s'intéresse à la dimension territoriale de l'intérêt général spécifiquement dans le cadre du droit à l'oubli revendiqué pour des archives en ligne. Il concerne en effet moins l'oubli d'informations dans les médias traditionnels. L'on pourrait considérer qu'une information peut avoir un intérêt général pérenne dans un Etat voire plus largement une partie du monde, sans avoir cette pérennité dans un autre Etat ou une autre partie du monde. Concrètement, cela revient non seulement à revendiquer un oubli territorialement « partiel », mais aussi à consacrer, pour les diffuseurs d'information, une liberté d'expression conditionnée spatialement. Rappelons que l'article 10 de la Convention précise que la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et *sans considération de frontière* » (nous soulignons). L'article 11 de la Charte européenne des droits fondamentaux apporte aussi cette précision. Peut-être était-ce là une prédiction de cet espace sans frontière créé par internet.

Une décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 25 octobre 2011 va en ce sens : les juges européens indiquent que « la mise en ligne de contenus sur un site internet se distingue de la diffusion territorialisée d'un média tel un imprimé en ce qu'elle vise, dans son principe, à l'ubiquité desdits contenus. Ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intervention de

leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son Etat membre d'établissement et en dehors de son contrôle. Il apparaît donc que internet réduit l'utilité du critère tenant à la diffusion, dans la mesure où la diffusion de contenus mis en ligne est en principe universel »²¹³². Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle « n'attache pas d'attention particulière à la localisation de l'intérêt public. Lorsqu'elle fait référence à un intérêt public "localisé", la Cour veille généralement à la concordance entre l'espace public géographique dans lequel l'intérêt public est mesuré et celui de la *diffusion* du propos litigieux. Nul besoin d'être grand clerc pour apercevoir les limites de cette approche dans le cadre d'un réseau transfrontière comme l'internet. Sur le plan des standards moraux, d'aucuns ont jugé approprié de prendre en compte le pays du visiteur d'un site Web lorsque ce pays concorde avec celui de la destination de l'information qui provient d'un pays étranger [...]. [C]e raisonnement pourrait être transposé sur le terrain de l'appréciation de l'intérêt public d'une publication »²¹³³.

Certaines décisions européennes, dans leur analyse de l'intérêt public, prennent cependant en compte l'espace dans lequel l'information a vocation première à circuler. Dans son arrêt *Castells c. Espagne*, la Cour indique, à propos d'un article rédigé par un homme politique, que ce dernier « exposait ainsi des faits d'un grand intérêt pour l'opinion publique de cette région où s'écoulait le plus clair de l'hebdomadaire en question »²¹³⁴. L'élément spatial est mis en évidence dans l'analyse de la nécessité de la mesure. La Cour a encore évoqué cette dimension spatiale, soulignant tantôt qu'il s'agit « d'un sujet d'intérêt général pour la collectivité locale »²¹³⁵, tantôt qu'il s'agit « incontestablement d'un sujet d'intérêt général pour

²¹³² C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, C-509/09, *eDate Advertising GmbH c. X*, et C-161/10, *Olivier Martinez et Robert Martinez c. MGN Limited*, §§ 45 et 46. Le paragraphe 46 se poursuit comme suit : « De plus, il n'est pas toujours possible, sur le plan technique, de quantifier cette diffusion avec certitude et fiabilité par rapport à un Etat membre particulier ni, partant, d'évaluer le dommage exclusivement causé dans cet Etat membre ». L'arrêt a été abondamment publié et commenté : *A&M*, 2012/4, p. 344, note E. Taelman, « Forum shopping en rechtsbescherming tegen onrechtmatige publicaties op internet » ; *CML Rev.*, 2012/3, p. 1211, note J. Kuipers, « Brussels I regulation: jurisdiction and applicable law relating to a tort » ; *Computerr.*, 2012/1, p. 44, note C. Vanleenhove, « Het Hof van Justitie als forum actoris voor slachtoffers van een lasterlijke publicatie op het internet » ; *J.D.E.*, 2011, p. 313; *J.T.*, 2002, p. 192, note P. Peters, « Compétence élargie du tribunal du domicile de la victime d'une atteinte au droit de la personnalité - Quid en cas d'atteinte aux droits intellectuels? » ; *Rev. crit. dr. intern. Privé*, 2012/2, p. 389, note H. Muir Watt, « Compétence juridictionnelle et contenus illicites diffusés sur Internet – Rapport entre la clause 'marché intérieur' de la directive commerce électronique et le conflit de lois intra-européen en matière de droit privé » ; *S.E.W.*, 2012/5, p. 207, note B. Drijber, « Onrechtmatige publicaties verspreid via internet - Nieuw bevoegdheidscriterium » ; *R.D.C.*, 2013/5, p. 394, note T. Kruger, F. Van Overbeeke, « Over het toepassingsgebied van het herkomstlandbeginsel in het spanningsveld tussen het vrij verkeer en het IPR ».

²¹³³ Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 195, n° 136. L'auteur cite lui-même E. Dommering, « Article 10 ECHR (Freedom of expression) », in O. Castendyk, E. Dommering, A. Scheuer, *European Media Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 65 et 66, n° 68.

²¹³⁴ Cour eur. D.H., 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. 11798/85, § 45.

²¹³⁵ Cour eur. D.H. (déc.), 30 juin 2009, *Hacquemand c. France*, req. 17215/06.

le département »²¹³⁶, tantôt encore qu'il s'agit « d'une question d'intérêt général pour les travailleurs de la société »²¹³⁷. Dans ces derniers cas, on s'aperçoit que le cadre dans lequel l'intérêt général est analysé est extrêmement étroit. Quentin Van Enis souligne que cette étroitesse est admise par la Cour « pour autant que l'espace de diffusion concorde avec l'intérêt que présente l'information pour ses destinataires »²¹³⁸. *A contrario*, la Cour a déjà soutenu que l'intérêt général ne doit pas être limité à un territoire restreint mais a vocation à être beaucoup plus large que l'espace réel de diffusion de l'information. Autrement dit, certaines informations ont un intérêt général bien au-delà de l'espace initial dans lequel elles sont diffusées. Ainsi la Cour a-t-elle évoqué l'existence d'un débat d'intérêt général à l'échelle européenne²¹³⁹, l'intérêt d'une publication pour une « population locale, nationale et internationale »²¹⁴⁰, le fait que « compte tenu de son objet, lié à ces événements d'envergure mondiale, la publication litigieuse s'intégrait dans un débat d'intérêt général »²¹⁴¹, ou encore que des actes « à l'origine de l'expression litigieuse ont entraîné le chaos mondial et que les questions abordées à cette occasion, y compris l'interprétation qu'en fait le requérant, relèvent du débat d'intérêt général »²¹⁴².

412. - L'intérêt général, l'oubli, et la dimension spatiale. La Cour européenne des droits de l'homme prend en compte cette dimension spatiale pour déterminer l'existence de l'intérêt général d'une information. L'on peut donc parfaitement concevoir que cet élément spatial puisse entrer en ligne de compte dans l'analyse de l'oubli potentiel d'une information. Cela étant, il ne sera pas toujours techniquement envisageable de la faire entrer dans le moyen de

²¹³⁶ Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Boldea c. Roumanie*, req. 19997/02, § 57.

²¹³⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, req. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, § 72.

²¹³⁸ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 197, n° 138.

²¹³⁹ Cour eur. D.H., 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. 24699/94. La Cour souligne par exemple que « la publicité de l'association requérante échappait au contexte commercial normal dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier, et qu'elle traduisait plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général [...]. Les autorités suisses elles-mêmes ont considéré que le contenu de la publicité produite par l'association requérante était « politique » [...]. En effet, il n'est pas contestable que, dans beaucoup de sociétés européennes, la protection et les modalités d'élevage des animaux donnaient et donnent toujours lieu à un débat général ».

²¹⁴⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 63.

²¹⁴¹ Cour eur. D.H., 6 mai 2010, *Brunet Lecompte et Lyon Mag c. France*, req. 42117/04, § 41. Cela étant, la Cour fait en l'espèce un parallèle entre un événement mondial et l'intérêt mondial. On peut dès lors considérer qu'elle superpose l'espace de diffusion mondial, induit par le fait de l'importance de l'événement, à l'ampleur de l'intérêt public. Elle ne semble donc pas étendre plus largement l'intérêt public par rapport à l'espace réel et potentiel de diffusion de l'information. Cela étant, la Cour écrit ensuite que « l'intérêt du public, qu'il soit national ou lyonnais, s'en trouvait alors accru, s'agissant d'un débat politique d'une actualité immédiate » (§ 48). Cet extrait s'inscrit davantage dans le postulat d'un intérêt public plus vaste que l'espace de diffusion.

²¹⁴² Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, § 36109/03, § 41. Les faits en l'espèce sont les attentats tragiques du 11 septembre 2001.

réparation qui se déduit du droit à l'oubli d'information journalistique²¹⁴³. Cette réflexion rejoint notamment celle relative à l'ampleur du droit au déréférencement, celle-ci ayant fait l'objet d'une question préjudicielle par les juridictions françaises auprès de la Cour de justice de l'Union européenne (voy. *infra*). Cette problématique s'inscrit enfin dans le cadre du droit international privé, sujet qui n'est pas abordé dans la présente thèse, bien qu'il s'agisse, d'un écueil lié à la mise en œuvre concrète du droit à l'oubli²¹⁴⁴.

b) L'intérêt général dans le temps

413. - L'intérêt général, la presse et le temps²¹⁴⁵. Les réflexions menées ici sont à la croisée de deux critères que les juridictions peuvent mettre en œuvre dans l'analyse du droit à l'oubli : l'intérêt général et l'écoulement du temps. Dès lors qu'une information est considérée comme étant d'intérêt général, cette qualification pourrait-elle disparaître avec l'écoulement du temps ? Et, *a contrario*, l'écoulement du temps pourrait-il permettre l'éclosion de l'intérêt général ?

A priori, ces questions peuvent recevoir des réponses affirmatives qui méritent toutefois d'être nuancées. Tout est à nouveau propre aux circonstances de l'espèce. Comme on a déjà pu le souligner préalablement²¹⁴⁶, la Cour européenne a eu l'occasion de prendre en compte le critère temporel pour analyser le bien-fondé de mesures prises à l'encontre du droit à la liberté d'expression. Il est cependant possible d'ajouter quelques éléments complémentaires sous l'angle précis de l'impact que le temps pourrait avoir sur l'existence ou l'absence d'intérêt général.

Les juges européens indiquent régulièrement que le rôle des médias ou de la presse est « d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné »²¹⁴⁷.

²¹⁴³ Sur ces modes de réparation, voy. *infra*.

²¹⁴⁴ Voy. notamment C. DE CLERCQ, F. DECHAMPS, « Internet à l'épreuve du droit ou le droit à l'épreuve d'internet – Une analyse au regard de la problématique de l'étendue géographique du droit européen au déréférencement », *J.T.*, 2017, pp. 669 à 681.

²¹⁴⁵ Sur la question de l'intérêt et du temps, voy. aussi M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, *op. cit.*, pp. 122 à 124.

²¹⁴⁶ Voy. *supra*.

²¹⁴⁷ Voy. notamment, Cour eur. D.H., 16 mars 2017, *Ólafsson c. Islande*, req. 58493/13, § 56 ; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Ozgur Radyo-SES Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim AS c. Turquie (n°3)*, req. 10129/04, § 28 ; Cour eur. D.H., 5 février 2009, *Brunet Lecompte et Lyon Mag c. France*, req. 42117/04, § 47 ; Cour eur. D.H., 21 octobre 2008, *Saygili et Falakaoğlu c. Turquie*, req. 39457/03, § 23 ; Cour eur. D.H., 14 février 2008, *July et SARL Libération c. France*, req. 20893/03, § 71 ; Opinion partiellement dissidente commune aux juges Ozakis,

Bien que cette affirmation présente une composante temporelle, il paraît difficile d'en déduire des conclusions tant la formule peut paraître banale. Tout au plus pourrait-on lire entre les lignes que les médias et la presse ont pour rôle de relater ces faits, opinions ou idées sans qu'il n'existe un laps de temps trop important entre leur survenance et leur relation. Peut-être la Cour souhaite-t-elle aussi souligner que l'écoulement du temps pourrait faire perdre tout intérêt général de l'information. Elle s'est cependant départie de cette approche temporelle en considérant, dans l'arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, que « si la presse a pour fonction première de jouer le rôle de 'chien de garde' dans une société démocratique, la fonction accessoire qu'elle remplit en constituant des archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à la disposition du public n'est pas dénuée de valeur »²¹⁴⁸. Il s'agit certes d'une fonction accessoire, « mais néanmoins d'une importance certaine »²¹⁴⁹. Percevant peut-être l'incohérence entre le contenu de cet extrait et ce qu'elle avait pu affirmer précédemment, la Cour nuance son propos en refusant *in fine* de « mettre sur le même pied comptes rendus d'actualité et sites d'archives en ligne »²¹⁵⁰ : elle précise 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. A cet égard, le devoir de la presse de se conformer aux principes d'un journalisme responsable en vérifiant l'exactitude des informations publiées est vraisemblablement plus rigoureux en ce qui concerne celles qui ont trait au passé – et dont la diffusion ne revêt aucun caractère d'urgence – qu'en ce qui concerne l'actualité, par nature périssable » (§ 45). Cet élément temporel permettant de justifier un examen moins rigoureux et le caractère périssable de l'information est repris dans d'autres décisions de la Cour. En 2011, dans l'arrêt *Koprivica c. Monténégro*, elle soutient que « the article was not published in a daily newspaper, but in a weekly magazine, which gave the applicant more time for double-checking »²¹⁵¹. A défaut d'urgence – dès lors que la publication

Bratza, Tulkens et Šikuta, Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02, § III.3 ; Cour eur. D.H., 17 juillet 2007, *Ormanni c. Italie*, req. 30278/04, § 65 ; Cour eur. D.H., 7 juillet 2007, *Lionarakis c. Grèce*, req. 1131/05, § 51 ; Cour eur. D.H., 30 mars 2006, *Ozgur Radyo-SES Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim AS c. Turquie (n°1)*, req. 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00 et 64184/00, § 82 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99, § 77 ; Cour eur. D.H. (déc.), 21 septembre 2004, *Abeberry c. France*, req. 58729/00 ; Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00, § 27 ; Cour eur. D.H., 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, req. 38432/97, § 64.

²¹⁴⁸ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03, § 45.

²¹⁴⁹ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 90.

²¹⁵⁰ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 201, n° 141.

²¹⁵¹ Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *Koprivica c. Monténégro*, req. 41158/09, § 69.

n'est pas quotidienne mais bien hebdomadaire –, les obligations de vérification du journaliste sont plus conséquentes.

Deux constats peuvent être dressés. Premièrement, la Cour témoigne d'une certaine incertitude dans la nuance qu'elle apporte. Elle précise qu'il existe « probablement » une latitude plus large dans le cadre des archives. La Cour aurait pourtant pu se parer d'une conviction plus importante en proposant cette distinction qui a tout son sens. Deuxièmement, l'analyse temporelle qui est effectuée à moins trait à l'existence ou non d'un intérêt public qu'aux obligations devant être imposées et respectées par les journalistes. Une lecture *a contrario* de cet extrait permettrait de considérer que l'urgence ou l'immédiateté de la diffusion d'une information impliquerait un examen moins attentif de la presse de son devoir de se conformer aux principes d'un journalisme responsable²¹⁵². Une telle lecture, bien que plausible, paraît dommageable en ce qu'elle permettrait quasiment aux journalistes de se dégager de certaines de leurs obligations en invoquant l'urgence. Cette réflexion semble d'autant plus opportune à l'heure où de nombreuses voix s'élèvent régulièrement pour critiquer une presse qui ne prend plus le temps de vérifier, recouper, confirmer des informations. L'ère d'internet, du *buzz*, et d'un objectif prépondérant de rentabilité est passé par là...

Ce second constat est particulièrement bien illustré dans plusieurs affaires. Dans l'arrêt *Österreichischer Rundfunk c. Autriche* du 7 décembre 2006²¹⁵³, la Cour reconnaît d'emblée à l'information litigieuse un intérêt public²¹⁵⁴. Elle poursuit son analyse en incluant le facteur temporel : elle écrit que « [t]he domestic courts attached great weight to the time-element, in particular to the long lapse of time since Mr S.'s conviction, but did not pay any particular attention to the fact that only a few weeks had elapsed since his release. They did not take into account his notoriety and the political nature of the crime of which he had been convicted. Nor did they have regard to other important elements, namely that the facts mentioned in the news items were correct and complete and that the picture shown was related to the content of the report » (§ 69). Tout au plus, et de manière indirecte, la Cour admet que les quelques semaines passées entre ces libérations et le compte rendu n'effacent pas l'existence d'un intérêt public.

²¹⁵² Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 201, n° 141.

²¹⁵³ Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 35841/02.

²¹⁵⁴ L'affaire porte sur un compte rendu télévisé à propos de la remise en liberté de deux figures d'un parti néonazi autrichien, compte rendu durant lequel une photographie de l'un de ces hommes est diffusée sans consentement préalable. La Cour considère que la condamnation du requérant constitue une violation de l'article 10 de la Convention.

Dans une autre affaire dont l'arrêt *Leroy c. France*²¹⁵⁵ est rendu le 2 octobre 2008, la Cour souligne non seulement que les questions soulevées par une caricature à la suite des attentats du 11 septembre 2001 ont une portée mondiale et induisent par voie de conséquence un intérêt public important mais elle constate en plus « que la caricature a pris une ampleur particulière dans les circonstances de l'espèce, que le requérant ne pouvait ignorer. Le jour des attentats, soit le 11 septembre 2001, il déposa son dessin et celui-ci fut publié le 13 septembre, alors que le monde entier était sous le choc de la nouvelle, sans que des précautions de langage ne soient prises de sa part. Cette dimension temporelle devait passer, selon la Cour, pour de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte rendu – voire soutien – d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique. De plus, l'impact d'un tel message dans une région politiquement sensible n'est pas à négliger ; nonobstant son caractère limité du fait de sa publication dans l'hebdomadaire en question, la Cour constate cependant que celle-ci entraîna des réactions [...], pouvant attiser la violence et démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région » (§ 45). Le temps influe à nouveau sur les obligations du journaliste. L'intérêt général dans sa dimension temporelle est encore illustré dans l'arrêt *Fuchsmann c. Allemagne*²¹⁵⁶. La Cour y confirme que le « public interest also existed in the publication of the article in the online archive of the newspaper. Il reasoned that the public had not only an interest in news about current events, but also in the possibility of researching important past events » (§ 38). Elle poursuit en soutenant ensuite que « the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available news and information. Such archives constitute an important source of education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free » (§ 39). La Cour rejoint ce qu'elle a pu considérer, à propos des archives, dans l'arrêt précité *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni*.

414. - L'intérêt général est-il conditionné par le temps ? Les extraits des arrêts proposés ci-avant ne font aucun lien direct entre l'existence ou l'absence de l'intérêt général et l'écoulement du temps. En réalité, il faut rejoindre le constat fait par Quentin Van Enis : « l'influence du passage du temps sur la mission de la presse et sur l'intérêt public d'un propos ne se laisse pas

²¹⁵⁵ Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, req. 36109/03.

²¹⁵⁶ Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13. Voy. aussi, sur cet arrêt, *supra*. L'affaire porte sur la publication d'un article en version papier et en ligne relatif à une enquête dans une affaire de corruption, l'article nommant un homme d'affaires allemand (en l'espèce, le requérant).

facilement saisir dans la jurisprudence de la Cour »²¹⁵⁷. Quelques extraits permettent cependant de percevoir une légère influence entre ces deux composantes.

L'arrêt *Brunet Lecompte et Lyon Mag c. France* affirme par exemple qu'il existe un « intérêt du public » – et non un intérêt public – « accru, s'agissant d'un débat politique d'une actualité immédiate »²¹⁵⁸. Cela étant, l'intérêt est ici doublement justifié : il s'agit premièrement d'une information politique et, deuxièmement, d'une information récente. Le facteur temporel est cependant pris en compte dans la détermination de l'existence de cet intérêt. Dans la perspective de ce qu'elle a pu affirmer relativement au caractère périssable de l'information, la Cour fait un pas de plus vers ce lien avec l'intérêt général dans un arrêt *Bozhkov c. Bulgarie*. Les juges européens soutiennent que « [n]ews is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest »²¹⁵⁹. Une information périmée perd de son intérêt. Peut-on aller jusqu'à considérer qu'une information diffusée trop tardivement perd tout caractère d'intérêt général ? Non. La Cour a d'ailleurs à plusieurs reprises déjà laissé entendre que, compte tenu de circonstances, le temps, s'il ne fait pas apparaître l'intérêt général, à tout le moins le renforce. Et cet élément doit être pris en compte dans la balance des intérêts. Tel est le cas notamment dans l'affaire *Editions Plon c. France* du 18 mai 2004²¹⁶⁰. L'affaire porte sur l'interdiction – en référé et au fond – d'un livre divulguant des éléments médicaux jusqu'alors tenus secrets sur la maladie du président François Mitterrand. Concernant la mesure prise en référé, la haute juridiction strasbourgeoise précise que « la diffusion de l'ouvrage à une date si proche de ce décès ne pouvait qu'aviver la légitime émotion des proches du défunt, héritiers de ses droits », rappelant que le juge français a prononcé l'interdiction de parution le « lendemain de la sortie de l'ouvrage, laquelle intervenait dix jours à peine après le décès du président Mitterrand » (§ 53)²¹⁶¹. En revanche, pour la mesure prise au fond, le raisonnement est tout autre : « [p]arallèlement, plus le temps passait, plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical » (§ 53). Ce facteur temporel est simplement pris en compte pour déterminer les intérêts dominants. Au plus près des événements cités, la protection de l'ordre

²¹⁵⁷ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 200, n° 140.

²¹⁵⁸ Cour eur. D.H., 6 mai 2010, *Brunet Lecompte et Lyon Mag c. France*, req. 42117/04, § 48.

²¹⁵⁹ Cour eur. D.H., 19 avril 2011, *Bozhkov c. Bulgarie*, req. 3316/04, § 48.

²¹⁶⁰ Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00. Pour son analyse, voy. *supra*.

²¹⁶¹ Voy. aussi Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00, § 47.

public ou de la vie privée doit prévaloir. Plus le temps s'écoule, moins ces intérêts sont prépondérants, laissant davantage de place à la liberté d'expression.

Un raisonnement similaire est déjà proposé par la grande chambre de la Cour en 1998 dans son arrêt *Lehideux et Isorni c. France*²¹⁶² où il est fait mention du « recul du temps » dans l'analyse de la proportionnalité d'une condamnation de journalistes pour apologie des crimes ou délits de collaboration. En effet, la haute juridiction européenne rappelle que « les événements évoqués dans la publication litigieuse se sont produits plus de quarante ans avant celle-ci » (§ 55). Sans considérer que ce laps de temps éteint toute possibilité de voir des propos être condamnés, elle considère que « le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire » (§ 55). L'intérêt général, voire même dans le cas précis l'histoire d'un pays, devient alors un élément important dans la mise en balance. Cette atténuation de la sanction par l'effet du temps n'a cependant pas fait l'unanimité auprès des juges européens. Dans son opinion dissidente, le juge Casadevall ne souscrit pas à ce raisonnement²¹⁶³. La Cour le confirme néanmoins dans son arrêt *Orban et autres c. France* du 15 janvier 2009²¹⁶⁴. Elle fait d'ailleurs un parallèle avec l'affaire *Lehideux et Isorni c. France* : elle constate que « les événements évoqués dans l'ouvrage litigieux se sont produits plus de quarante ans avant sa publication. Sans occulter les différences qu'il y a entre ces deux affaires, elle tire de ce constat une conclusion similaire à celle qu'elle avait précédemment retenue : s'il est certain que les propos litigieux dont il est question en l'espèce n'ont pas pour autant perdu leur capacité à raviver des souffrances, il n'est pas approprié de les juger avec le degré de sévérité qui pouvait se justifier dix ou vingt ans auparavant ; il faut au contraire les aborder avec le recul du temps » (§ 52). La Cour européenne ajoute ensuite que « [s]anctionner un éditeur pour avoir aidé à la diffusion du témoignage d'un tiers sur des événements s'inscrivant dans l'histoire d'un pays entraverait gravement la contribution aux discussions de problèmes d'intérêt général et ne

²¹⁶² Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. 24662/94.

²¹⁶³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. 24662/94, opinion dissidente du juge Casadevall, § 3. Il écrit que « [l]a possibilité de prévoir des ingérences, combinée avec la marge d'appréciation de l'Etat, laquelle est plus large dans certaines matières, m'amènent à considérer que les juridictions nationales étaient le mieux placées pour juger les faits et les conséquences sociales découlant de la publication du texte litigieux, dans la mesure où, comme le Gouvernement le souligne dans son mémoire, "(...) ces circonstances renvoient à des événements passés, et au débat que la France entretient avec sa propre histoire ». Quant à la sévérité dont il y a lieu de faire preuve, je ne souscris pas à l'idée, soutenue par la majorité au paragraphe 55 de l'arrêt, qu'il y aurait atténuation avec le recul du temps « (...) quarante ans après (...) ».

²¹⁶⁴ Cour eur. D.H., 15 janvier 2009, *Orban et autres c. France*, req. 20985/05, § 52.

saurait se concevoir sans raisons particulièrement sérieuses [...] » (§ 52)²¹⁶⁵. Sans doute dans ce second extrait, la Cour fait-elle un lien plus clair entre l'écoulement du temps et l'intérêt général. Cela étant, l'on rejoint ici un autre critère analysé ci-après (voy. *infra*), celui de la dimension historique d'une information.

L'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* rendu le 28 juin 2018 est, sur cette question de la relation entre le temps et l'intérêt général, le plus édifiant dès lors que la Cour y examine « la question de savoir si la mise à disposition des reportages litigieux a continué à contribuer à un débat d'intérêt général » (§ 99). L'affaire porte sur des potentielles violations du droit à la vie privée revendiquées par des personnes ayant été condamnées pour meurtre, ces violations étant matérialisées par le maintien, en ligne, d'articles évoquant l'affaire judiciaire²¹⁶⁶. Les juges européens écrivent à cet égard « que, après l'écoulement d'un certain laps de temps et en particulier à l'approche de la sortie de prison d'une personne condamnée, l'intérêt de celle-ci est de ne plus être confrontée à son acte en vue de sa réintégration dans la société [...]. Ceci peut être d'autant plus vrai après la libération définitive d'une personne condamnée. De même, l'étendue de l'intérêt du public quant aux procédures pénales est variable, car il peut évoluer au cours de la procédure en fonction, entre autres, des circonstances de l'affaire » (§ 100)²¹⁶⁷. Ainsi, l'intérêt public peut perdurer dans le temps dès lors qu'il se matérialise notamment à travers la possibilité de « pouvoir effectuer des recherches sur des événements passés » (§ 101). Pour la Cour, il existe un « intérêt légitime du public à pouvoir accéder aux archives électroniques publiques de la presse » (§ 102)²¹⁶⁸. Compte tenu d'éléments factuels propres à l'affaire, les juges européens considèrent que « dans la présente affaire, la disponibilité des reportages litigieux sur les sites web des médias au moment de l'introduction des demandes des requérants contribuait toujours à un débat d'intérêt général que l'écoulement d'un laps de temps de quelques années n'a pas fait disparaître » (§ 105).

Afin de conclure ces développements relatifs à l'impact de l'écoulement du temps sur l'intérêt général, il y a lieu de souligner que la Cour s'est déjà montrée réticente à modifier le

²¹⁶⁵ La Cour reprend là un vieil enseignement (voy. Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 35).

²¹⁶⁶ Les faits ainsi que les rétroactes judiciaires de cette affaire sont présentés *supra*.

²¹⁶⁷ Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 96.

²¹⁶⁸ Peut-être est-il possible d'y voir, certes, un intérêt public, celui-ci étant toutefois différent de l'intérêt public initial à être informé d'une affaire judiciaire en cours. On pourrait considérer que l'intérêt à accéder à des archives est distinct de cet intérêt initial justifié par l'actualité. Un tel postulat permettrait alors d'analyser différemment ces intérêts dans l'exécution de la balance des intérêts.

statut d'informations déjà divulguées. Ainsi, elle a invoqué « l'absence de nécessité d'empêcher la divulgation de certaines informations dès lors qu'elles avaient déjà été rendues publiques [...] ou avaient perdu leur caractère confidentiel »²¹⁶⁹. De même, dans l'arrêt *Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France*, la Cour indique que « les informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles »²¹⁷⁰. Sandrine Carneroli, interprétant ces deux extraits, estime qu'ils démontent « que la jurisprudence européenne est favorable à considérer que les informations qui sont sorties de la sphère privée et ont connues une certaine publicité ne sont pas destinées à changer de statut »²¹⁷¹. Si on peut abonder dans le même sens que ce qu'indique l'auteure citée, il faut cependant apporter une précision importante. Effectivement, le constat tiré par Sandrine Carneroli semble, de prime abord, ne laisser aucune possibilité d'appliquer le droit à l'oubli d'informations diffusées. Cela étant, si l'on peut parfaitement considérer que le statut de l'information n'est pas modifié, l'on peut aussi parfaitement considérer que d'autres intérêts sont, par le simple écoulement du temps, devenus prépondérants et doivent, par conséquent, être davantage pris en compte dans la nouvelle balance des intérêts effectués par les juridictions ou autorités. Les arrêts *Editions Plon c. France* et *Lehideux et Isorni c. France* cités ci-avant en sont de parfaits exemples, même si le temps a dans ces deux cas fait prévaloir la liberté d'expression. L'auteure semble d'ailleurs admettre par la suite cette thèse puisqu'elle écrit qu'« [e]n définitive, ce sera au cas par cas et notamment en fonction des débats qui traversent la société que le juge appréciera si l'information relève de l'intérêt général », tout en émettant rapidement une réserve sur le fait qu'un « tri *a posteriori* entre ce qui peut continuer à être publié et ce qui doit redevenir secret dénote d'ailleurs d'un certain arbitraire »²¹⁷². L'on ne peut s'empêcher d'y voir une contradiction : à partir du moment où l'on admet que ces situations doivent être gérées au cas par cas, compte tenu de balises et de critères, l'on admet aussi *a fortiori* une certaine dose d'indétermination. Bien que limitée par l'existence de critères, l'interprétation juridique laisse parfois la place pour une dose d'arbitraire, celle-ci découlant directement du cas d'espèce. L'on pointe encore ce qui semble être une contradiction dans la suite du raisonnement proposé par l'auteure. Elle affirme que « [c]e qui a été licitement révélé,

²¹⁶⁹ Cour eur. D.H., 30 mars 2006, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A.Ş c. Turquie* (n° 1), req. 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00 et 64184/00, § 81 ; Cour eur. D.H., 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas*, req. 16616/90, § 44. Voy. dans le même sens, Cour eur. D.H., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, req. 11034/84, § 49 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. 13585/88, §§ 66 et 70 ; Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), req. 13166/87, §§ 52 à 56.

²¹⁷⁰ Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03, § 52.

²¹⁷¹ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 22, n° 22.

²¹⁷² *Ibidem*.

ce qui fait l'actualité un jour, n'a pas vocation à se faire oublier compte-tenu du temps qui a passé », et s'interroge ensuite sur le fait que des « personnes qui sont rentrées dans l'actualité conservent une “espérance légitime” de voir leur vie privée effectivement protégée du moins pour ce qui concerne les faits licitement divulgués, que les publications soient diffusées en ligne ou dans les médias traditionnels. Ces faits ne font plus partie de leur vie privée, ils sont publics. A ce titre, ils échappent à la sphère de l'intimité de la vie privée et peuvent donc être rappelés par les médias »²¹⁷³. Et d'ajouter que « [p]our autant, un tel rappel ne saurait être légitimé s'il devait procéder d'une curiosité malsaine visant à transgresser une sphère intime destinée à rester secrète. Dans ce cas, l'intérêt quelconque du public devra s'effacer au profit de la nécessité d'assurer une protection effective à la vie privée »²¹⁷⁴. Tout en refusant que le statut conféré à des informations ne soit modifié par l'écoulement du temps, l'extrait admet que dans une certaine mesure, l'espérance légitime de voir son intimité protégée devienne prépondérante lors d'une redivulgateur mue par une curiosité malsaine. Selon nous, soit il y a lieu de comprendre que la publication initiale était elle-aussi mue par cet objectif et peut donc être considérée comme potentiellement illicite, soit il est possible de comprendre qu'un changement de statut de l'information demeure possible. A travers cette dernière hypothèse, l'auteure semble alors concevoir l'oubli.

B. L'intérêt général et l'oubli : quelles sont les informations concernées par l'oubli ?

415. - Introduction. L'oubli peut être requis pour certains types d'informations, celles-ci devant en outre être considérées comme étant d'intérêt public. La jurisprudence existante sur le droit à l'oubli ne porte que sur les informations d'ordre judiciaire (1.). Pourtant, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur la possibilité de requérir l'oubli pour des informations d'un autre type (2.), compte tenu notamment du fondement tiré de la protection du droit à la vie privée.

1. Les informations d'ordre judiciaire

²¹⁷³ *Ibidem*, pp. 22 et 23, n° 22. L'auteure considère en outre qu'il ne peut être fait de différence entre les médias traditionnels et internet. A ce propos, voy. *infra* (ou *supra*).

²¹⁷⁴ *Ibidem*.

416. - Les informations judiciaires sont-elles d'intérêt général ? Dans le point relatif à la titularité du droit à l'oubli d'informations journalistiques, il a été souligné qu'une personne au centre d'une procédure judiciaire accède momentanément au statut de personnage public²¹⁷⁵. La diffusion d'information judiciaire participe sans conteste au débat d'intérêt général, ceci impliquant que la personne visée doit accepter davantage d'atteinte dans la protection de sa vie privée. Ainsi, cette dernière est moins étendue « pour celui qui est impliqué dans un procès [...] ou l'a été [...] ou pour celui qui entre à un titre quelconque dans le champ de l'actualité »²¹⁷⁶. Plus globalement, il faut accepter des entorses dans la protection de sa vie privée « chaque fois que le public a un intérêt légitime à connaître les activités, le comportement, la situation, la condition, la manière d'être d'une personne, quand la personne devient sujet de l'événement public »²¹⁷⁷. A ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme soutient « qu'on ne saurait invoquer l'article 8 [de la Convention] pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale »²¹⁷⁸. Faisant un lien direct entre la protection de la vie privée et la commission d'une infraction pénale, la Cour confirme par ces mots que toute personne doit assumer les conséquences d'une infraction pénale, en ce compris les conséquences sur la protection de sa vie privée. Autrement dit, elle confirme l'accessibilité au statut de personnage public.

417. - Le compte rendu judiciaire, l'intérêt général et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il existe de nombreuses décisions européennes relatives à la diffusion d'information d'ordre judiciaire. Ce discours s'inscrit totalement dans le champ d'application de l'article 10 de la Convention.

²¹⁷⁵ Voy. *supra*.

²¹⁷⁶ J. RAVANAS, *J.-Cl. civ.*, article 9, fasc. 10, p. 18, n° 99.

²¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 18, n° 98.

²¹⁷⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 83 ; Cour eur. D.H., 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, req. 55480/00 et 59330/00, § 49. Soulignons que dans cette dernière décision, une dimension temporelle est aussi prise en compte. Les requérants, d'anciens collaborateurs du KGB, se voient interdire la possibilité d'accéder à des emplois privés à cause d'une loi entrée en vigueur en 1999 en Lituanie, cette dernière visant précisément les anciens agents du KGB. La Cour écrit qu'« il est raisonnable de supposer que, pendant le délai considérable qui s'est écoulé entre la chute de l'ex-Union soviétique (avec les changements politiques qui s'en sont suivis en Lituanie) et l'entrée en vigueur de la législation en cause en 1999, les requérants ne pouvaient envisager les conséquences que leurs années au service du KGB entraîneraient pour eux. Quoi qu'il en soit, pour les intéressés, l'enjeu va en l'espèce au-delà de la défense de leur réputation. Aux yeux de la société, ils sont marqués par leur association passée avec un régime d'oppression. Partant, et eu égard à l'ampleur des restrictions en matière d'emploi que les requérants ont à subir, la Cour estime que les effets risquant de nuire à la capacité des requérants à mener une vie personnelle normale doivent être regardés comme un facteur pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si les faits dénoncés tombent dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention ». La Cour a considéré qu'il y avait bien une violation de l'article 14 de la Convention, combiné à son article 8.

Dans son arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, la Cour soutient que la liberté d'expression s'applique « également au domaine de l'administration de la justice, laquelle sert les intérêts de la collectivité tout entière et exige la coopération d'un public éclairé. On s'accorde en général à penser que les tribunaux ne sauraient fonctionner dans le vide. Ils ont compétence pour régler les différends, mais il n'en résulte point qu'auparavant ceux-ci ne puissent donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, la grande presse ou le public en général. En outre, si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »²¹⁷⁹. La Cour est claire, les questions qui intéressent les tribunaux, c'est-à-dire les procédures judiciaires, appartiennent à l'ordre public. Sans doute peut-on y voir un lien avec le principe de la publicité de l'audience et des décisions (voy. *infra*).

La grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a réitéré ces propos dans une décision *Morice c. France* du 23 avril 2015. Elle y soutient qu'« un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général, ce qui est le cas, notamment, pour des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire, et ce alors même que le procès ne serait pas terminé pour les autres accusés [...]. Une certaine hostilité [...] et la gravité éventuellement susceptible de caractériser certains propos [...] ne font pas disparaître le droit à une protection élevée compte tenu de l'existence d'un sujet d'intérêt général »²¹⁸⁰. Elle rappelle, par cette dernière phrase, que la liberté d'expression vaut aussi pour les propos qui éventuellement « heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »²¹⁸¹. Enfin, la Cour considère encore que la presse doit informer sur les procédures en matière criminelle, « surtout lorsque celles-ci portent sur une affaire judiciaire particulièrement grave et ayant suscité une attention

²¹⁷⁹ Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. 6538/74, § 65. Voy. aussi Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, 24 novembre 2005, *Tourancheau c. France*, req. 53886/00, § 66 ; Cour eur. D.H., 22 mars 2016, *Pinto Coelho c. Portugal* (n° 2), req. 48718/11, § 38.

²¹⁸⁰ Cour eur. D.H. (gde Ch.), 23 avril 2015, *Morice c. France*, req. 29369/10, § 125. L'extrait fait notamment référence à Cour eur. D.H., 15 juillet 2010, *Roland Dumas c. France*, req. 34875/07, § 43.

²¹⁸¹ Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. 6538/74, § 65.

considérable », ajoutant que « [c]ela ne concerne pas seulement des reportages parus pendant la tenue du procès pénal en question mais peut inclure également, en fonction des circonstances de l'affaire, des reportages rendant compte d'une demande de réouverture de ce procès quelques années après la condamnation »²¹⁸². Ce dernier enseignement paraît tout à fait logique dès lors qu'une telle réouverture s'inscrit plus globalement dans l'actualité judiciaire²¹⁸³.

Il y a en effet un intérêt légitime pour le public à recevoir des informations tant sur l'organisation globale de la justice que sur les procès qu'elle organise. Ceci a fait l'objet d'une confirmation dans une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la diffusion d'informations par les médias en relation avec des procédures pénales²¹⁸⁴. Le texte souligne « l'importance des reportages réalisés par les médias sur les procédures pénales pour informer le public, rendre visible la fonction dissuasive du droit pénal et permettre au public d'exercer un droit de regard sur le fonctionnement du système judiciaire pénal ». Ainsi, moyennant le respect de certaines garanties, le principe 1^{er} de l'annexe à la recommandation énonce que « [l]e public doit pouvoir recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires et des services de police à travers les médias. Les journalistes doivent en conséquence pouvoir librement rendre compte de et effectuer des commentaires sur le fonctionnement du système judiciaire pénal, sous réserve des seules limitations prévues en application des principes qui suivent ». Le principe 8 de cette même annexe tend à consacrer l'équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée. Il établit que « [l]a fourniture d'informations sur les personnes suspectées, accusées ou condamnées, ainsi que sur les autres parties aux procédures pénales devrait respecter leur droit à la protection de la vie privée conformément à l'article 8 de la Convention. Une protection particulière devrait être offerte aux parties qui sont des mineurs ou d'autres personnes vulnérables, aux victimes, aux témoins et aux familles des personnes suspectées, accusées ou condamnées. Dans tous les cas, une attention particulière devrait être portée à l'effet préjudiciable que la divulgation d'informations permettant leur identification peut avoir à l'égard des personnes visées dans ce Principe ». Le dernier principe, le dix-huitième, de cette annexe est édifiant dans le cadre du droit à l'oubli portant sur des informations judiciaires : il précise qu'« [a]fin de ne pas porter

²¹⁸² Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 98. Voy. aussi Cour eur. D.H., 21 juin 2012, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, req. 34124/06, § 56 ; Cour eur. D.H., 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, req. 34438/04, § 58.

²¹⁸³ A ce propos, voy. *infra*.

²¹⁸⁴ En ce sens, voy. la recommandation Rec(2003)13 du Comité des ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec des procédures pénales, adoptée le 10 juillet 2003.

préjudice à la réintégration dans la société des personnes qui ont purgé une condamnation, le droit à la protection de la vie privée en application de l'article 8 de la Convention devrait inclure le droit à protéger l'identité de ces personnes en liaison avec le délit qu'elles ont antérieurement commis une fois qu'elles ont purgé leur condamnation, sauf si ces personnes ont consenti explicitement à la divulgation de leur identité ou si ces personnes et le délit qu'elle ont antérieurement commis sont un sujet d'intérêt public ou sont redevenus un sujet d'intérêt public ».

418. - Le compte rendu judiciaire, l'intérêt général et la jurisprudence belge. Sans surprise, doctrine et jurisprudence belges confirment les enseignements apportés par les décisions européennes. Ainsi, les journalistes sont bien évidemment libres d'informer leur public au sujet d'affaires judiciaires²¹⁸⁵, en cours ou non. Cela étant, le Tribunal de première instance de Namur a eu l'occasion de se montrer critique face à ce type de journalisme. Il précise que, « dans le domaine des enquêtes judiciaires, a émergé depuis quelques années une génération de journalistes dits d'investigation qui, sans avoir le plus souvent une formation adéquate et une expérience quelconque au départ, se sont sentis investis de la mission de procéder eux-mêmes à des enquêtes parallèles sur des affaires qui agitent, ou sont censées agiter l'opinion publique »²¹⁸⁶.

Plus globalement, le Tribunal de première instance de Bruxelles soutient qu'« [i]l ne peut être fait grief à un journaliste normalement prudent et avisé de relater une enquête judiciaire en cours et les points sur lesquels elle porte, ni même de citer les noms des personnes concernées, lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de personnalités publiques agissant dans le cadre de leurs fonctions, pour autant que les précautions d'usage soient respectées, que la vérité ne soit pas travestie et que de simples soupçons ne soient pas présentés comme des certitudes »²¹⁸⁷. Certaines juridictions mettent en avant les risques liés à la surmédiation d'un procès en lien avec la présomption d'innocence, et le fait que l'après-procès ne jouit généralement pas de cette médiation. Le Tribunal de première instance de Namur estime à cet égard que « le téléspectateur lambda [...] est enclin à adhérer au soupçon formulé à l'endroit

²¹⁸⁵ Sur les critiques apportées par un journaliste à une loi pénale, voy. civ. Malines, 15 janvier 2013, *N.j.W.*, 2013, p. 80, note E. BREWAEYS, « Kritiek van journalist op leden van het openbaar ministerie » ; *Juristenkrant*, 2013/262, p. 12.

²¹⁸⁶ Civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509.

²¹⁸⁷ Civ. Bruxelles (14^e ch.), 27 octobre 2009, *A&M*, 2010/1, p. 124. L'affaire porte sur une procédure judiciaire menée notamment à l'encontre d'Anne-Marie Lizin, alors bourgmestre de Huy.

d'une personne déterminée, ce qui induit ainsi objectivement "une tache sur sa réputation même si ce soupçon se révèle non fondé par la suite" [...]. Le peu d'audience concédé à l'issue des procès médiatiques lorsqu'elle est favorable aux personnes poursuivies – en proportion de la place offerte à la phase d'instruction – a été à suffisance déploré tant en France qu'en Belgique par les observateurs avisés soucieux de dénoncer l'avènement d'une société du soupçon, peu compatible avec les idéaux démocratiques [...] »²¹⁸⁸. Cette décision est intéressante en ce qu'elle prend en compte les dégâts causés par une médiatisation antérieure au procès, lorsque cette médiatisation n'est pas menée jusqu'au terme dudit procès dans les mêmes proportions²¹⁸⁹.

419. - Le droit à l'oubli et les informations judiciaires. Les décisions évoquées jusqu'ici ne concernent pas directement le droit à l'oubli d'informations journalistiques, mais dessinent seulement le cadre dans lequel les médias peuvent diffuser des informations judiciaires. Autrement dit, ces décisions ne prennent pas encore la dimension temporelle dans leur examen, c'est-à-dire le fait de divulguer à nouveau, après un certain laps de temps, des informations judiciaires. Plusieurs décisions européennes et belges évoquent une telle problématique, certaines consacrant directement le droit à l'oubli. Il importe, dans ce point, de mettre en exergue le fait que l'oubli est requis – et accordé – essentiellement pour des informations d'ordre judiciaire. De ce fait, la doctrine majoritaire conclut que le droit à l'oubli n'est revendicable que lorsqu'il s'agit du passé judiciaire. Sandrine Carneroli écrit par exemple que « [p]our obtenir l'oubli, il convient de démontrer concrètement que l'individu subit un ostracisme social qui trouve sa source dans le rappel par la presse de son ancienne condamnation »²¹⁹⁰. Autrement dit, il n'existerait aucun droit absolu à voir n'importe quelle information bénéficier de ce régime particulier. Plusieurs remarques et nuances peuvent d'ores et déjà être apportées.

Premièrement, cette limitation au passé judiciaire s'explique sans doute par un parallèle effectué avec les règles du droit pénal. Cette branche du droit a vocation à réagir à des comportements considérés comme antisociaux, à savoir des infractions (contraventions, délits,

²¹⁸⁸ Civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509, le jugement renvoyant à Bruxelles, 9 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 169. La décision a été confirmée par la Cour d'appel de Liège (Liège (20^e ch.), 30 juin 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 416 ; *J.T.*, 2010, p. 579 ; *A&M*, 2010/5-6, p. 551 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 511). Un arrêt de la Cour de cassation est venu clore l'affaire, confirmant à nouveau le raisonnement tenu par la Cour d'appel (Cass. (1^{ère} ch.), 27 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1947).

²¹⁸⁹ Sur ce sujet, voy. notamment I. RAVID, « Tweeting#Justice : Audio-visual coverage of court proceedings in a world shifting technology », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2016/41, pp. 41 à 105.

²¹⁹⁰ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 20, n° 18.

crimes), en sanctionnant, par le biais d'une peine, lesdits comportements. Ces infractions et ces peines sont toutes deux établies par la loi. Sa fonction est à la fois répressive et expressive : répressive en ce que le droit pénal sanctionne un comportement par une peine, expressive en ce qu'il a pour objet d'exprimer les valeurs de la Société. La sanction n'a en outre, sauf cas particuliers, pas vocation à être illimitée. Elle est limitée en quantité (lorsqu'il s'agit par exemple d'une amende ou d'une peine de travail) ou en temps (lorsqu'il s'agit par exemple d'une mesure visant à la privation de la liberté). La reconnaissance du droit à l'oubli dans le cadre particulier des informations judiciaires tend à traduire cette limite temporelle de la sanction pénale dans le monde des médias. Quant aux mécanismes particuliers de droit pénal, ceux-ci ont globalement vocation à ce qu'une condamnation pénale puisse être oubliée²¹⁹¹. Rappelons simplement qu'à l'instar de ces figures juridiques, le droit à l'oubli traduit le souci d'un retour à la discrétion après un certain laps de temps²¹⁹².

Deuxièmement, constater que le droit à l'oubli vise le passé judiciaire d'une personne revient à reconnaître qu'il « dépasse largement le champ de sa vie privée. Qu'ils relèvent ou non de la vie privée, les faits divulgués ont nécessairement été publics à une époque donnée, ne serait-ce que par leur diffusion dans les chroniques judiciaires »²¹⁹³. Le droit à l'oubli aurait donc, compte tenu du fait que des événements judiciaires tombent inévitablement sous les feux de l'actualité, une assise plus large en portant sur des faits qui ont accédé – momentanément ou non – à la publicité.

Troisièmement, si l'on décide de cantonner l'oubli aux informations judiciaires – *quod non*²¹⁹⁴ –, il paraît devoir être étendu à l'ensemble des parties au procès, en ce compris par exemple les victimes²¹⁹⁵. Il est vrai que la plupart des décisions judiciaires relatives au droit à

²¹⁹¹ Voy. *supra*.

²¹⁹² M. LÉVY, « La liberté d'expression et la protection de la personnalité d'autrui », *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 158. L'auteur évoque non seulement ces dispositifs pénaux mais aussi les principes du secret de l'instruction, du fait que « ce n'est qu'après le début du procès public et contradictoire que l'acte d'accusation [d'une procédure] pourra être publié ». Il ajoute à ce propos que « [l']on peut trouver dans ces dispositions une cohérence donnant la priorité au respect de la confidentialité de la vie privée sur la *Déesse aux cent bouches* chantée par Brassens ». Sur la diffusion de cet acte d'accusation, voy. l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.*, 30 juillet 1881. La disposition a été modifiée par l'article 37 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, *J.O.R.F.*, 23 juillet 2010.

²¹⁹³ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 413.

²¹⁹⁴ Voy. *infra*.

²¹⁹⁵ L'on fait ici un lien entre le type d'information visée par le droit à l'oubli et le potentiel titulaire du droit à l'oubli. En effet, si le droit à l'oubli est réduit à certaines informations particulières, le champ des potentiels titulaires dudit droit sera conséquemment lui aussi réduit. Pour des développements sur les titulaires, voy. *supra*.

l'oubli limite cette prérogative au seul bénéfice des personnes condamnées²¹⁹⁶. Alain Strowel écrit à cet égard que « [p]our accorder le droit à l'oubli, il est nécessaire que les faits rappelés soient de nature judiciaire. En effet, au regard de la jurisprudence existante, il n'est pas possible d'induire un droit à l'oubli applicable à toutes les situations passées »²¹⁹⁷. La jurisprudence belge pourrait concevoir une extension du champ, si pas comme l'indique Alain Strowel à « toutes les situations passées », au moins à l'ensemble des protagonistes d'une procédure judiciaire : dans l'affaire ayant abouti à l'arrêt de la Cour de cassation belge du 29 avril 2016²¹⁹⁸, les faits repris dans l'article se limitent à narrer les circonstances de l'accident, tout en précisant, il est vrai, que le responsable de l'accident avait déjà été vu par un juge d'instruction. Autrement dit, ne sont pas seuls visés les articles relatant des condamnations judiciaires, mais bien tout écrit qui explique peu ou prou un élément d'une procédure judiciaire, qu'elle aboutisse ou non à une condamnation. Outre les personnes condamnées, ce sont donc toutes les personnes concernées par une affaire judiciaire relatée dans et par les médias, et notamment les victimes, qui doivent pouvoir bénéficier de ce droit. L'interprétation de cette condition paraît donc assez large. Sandrine Carneroli ne partage pas notre analyse. Elle écrit en effet ceci : « [m]ais qu'en est-il des simples faits judiciaires (sans condamnation) ? Sont-ils suffisants pour faire valoir le droit à l'oubli ? La réponse à cette question est négative dès lors que certains exigent qu'il y ait réhabilitation ou amnistie (ce qui suppose qu'il y ait une condamnation) pour que le droit à l'oubli trouve à s'appliquer et que, pour d'autres, "il suffit que le droit à l'oubli soit invoqué par une personne condamnée". La doctrine précise donc que le débat se situe entre "personne condamnée" et "personne réhabilitée ou amnistiée", mais ne concerne pas les personnes qui n'ont pas fait l'objet de condamnation judiciaire »²¹⁹⁹. Il semble effectivement que certains auteurs souhaitent limiter l'exercice du droit à l'oubli aux seules personnes condamnées ayant été réhabilitées ou amnistiées²²⁰⁰. Ce point de vue est critiquable tout comme celui de l'auteure

²¹⁹⁶ E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 75 ; S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 35, n° 35 ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, *op. cit.*, pp. 512 et 514, n° 734.

²¹⁹⁷ A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte-rendu vient le temps du silence », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 742.

²¹⁹⁸ Voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, Liège (civ.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319 ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECHE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ». Voy. la décision de première instance : civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182.

²¹⁹⁹ S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, *op. cit.*, p. 36, n° 35.

²²⁰⁰ *Ibidem*. L'auteure semble ne pas partager cette vision restrictive et renvoie à des auteurs sans pour autant les citer.

précitée, notamment parce que sur ces deux éléments, la jurisprudence ne permet pas d'être catégorique. Bien que l'on puisse admettre qu'il puisse y avoir quelques doutes à étendre l'oubli aux simples faits judiciaires, il est clair qu'à aucun moment, les décisions judiciaires ont conditionné l'oubli aux seules personnes réhabilitées ou amnistiées²²⁰¹. Une telle limitation du champ d'application *ratione personae* du droit à l'oubli est inconciliable avec ce que la Cour de cassation décrit dans son arrêt du 8 novembre 2018 : elle souligne que le droit à l'oubli vaut non seulement pour « une personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit », mais aussi pour celle « impliquée dans l'instruction ou l'information suivie du chef de pareille infraction », ainsi que pour celle simplement « citée dans le cadre de celle-ci ». Notre interprétation large est donc confirmée par la Cour suprême de l'ordre judiciaire.

Un élément supplémentaire semble plaider en faveur de notre interprétation extensive des informations judiciaires. Dans le cadre de la réglementation relative aux données à caractère personnel, il est fait mention des données judiciaires, ces dernières ayant un statut particulier. Lors de la transposition de la directive 95/46/CE en Belgique, l'on s'est interrogé sur la portée exacte de ces informations. A propos de l'adjectif « judiciaire » qui n'est d'ailleurs pas repris à l'article 8 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel²²⁰², Benjamin Docquir précise qu'« [i]l a été avancé par le Ministre, lors des travaux préparatoires, qu'une acception large du terme devrait être retenue »²²⁰³. Incitant encore cette large interprétation, l'auteur observe « que la donnée doit être “relative à” l'une de ces informations, et pas seulement la “révéler” »²²⁰⁴. La directive est désormais remplacée par le règlement 2016/679 sur la protection des données, celui-ci reprenant la même mention. Quant à la loi du 8 décembre 1992, elle a cédé sa place à celle du

²²⁰¹ Sur ces figures juridiques, voy. *supra*.

²²⁰² 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, p. 5801.

²²⁰³ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 217, n° 519.

²²⁰⁴ *Ibidem*. L'auteur indique encore deux avis rendus par la Commission de la vie privée, ceux-ci venant baliser cette interprétation large. Ainsi, « [d]ans son avis n° 21/2000 du 28 juin 2000, la Commission de la protection de la vie privée soutient que les enregistrements de suspicions ou d'éléments pouvant éventuellement donner lieu à une procédure judiciaire ne sont pas des données judiciaires au sens de la loi. Par contre, la Commission a considéré, dans son avis n° 44/2001 du 12 novembre 2001 concernant la compatibilité de la recherche d'infractions en droit d'auteur commises sur Internet avec les dispositions juridiques protégeant les données à caractère personnel et les télécommunications, que les données collectées sur Internet par des associations regroupant les ayants droits et par des sociétés de gestion de droits d'auteur sont des données judiciaires, puisqu'elles sont relatives à des suspicions ayant trait à des infractions, “même si ces infractions n'ont pas de caractère pénal” (p. 3, note 8) ».

30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²²⁰⁵.

La jurisprudence française a déjà refusé de reconnaître un tel droit à l'oubli pour les victimes, bien qu'en l'espèce, seul le droit à l'image était revendiqué. Le Tribunal de grande instance de Marseille a en effet considéré le 11 mai 1988 que la diffusion à la télévision de l'image d'un enfant, victime d'un meurtre, et d'un de ses parents quatorze ans après les faits n'est pas illicite²²⁰⁶. Le tribunal justifie sa décision notamment en affirmant que la photo a été transmise à l'époque du meurtre par la famille de la victime elle-même, et que cette transmission a été faite sans aucune réserve. Autrement dit, les juges français prennent en compte le consentement donné par la famille²²⁰⁷. Comme l'indique François Rigaux, une autre justification aurait été plus judicieuse : il souligne qu'« [o]n peut concevoir que la victime d'un meurtre et ses proches, que l'exploitation artistique des faits [...] a d'ailleurs largement contribué à maintenir présents dans la conscience collective, n'ont pas cessé d'appartenir à l'actualité »²²⁰⁸.

Enfin, il n'est pas étonnant de voir se mettre en place des mécanismes propres à protéger les victimes. Ainsi, en Belgique, certaines dispositions légales ont vocation à restreindre la liberté d'expression, notamment des médias, en vue de protéger certaines victimes²²⁰⁹.

2. Vers un élargissement à d'autres informations ?

420. - L'oubli d'autres informations afin de protéger la vie privée. Le droit à l'oubli d'informations judiciaires est invoqué par des personnes condamnées et porte sur des informations judiciaires. Il s'agit là d'une vision restrictive de ce droit. Ci-avant, il a déjà été indiqué qu'il y a lieu de permettre à toutes personnes liées à une procédure judiciaire, quel que soit son statut (que la personne soit, en matière pénale, suspecte, inculpée, prévenue, accusée, victime, condamnée, acquittée voire même partie civile), de pouvoir exiger cet oubli en cas de

²²⁰⁵ Loi du 8 décembre 1992, elle a cédé sa place à celle du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

²²⁰⁶ T.G.I. Marseille, 11 mai 1988, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21156.

²²⁰⁷ Sur cette notion, voy. *infra*.

²²⁰⁸ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 453, n° 393.

²²⁰⁹ Voy. par exemple l'article 378bis du Code pénal. Voy. aussi *supra*.

redivulgation sans raison d'information à ce sujet. Il est cependant tout à fait envisageable d'aller plus loin encore dans le cadre de cet oubli d'informations journalistiques. En effet, cette dimension « à long terme » du droit à la vie privée doit pouvoir s'appliquer quel que soit le type d'informations visées, pour autant que le juge puisse considérer que la redivulgation implique une atteinte à ce droit. Cette approche est concevable compte tenu du fait que la forme juridique de l'oubli se conçoit comme une composante du droit à la vie privée. Dès lors que le droit à l'oubli d'information se fonde sur les dispositions visant à protéger le droit au respect de la vie privée et sur l'article 1382 du Code civil, rien ne paraît devoir limiter cet oubli aux seules informations judiciaires. A ce propos, l'on peut mentionner la décision du Tribunal de première instance de Liège, division de Liège, dans son jugement du 3 novembre 2014²²¹⁰. Interprétant sans doute plus restrictivement ce qu'il dénomme le « droit à l'oubli judiciaire », le tribunal estime que « les conditions pour invoquer le droit à l'oubli d'une personne condamnée judiciairement » ne sont pas toutes réunies. Le litige porte sur des archives en ligne relayant une affaire judiciaire dans laquelle le requérant est impliqué. Le tribunal considère que « [l]'enjeu n'est plus d'empêcher ou de sanctionner une nouvelle mise en lumière de faits anciens, mais d'obtenir la suppression d'informations maintenues en permanence sur internet ». En affirmant cela, permettrait-il alors d'obtenir désormais l'anonymisation de toute information, quelle que soit sa nature (judiciaire ou non) en invoquant le droit à l'oubli ? Compte tenu du raisonnement proposé, il semble permis de le penser.

Il faut bien reconnaître qu'il n'y a pas beaucoup d'autres éléments plaidant dans le sens de ce postulat. Cependant, trois arguments peuvent être avancés.

Premièrement, on pourrait souligner un certain écart par rapport aux définitions proposées. En effet, nombreuses sont celles qui se limitent à accorder ce droit aux informations judiciaires. A titre d'exemple²²¹¹, reprenons la proposition de définition faite par le Tribunal de première instance de Bruxelles dans une décision du 25 mars 2014 qui affirme clairement que « les faits rappelés doivent être de nature judiciaire (le droit à l'oubli doit être invoqué par une personne condamnée) »²²¹². Rappelons d'emblée qu'il s'agit de définitions jurisprudentielles,

²²¹⁰ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

²²¹¹ Voy. les développements proposés précédemment (voy. *supra*) ainsi qu'aux définitions évoquées au début de cette deuxième partie de thèse (voy. *supra*).

²²¹² Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 25 mars 2014, *A&M*, 2014/5, p. 419.

reprises et/ou développées ensuite par la doctrine, celles-ci s'appuyant précisément sur les cas particuliers soumis aux juridictions. Elles peuvent donc, dans une certaine mesure, être remises en question. En outre, certaines décisions semblent moins catégoriques quant au fait de viser le seul passé judiciaire, laissant la porte ouverte à concevoir l'oubli pour tout type d'information. Ainsi, la Cour de cassation elle-même, dans ses arrêts du 29 avril 2016²²¹³ et du 8 novembre 2018²²¹⁴, évoque à plusieurs reprises ce seul type de passé. Elle constate que le droit à l'oubli concerne une « personne coupable d'un crime ou d'un délit » lui permettant de s'opposer à ce que « son passé judiciaire soit rappelé ». Cela étant, la Cour jette le trouble : reprenant le raisonnement tenu par les conseillers de la cour d'appel de Liège dans l'arrêt du 25 septembre 2014²²¹⁵, elle paraît faire sienne la définition du droit à l'oubli entendu comme « la possibilité pour une personne de demander l'effacement des données qui la concernent, et plus spécialement des données mises en ligne, après une période donnée », tout en ajoutant que « l'enjeu n'est plus d'empêcher ou de sanctionner la mise en lumière de faits anciens mais d'obtenir la suppression d'informations disponibles sur internet ». Cet enseignement peut être interprété de deux façons différentes. Soit, en apportant cette indication la Cour de cassation révèle une certaine confusion dans les types de droit à l'oubli, dans l'hypothèse où la Cour admet la distinction présentée dans cette thèse : en effet, cette définition plus large pourrait en fait viser davantage l'oubli des données à caractère personnel, soumis aux dispositions en la matière, que l'oubli construit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et des dispositions protectrices du droit à la vie privée. Soit, la Cour de cassation a pleinement conscience de ces différentes facettes de l'oubli et admet alors, par cette indication, que l'oubli puisse porter sur des informations autres que judiciaires. Il s'agit là clairement d'un élément plaidant en faveur d'une interprétation extensive du champ d'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques.

²²¹³ Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 459, note M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair ? » ; *Juristenkrant*, 2016/333, p. 5 ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.j.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

²²¹⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018.

²²¹⁵ Liège, 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319 ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

Deuxièmement, il faut rappeler que les définitions proposées tentent d'appréhender un droit qui se construit encore, pas à pas, au fil précisément de ces cas concrets qui font l'objet de décisions judiciaires et ensuite de commentaires. L'on ne peut s'empêcher de procéder alors par comparaison avec la notion, certes plus large, de vie privée qui ne reçoit à l'heure actuelle toujours pas de définition précise. Il faut actuellement fonctionner au cas par cas, comme pour d'autres dimensions du droit à la vie privée, afin d'affiner la notion, sans avoir le recul nécessaire pour pouvoir valider totalement les définitions suggérées. En outre, la prise en compte dans ce concept de droit à l'oubli d'une dimension temporelle, elle-aussi *a priori* fuyante, constitue quelque chose de relativement neuf. Ces éléments démontrent que le droit tente, actuellement, de construire une nouvelle forme juridique particulière. Chaque décision constitue un élément supplémentaire dans ladite construction, quand bien même les plans – pour filer la métaphore – ne semblent parfaitement précis.

Troisièmement, lorsque des actions sont menées sur le fondement de la protection de la vie privée et de l'article 1382 du Code civil, il n'existe en règle générale aucun régime particulier propre aux informations judiciaires. Il est dès lors difficile de comprendre pourquoi une telle particularité devrait être mise en œuvre, simplement parce que l'on se trouve dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Le rappel des fondements est ici important : en effet, la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel organise un régime particulier pour les informations judiciaires, ainsi que pour les informations sensibles et les informations médicales. Dès lors qu'il existe un régime spécifique, l'on aurait pu parfaitement admettre qu'il puisse être étendu dans le cadre du droit à l'oubli. Cela étant, dès lors que l'on prend pour fondement ces dispositions pour invoquer le droit à l'oubli, cette justification ne peut être de mise lorsque l'on tente d'obtenir cet oubli.

§ 6. Les faits relatés au regard de l'actualité

421. - La structure des développements. Rejoignant les considérations proposées et relatives à l'intérêt général, nous proposons d'analyser le justificatif tiré de la notion d'actualité. Les autres critères analysés par la suite sont les suivants : l'existence d'un devoir de mémoire permettant de faire échec à l'oubli (§ 7) ; la prise en compte de la resocialisation de la personne visée par l'information a bien été prise en compte (§ 8) ; le comportement antérieur de la

personne visée (§ 9, A.) ; l'éventuel consentement donné par celle-ci pour la divulgation de l'information (§ 9, B.) ; ainsi que le type de média effectuant le rappel (§ 9, C.).

422. - Introduction. Ce qui a « valeur d'actualité »²²¹⁶ peut faire l'objet d'une diffusion – éventuellement sans consentement préalable de la personne visée²²¹⁷ – dès lors que le droit à la liberté d'expression prévaut. Cette dernière, justifiée par l'actualité, s'exerce librement et pleinement dans le but de répondre à la mission principale de la presse et des médias. La jurisprudence relative au droit à l'oubli d'informations journalistiques relève le critère de l'actualité : un rappel qui serait justifié de la sorte ne serait pas illicite. Se pose donc la question de savoir si l'actualité à vocation à perdurer, à s'inscrire dans le temps. *A contrario*, faut-il y voir un concept éphémère ? Dit autrement, « la justification de l'expression valable en un temps est[-elle] valable tout le temps ? »²²¹⁸. Rappelons que dans le traditionnel conflit entre la liberté d'expression et la vie privée, l'actualité n'est pas citée comme un critère particulier²²¹⁹, mais entre sans nul doute dans l'examen de l'intérêt général (voy. *supra*). Dans les lignes qui suivent, une définition de l'actualité est proposée (A.) notamment au regard de l'histoire et des faits judiciaires. Ensuite, quelques précisions sont consacrées à l'*infotainment* et aux docu-fictions (B.) notamment lorsqu'ils ont trait aux affaires judiciaires. L'on retrouve de nombreux développements dans le cadre d'un rappel de faits judiciaires. Cela étant, le droit à l'oubli d'informations journalistiques doit pouvoir être étendu à d'autres types d'informations (voy. *supra*), sans nier pour autant que la redivulgence d'éléments relatifs à des procès et des condamnations demeurent un enjeu important de la reconnaissance d'un droit à l'oubli.

A. Circonscrire la notion d'actualité

423. - L'actualité, une notion non juridique. Il importe de définir et comprendre la notion d'actualité (1.) en la confrontant notamment à l'histoire (2.). Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une notion propre au droit, ce dernier ne l'aborde qu'indirectement. Cependant, la jurisprudence européenne a déjà eu l'occasion de prendre en compte, dans des litiges relatifs à des journalistes,

²²¹⁶ F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *R.I.D.C.*, 1991, p. 552, n° 15.

²²¹⁷ Sur la notion de consentement, voy. *infra*.

²²¹⁸ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 429, n° 365.

²²¹⁹ Les premiers arrêts ayant formalisé ces critères sont les suivants : Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08.

cette notion, en l'insérant notamment dans le concept plus large de « débat d'intérêt général » (3.).

1. Définir l'actualité

424. - Définir l'actualité : une évidence et une impasse. Bien que la notion d'actualité puisse sembler l'évidence même, dès lors qu'il y a lieu de la définir, nous nous trouvons face à un écueil important. Les textes juridiques ne définissent pas ce concept qui, il faut bien le reconnaître, n'est pas une notion propre au droit. L'actualité est en revanche irrémédiablement attachée aux médias et aux acteurs de la communication.

Dans son sens commun, l'actualité est définie comme l'« [e]nsemble des événements actuels, des faits tous récents », les actualités étant entendues comme des « [i]nformations, nouvelles du moment (dans la presse et surtout en images) »²²²⁰. Quant à l'adjectif « actuel », il signifie « [q]ui existe, se passe au moment où l'on parle », « [q]ui intéresse notre époque, se trouve au goût du jour »²²²¹. Il s'agit des « événements, circonstances du temps présent, touchant à un domaine particulier d'activité : l'actualité politique, sportive... »²²²². Plus largement, l'actualité regroupe « ce qui concerne les hommes d'aujourd'hui »²²²³, c'est-à-dire « des faits advenus dans le temps présent ou un passé proche, qui intéressent quelqu'un ou un ensemble de personnes »²²²⁴. L'actualité fait donc référence à un *momentum* précis, ce que l'on retrouve dans des définitions développées dans le cadre des sciences de l'information. Dans un document intitulé *Qu'est-ce que l'actualité*²²²⁵, il est écrit que « [l']actualité prévaut par son côté “immédiat”, “transitoire”. C'est une matière : un ensemble d'événements qui se produisent à un moment donné, qui surgissent chaque jour, traités par les médias. C'est clairement une construction collective dans laquelle tous les médias ont leur rôle à jouer. L'actualité peut être prévue (conférences de presse, élections, sport, etc...) ou imprévue (tsunami, [...] accidents, coups d'Etats, révolutions) mais interroge toujours la société. L'actualité, ce sont des événements qui posent des questions. On peut voir l'actualité comme un kaléidoscope, un

²²²⁰ *Le Petit Robert*, Montréal, 1993, v° « Actualité ».

²²²¹ *Le Petit Robert*, Montréal, 1993, v° « Actuel ».

²²²² *Grand Dictionnaire Encyclopédique*, Paris, Larousse, 1982, v° « Actualité ».

²²²³ *Dictionnaire Hachette Encyclopédique*, Paris, Hachette, 2001, v° « Actualité ».

²²²⁴ A. BÉGUEC, H. COSTE, L. DUPUICH, E. PICHARD, C. RENOSI, *Qu'est-ce que l'actualité ?*, mémoire de recherche, école nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques, Lyon, juin 2005, p. 45. Bien que ce document constitue un mémoire en vue de l'obtention du diplôme de conservateur de bibliothèque, il est intéressant de les citer dès lors qu'il reprend des définitions issues d'un autre domaine que la science juridique.

²²²⁵ *Ibidem*, p. 91.

ensemble de reflets (manière de voir le monde) produits par les médias, visible par parties (facettes) ou de manière globale (image kaléidoscopique) ». L'actualité est encore « ce qui nous submerge tous les jours par l'intermédiaire des médias, c'est un véritable bombardement. Pour des professionnels, c'est ce qu'on essaie de redistribuer de toute cette masse à un public en recherche de sens, on ne cherche pas à lui dire ce qu'il doit penser, mais à lui fournir les éléments de l'actualité qui lui permettront de se forger une opinion personnelle »²²²⁶. L'actualité est encore constituée par « un ensemble d'événements ou de "non-événements" qui décrit à un moment donné le monde dans lequel nous vivons. Cet ensemble est communiqué à travers un regard qui peut être celui du journaliste, d'un média et qui prend une forme, une construction différente déterminée par celui à qui cette actualité est destinée. C'est donc un ensemble de choix, opérés aussi bien par le récepteur que par l'émetteur »²²²⁷.

Dans cette dernière définition, l'actualité est non seulement un fait particulier, mais elle est aussi déterminée par un choix posé par le transmetteur : « l'actualité se compose [alors] de quelques informations ressortant de manière flagrante d'un vaste flux qui serait l'ensemble des événements qui se produisent certes à un moment donné mais aussi de manière latente. Cela peut être aussi bien de simples faits divers ponctuels que des données plus générales [...] ». Ce dernier sens témoigne de l'existence d'un flux important d'informations qu'il faut gérer et trier : tout ne peut être actualité, il y a lieu de faire des choix selon, notamment, la ligne éditoriale du média ou le type de média. Selon le mode de communication choisi, l'actualité serait plus éphémère – pour la presse audiovisuelle – ou plus lente – pour la presse écrite²²²⁸. La Cour européenne des droits de l'homme pose un constat similaire lorsqu'elle écrit que l'audiovisuel présente un impact plus important auprès du public²²²⁹.

François Rigaux s'est risqué à considérer juridiquement cette notion. Il souligne qu'une information ayant une « valeur d'actualité » ou *newsworthiness* est celle « dont la divulgation répond à un besoin d'information », lui permettant d'être couverte par la liberté d'expression²²³⁰. L'actualité se justifie dès lors parce qu'elle s'inscrit dans une débat d'intérêt public. L'on pourrait, sans pousser plus loin nos réflexions, assimiler l'actualité à l'intérêt général. Dans sa dimension journalistique, ce qui fait partie de l'actualité est d'intérêt

²²²⁶ *Ibidem*, p. 36.

²²²⁷ *Ibidem*, p. 13.

²²²⁸ *Ibidem*, p. 55.

²²²⁹ A ce propos, voy. *supra*.

²²³⁰ F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *op. cit.*, p. 552, n° 15.

général²²³¹. Le contraire ne paraît en revanche pas le cas : l'intérêt général ne peut être limité aux seuls faits qui constituent l'actualité.

Quant aux textes juridiques, ils n'offrent aucune définition. La notion est cependant présente, en Belgique, dans la loi sur le statut de journaliste professionnel²²³². Ce texte liste plusieurs conditions cumulatives pour pouvoir bénéficier de ce statut, deux d'entre elles évoquant l'actualité. La première porte qu'il faut, « [à] titre de profession principale et moyennant rémunération, participer à la rédaction de journaux quotidiens ou périodiques, d'émissions d'information radiodiffusées ou télévisées, d'*actualités* filmées ou d'agences de presse consacrées à l'information générale » (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3 ; nous soulignons). La seconde est écrite sous forme d'interdiction : le journaliste professionnel ne peut « exercer aucune espèce de commerce et notamment aucune activité ayant pour objet la publicité, si ce n'est en qualité de directeur de journal, d'émissions d'information, d'*actualités* filmées ou d'agences de presse » (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5 ; nous soulignons). Ces indications donnent cependant peu de précisions complémentaires sur la notion d'actualité. L'article 1^{er}, alinéa 2, a), de la loi précise toutefois qu'il faut entendre par « journaux, émissions d'informations radiodiffusées ou télévisées, actualités filmées ou agences de presse d'information générale » : les supports qui « d'une part, rapportent les nouvelles concernant l'ensemble des questions d'actualité et qui, d'autre part, s'adressent à l'ensemble des lecteurs, des auditeurs ou des spectateurs ».

Cette brève tentative d'apporter une définition oblige, *in fine*, à constater que « l'actualité reste une notion complexe, floue, difficile à cerner. Elle est un état (un événement est, ou n'est pas, dans l'actualité), un matériau que les médias transforment, un produit qu'ils commercialisent. L'approche de cette notion fait également souvent référence à d'autres notions, tout aussi peu définies (le public, l'événement, le rôle du journaliste dans la société) qui rendent au final toute approche de synthèse, détachées des contingences du terrain,

²²³¹ Voy. notamment la définition proposée par le Code de déontologie journalistique de l'intérêt général (voy. *supra*).

²²³² Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964. La loi est accompagnée de deux arrêtés royaux : arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et insignes d'identification à l'usage des membres de la presse périodique d'information spécialisée, *M.B.*, 21 mai 1965 ; arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et signes d'identification à l'usage des journalistes professionnels et des entreprises de presse, *M.B.*, 21 mai 1965. Ces deux textes n'apportent cependant aucune précision complémentaire. Précisons qu'en France, le texte visant à définir la journaliste professionnel ne fait lui aucune allusion à la notion d'actualité (voy. les articles L7111-3, L7111-4 et L7112-1 du code du travail français).

extrêmement difficile. Liée aux pratiques professionnelles quotidiennes, l'actualité est une notion difficilement appréhendable dans son essence, n'apparaissant que dans ses manifestations »²²³³. L'actualité est un concept protéiforme : elle se façonne au gré d'un nombre important de facteurs distincts. Ainsi, l'actualité n'est-elle pas la même en fonction du média qui la traite, du journaliste qui la rapporte, du public auquel elle s'adresse, de la fréquence de diffusion du support qui la contient, de la politique éditoriale dans laquelle elle s'inscrit, du lieu dans lequel elle est produite, de l'espace dans lequel elle a vocation à être diffusée. Elle est « le résultat d'un processus de construction, de traitement ou de sélection »²²³⁴. Le lien avec la notion de journalisme est tout à fait perceptible. En cela, une référence peut en outre être faite à l'étymologie du terme actualité. L'on retrouve le terme *actum* qui renvoie à l'acte, l'exécution, l'application. L'actualité semble donc formée à travers des actes que posent notamment les journalistes.

2. L'actualité et l'histoire

425. - L'actualité face à l'histoire : deux réalités contradictoires ? Un événement fait un jour l'actualité, le lendemain, il appartient à l'histoire. Ainsi, « le droit d'expression durerait dans une période contemporaine de l'événement au titre de l'objectif de l'information d'actualité ou du droit d'opinion, son rappel pourrait être à nouveau justifié par un nouveau fait d'actualité lié au précédent et, finalement, passer à la postérité au nom de l'histoire »²²³⁵. Pourtant, départir précisément actualité et histoire est complexe : il est difficile de considérer à quel moment précis un fait d'actualité doit dorénavant être qualifié d'historique et s'il doit l'être. D'autant que l'actualité semble, de nos jours, s'apparenter à l'immédiateté. Internet joue un rôle important dans cette évolution, le flux d'information étant ininterrompu, une actualité en chassant une autre. A cet égard, Régis Debray pose une critique cinglante : il écrit que « [l]e flux d'instant sans passé ni futur qui s'appelle l'actualité est pour notre psychisme source de plaisir, décharge, satisfaction hallucinatoire d'un désir latent d'ubiquité et de toute puissance »²²³⁶. De sorte que l'histoire est décrite comme suit : « [n]ous nommons en somme "histoire" une certaine pratique de l'indirect ; un effet de différé et de décalage. Un retard à la

²²³³ A. BÉGUEC, H. COSTE, L. DUPUICH, E. PICHARD, C. RENOSI, *Qu'est-ce que l'actualité ?*, op. cit., p. 21.

²²³⁴ *Ibidem*, p. 40.

²²³⁵ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 440, n° 365.

²²³⁶ R. DEBRAY, *Cours de médiologie générale*, Paris, Editions Gallimard, 1991, p. 20.

transmission, tout simplement. L'histoire se faufile dans l'intervalle qui sépare l'événement de son enregistrement »²²³⁷. Et d'ajouter encore que « [l] 'événementialisation du temps est une déshistorisation du temps. Il n'y a plus de mise en situation et en perspective de mes circonstances lorsqu'il est devenu non seulement prestigieux mais matériellement possible de "vivre avec son temps", d'"être à jour", de "coller à l'événement". Car il est plus facile de résister à une mode, une morale, une pression sociale, qu'à une jouissance physique effective »²²³⁸.

Un autre élément permet de scinder ces deux concepts : il s'agit de la temporalité. Guillaume Lécuyer souligne que, « [d]e prime abord, il apparaît évident que le droit d'information est périssable puisque l'actualité est contingente par nature, si bien qu'un fait ne peut être révélé licitement que dans un temps proche de son apparition »²²³⁹. Pourtant, il faut le reconnaître d'emblée, cet élément de temporalité n'est lui non plus pas totalement précis. En simplifiant à outrance notre raisonnement, l'on pourrait avancer que l'actualité s'inscrit dans le temps présent, les événements historiques s'inscrivent dans le temps passé. Ces deux temps ne sont cependant pas aisément déterminables. Le temps présent peut durer sans pour autant perdre sa dimension contemporaine. L'actualité s'inscrit dans la durée ou fait référence à quelques éléments du passé. Constatant cette difficulté, Jean-François Tétu la contourne en considérant que « dans l'actualité, le rapport au temps est étrange puisque l'actualité est validée pour la durée de vie de son support, et non par une quelconque référence à un temps propre du monde vécu »²²⁴⁰. Dès lors on l'on conçoit que les médias jouent un rôle important – si pas déterminant – dans la détermination de ce qui fait l'actualité, son raisonnement se justifie. Avec pour conséquence que l'actualité dépend désormais du support médiatique utilisé. En radio, l'actualité serait plus éphémère ; en presse écrite, l'actualité serait plus lente²²⁴¹.

3. Actualité, débat d'intérêt général et jurisprudence européenne

²²³⁷ *Ibidem*.

²²³⁸ *Ibidem*.

²²³⁹ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, op. cit., p. 439, n° 365.

²²⁴⁰ J.-F. TÉTU, « L'actualité ou l'impasse du temps », in *Sciences de l'information et de la communication, Textes essentiels*, Paris, Larousse, 1993, p. 719.

²²⁴¹ A. BÉGUEC, H. COSTE, L. DUPUICH, E. PICHARD, C. RENOSI, *Qu'est-ce que l'actualité ?*, op. cit., p. 55.

426. - La prise en compte de l'actualité par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'analyse du critère du « débat d'intérêt général » évoqué ci-avant a d'ores et déjà fait allusion à la notion d'actualité. Certains extraits de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme avancement le lien tissé entre ces deux notions. Rappelons que, dans son arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), la Cour affirme que la fonction première de la presse est celle de « jouer le rôle de 'chien de garde' dans une société démocratique, la fonction accessoire qu'elle remplit en constituant des archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à la disposition du public n'est pas dénuée de valeur »²²⁴². Elle met ensuite en lumière le caractère éphémère de l'actualité. Cela étant, elle reconnaît aussi que l'actualité peut perdurer. Dans l'arrêt *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), elle observe « que l'intérêt que présente pour le public la diffusion d'une publication ne diminue pas nécessairement avec le passage du temps [...]. Du reste, le Tribunal fédéral n'a pas non plus exposé lui-même dans quelle mesure le débat public [...] aurait changé, ou aurait perdu de son actualité, depuis le moment de la diffusion initialement prévue du spot, en 1994 »²²⁴³.

L'on pourrait supposer, à la lecture de ce dernier extrait que la Cour assimile l'intérêt général à l'actualité. Pourtant, cette interprétation est erronée. La Cour elle-même, dans plusieurs décisions, distingue – plus ou moins – clairement ces deux notions. Dans un arrêt *Saygılı et autres c. Turquie*²²⁴⁴, elle mentionne, brièvement, qu'« il ne fait aucun doute, aux yeux de la Cour, que les articles incriminés portaient sur des thèmes d'intérêt général et d'actualité puisque relatifs aux cas de disparitions en Turquie et à leur examen par la Cour » (§ 34). Dans l'arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, la juge Vajic, dans son opinion dissidente, propose la même distinction. A propos de l'assassinat du préfet corse Erignac, elle écrit qu'il s'agit là « sans aucun doute [d']une question d'importance générale [...] et un sujet d'actualité présentant un extrême intérêt pour le public »²²⁴⁵. Elle considère ensuite « que

²²⁴² Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 45.

²²⁴³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), req. 32772/02, § 95. Pour l'arrêt de chambre dont il est question dans l'extrait, voy. Cour eur. D.H., 4 octobre 2007, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), req. 32772/02, § 62. Quant à l'impact du temps sur l'intérêt général, voy. *supra*.

²²⁴⁴ Cour eur. D.H., 8 janvier 2008, *Saygılı et autres c. Turquie*, req. 19353/03. L'affaire porte sur la diffusion d'un article relatant un cas (Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *İrfan Bilgin c. Turquie*, req. 25659/94) – dont la procédure a d'ailleurs été jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme – de disparition d'une personne pendant une garde à vue ainsi que de faux rapports de procureurs. Les requérants ont été condamnées devant les juridictions turques pour le caractère mensonger et diffamatoire de leur écrit.

²²⁴⁵ Cour eur. D.H., 14 juin 2006, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 71111/01, opinion dissidente de la juge Vajic.

l'assassinat en pleine rue du préfet Erignac [...] constituait sans conteste une question d'intérêt général. Il s'agissait d'un événement ayant une portée politique de premier ordre, voire d'un drame national, portant atteinte à la République elle-même et dont le public avait le droit d'être informé. Il s'agissait d'un fait se trouvant au cœur même de l'actualité, dépassant les aspects liés à la vie privée ». La juge Valic n'assimile pas l'intérêt général et l'actualité, mais considère que le fait qu'un événement fasse partie de l'actualité constitue un indice permettant de déterminer la présence de l'intérêt général. La Cour confirme cette approche dans ce sens dans sa décision du 6 mai 2010 : « [l']intérêt du public [...] s'en trouvait dès lors accru, s'agissant d'un débat politique d'une actualité immédiate »²²⁴⁶.

4. L'actualité et les faits judiciaires

427. - Actualité et faits judiciaires. L'une des missions de la presse est de procéder aux comptes-rendus des affaires judiciaires en cours ou fraîchement closes²²⁴⁷. La question qui se pose dans le cadre du droit à l'oubli est celle de savoir jusque quand ceux-ci s'inscrivent-ils dans l'actualité. Ou, pour reprendre la question posée par François Rigaux en 1996, « [l]es faits d'un procès pénal et la condamnation conservent-ils une valeur d'actualité (*newsworthiness*) à l'expiration d'un délai et lequel ? »²²⁴⁸. L'auteur s'attèle à répondre à cette interrogation. Analysant la jurisprudence italienne et française²²⁴⁹, il constate un refus de consacrer un droit à l'oubli : une information tombée dans le domaine public doit pouvoir être à nouveau divulguée, quand bien même elle ne s'inscrit plus dans l'actualité. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de tenir un raisonnement identique²²⁵⁰. En revanche, François Rigaux perçoit, dans la jurisprudence allemande, la volonté de ne pas contrevenir à la resocialisation de la personne condamnée²²⁵¹. La jurisprudence allemande a ainsi développé le principe de « la mise à distance du fait criminel » (*mit der zeitlichen Distanz zur Straftat*)²²⁵², permettant de justifier le caractère illicite du rappel de certains faits judiciaires.

²²⁴⁶ Cour eur. D.H., 6 mai 2010, *Brunet-Lecomte et Lyon Mag' c. France*, req. 17265/05, § 48.

²²⁴⁷ Voy. les développements proposés *supra*.

²²⁴⁸ F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 45, n° 19. Il ajoute, dans une autre publication qu'« il faut s'interroger sur la permanence de l'intérêt que conserve pour le public une information sur les liens qu'une personne a pu avoir dans le passé avec une activité criminelle » (F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 440, n° 379).

²²⁴⁹ L'article dans lequel l'auteur propose ces réflexions date de 1996. La jurisprudence a, depuis, évolué.

²²⁵⁰ Voy. *infra/supra*.

²²⁵¹ F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 45, n° 19.

²²⁵² Bundesverfassungsgericht, 25 février 1993, *N.j.W.*, 1993, p. 1463.

Une partie de la doctrine française n'adopte pas une position aussi claire. Des auteurs soutiennent d'abord que « [l]'ancienneté des faits n'est pas non plus un obstacle à l'information, la personne ne pouvant revendiquer un droit à l'oubli pour des faits qui ont été licitement révélés ou illustrés dans le temps »²²⁵³. Ils poursuivent en écrivant que « [l]e juge se réserve toutefois le droit de vérifier, non seulement le respect, par le journaliste rappelant ces faits du passé, d'un devoir de prudence et d'objectivité, mais aussi la légitimité de la nouvelle divulgation »²²⁵⁴. Refusant le droit à l'oubli dans un premier temps, il l'accorde ensuite, soulignant qu'il s'agit d'effectuer des raisonnements particuliers pour chaque cas d'espèce. Ces auteurs poursuivent d'ailleurs leur réflexion : « [a]insi a été sanctionnée l'utilisation de la photographie d'une personne ayant commis un crime de nombreuses années auparavant dans un "photo-jeux" intitulé *La tête de l'emploi*. Le journaliste doit aussi ne pas méconnaître le droit de la personne à une réinsertion sociale, en le désignant par exemple à la curiosité du public, alors qu'en raison de leur ancienneté, les faits qu'elle a commis ne sont pas connus du plus grand nombre »²²⁵⁵.

Pour recentrer nos réflexions sur la notion d'actualité, la question de la publication tardive de faits judiciaires doit être posée. Certes, l'on se place ici au stade d'une première divulgation, celle-ci intervenant tardivement par rapport à la survenance des faits, et non au stade d'une nouvelle divulgation. Cela étant, la justification qui aboutirait à refuser une telle publication tardive présenterait alors des similitudes avec celle qui sous-tend le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Koen Lemmens, faisant lui-même un parallèle entre ces deux moments de diffusion, considère que « le compte-rendu tardif d'une affaire judiciaire ou la (re)divulgation à plusieurs reprises d'une décision judiciaire constitue une faute car la presse donne ainsi une publicité outrancière à l'affaire en cause »²²⁵⁶. L'actualité n'est plus là pour justifier la diffusion. Jacques Ravanais considère lui que « [p]orte atteinte au respect de la vie privée la publication d'un article de presse consacré à une affaire pénale d'assassinat remontant à une vingtaine d'années et ayant défrayé la chronique, dès lors qu'il excède le caractère

²²⁵³ M. T. FEYDEAU, A. LACABARATS, « Images d'actualité et protection de la personnalité : le point de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 79. Ils renvoient notamment à Cass. fr. (ch. civ.), 20 novembre 1990, *J.C.P.*, 1992-2, p. 21908, note J. RAVANAS, « Droit à l'oubli et oubli du droit ».

²²⁵⁴ M. T. FEYDEAU, A. LACABARATS, « Images d'actualité et protection de la personnalité : le point de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 79.

²²⁵⁵ *Ibidem*.

²²⁵⁶ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention au chien de garde !*, *op. cit.*, p. 417, n° 595. L'auteur se réfère à H. VANDENBERGHE, « Gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor geschreven persbijdragen », in L. NEELS (dir.), *Mediarecht*, 1983, Anvers, Kluwer, 1984, p. 27 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, p. 74.

légitime fondé sur la nécessité de l'histoire et de l'information »²²⁵⁷. Il a ainsi écrit qu'un « événement qui n'est pas d'intérêt général ou qui n'est plus d'actualité ne justifie pas la publication »²²⁵⁸.

En Belgique, il est possible d'évoquer quelques décisions jurisprudentielles sur la relation entre la notion d'actualité et les procédures judiciaires. Le président du Tribunal de première instance de Bruxelles estime que « [s]i toute personne a un droit subjectif sur son image en vertu duquel il peut s'opposer à l'utilisation qui en est faite sans son autorisation préalable, une utilisation répondant à un intérêt légitime d'information peut être justifiée du fait de la qualité de la personne visée ou de la relation d'événement d'actualité »²²⁵⁹. Quant à la Cour d'appel d'Anvers²²⁶⁰, elle s'est penchée sur l'utilisation, dans le cadre d'un ouvrage relatif à l'affaire *Dutroux*, de l'image de deux de ses victimes. La Cour considère que le droit à l'information doit primer dès lors qu'en l'espèce, « l'actualité franchit le domaine privé et devient une question d'intérêt général ». L'arrêt poursuit en soulignant que « dans ces circonstances, le droit à l'image, en tant que droit de la personnalité, cesse, dans une certaine mesure d'appartenir à son titulaire originaire pour devenir l'objet d'un droit à l'information du public ». La décision est intéressante encore en ce qu'elle semble distinguer l'actualité du débat d'intérêt général, la première étant une catégorie du second. Dans son commentaire, Dirk Voorhoof soutient que la photographie litigieuse « est devenue un symbole et un document historique pour la population »²²⁶¹. L'on se trouve ici à la croisée de deux critères : l'appartenance à l'actualité et l'aspect historique de l'information. Dans le même sens, en Allemagne, une décision refuse la suppression d'une vidéo accessible sur la plateforme *Youtube*. Le plaignant, diplomate allemand, est condamné en 2009 pour un accident mortel de

²²⁵⁷ J. RAVANAS, *J.-Cl. civ.*, article 9, fasc. 10, p. 18, n° 99. L'auteur fait référence à une série de décisions françaises. Voy. T.G.I. Paris (1^{ère} ch., A) 18 janvier 1995, *Juris-Data*, n° 1995-003483 ; T.G.I. Paris (1^{ère} ch., sect. 1), 15 décembre 1993, *Juris-Data*, n° 1993-050277).

²²⁵⁸ *Ibidem*, p. 17, n° 99. L'auteur exemplifie son propos de la sorte : « [s]i le moment de l'incarcération d'une personne dont le procès a été un élément majeur de l'actualité peut constituer un événement public ouvrant droit à l'information, il ne saurait en être de même de la situation du détenu ». Voy. enfin les références qu'il propose : T.G.I. Paris, 13 octobre 1999, *Juris-Data*, n° 1999-119523 ; T.G.I. Paris (1^{ère} ch., sect. A), 17 novembre 1993, *Juris-Data*, n° 1993-050733.

²²⁵⁹ Civ. Bruxelles (réf.), 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327 ; *J.T.*, 2008, p. 349 ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 806.

²²⁶⁰ Anvers (réf.), 8 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 241, note D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? ». Depuis, l'article 378bis a été inséré dans le Code pénal afin de protéger la vie privée de ces victimes. Voy. *infra/supra*.

²²⁶¹ D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? », note sous Anvers (réf.), 9 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 259. L'auteur rappelle que les parents des deux victimes avaient préalablement refusé toute nouvelle autorisation quant à la diffusion de l'image de leur enfant respectif. Ce refus « ne constitue donc pas un obstacle à ce que les photographies concernant l'affaire soient publiées » (M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 185, n° 108-29). Sur la notion de consentement, voy. *infra*.

la circulation. Pour le tribunal, « au moment du téléchargement des documents audiovisuels, en 2010, l'accident faisait partie de l'actualité, pour laquelle le droit du public à l'information est prioritaire », considérant en outre qu'il « s'agit d'un événement de l'histoire contemporaine et que le demandeur devait accepter que l'opinion publique débattenne du délit qu'il avait commis »²²⁶².

B. L'infotainment et les docu-fictions

428. - L'infotainment, les docu-fictions et les affaires judiciaires. Les programmes télévisés sont friands d'affaires judiciaires. On ne compte plus les émissions qui leur sont dédiées : *Faites entrer l'accusé* (France2), *Enquêtes criminelles* (W9), *Non élucidés* (France2), *Présumé innocent* (Direct 8), *Dossiers criminels* (RTBF), etc. Ces programmes doivent être distingués des œuvres qui mêlent fiction et réalité. L'infotainment a vocation à relater des affaires réelles, qu'elles soient ou non récentes. Ce qu'on dénomme en revanche les docu-fictions, qui embrassent davantage que les seuls documentaires, intègrent des éléments réels dans le cadre d'une fiction – ou parfois est-ce le contraire. Les deux types de programmes reviennent sur des affaires criminelles, mais ne les abordent pas de la même façon : alors que dans les premiers, l'on peut déceler un travail journalistique, les seconds sont davantage mus par un travail créatif. La redivulgence pose la question de la possible « resocialisation du condamné » et l'éventuelle reconnaissance d'une « forme de “droit à l'oubli” »²²⁶³. François Rigaux, qui a longuement abordé ces problématiques dans plusieurs de ses écrits, s'interroge notamment sur « la réutilisation à des fins de divertissement des données d'une affaire jugée, soit selon un traitement historique avec la mention de l'identité réelle des protagonistes, soit par un mélange de réalité et de fiction »²²⁶⁴.

1. L'infotainment et les affaires judiciaires

²²⁶² M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 185, n° 108-30, note 787-1. L'auteur se réfère à la décision du tribunal régional supérieur de Hamm, 23 septembre 2013 (aff. E U 71/13) citée par M. RUPP, *IRIS*, 2014-2/12, disponible à l'adresse suivante, www.merlin.obs.coe.int.

²²⁶³ *Ibidem*.

²²⁶⁴ F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », op. cit., p. 554, n° 17.

429. - Actualité et divertissement. Actualité et divertissement s'entremêlent. Pour François Rigaux, la liberté d'expression « n'a pas pour seuls destinataires les organes de presses "sérieuses", mais elle inclut les spectacles et les publications de divertissement (*entertainment*) »²²⁶⁵, avec pour conséquence que « la ligne qui sépare l'information du divertissement est, elle-même, évasive »²²⁶⁶. Ces deux genres sont parfois totalement confondus : l'on parle alors d'*infotainment* ou d'« infodivertissement »²²⁶⁷. L'expression est imaginée par Bob Franklin dans son ouvrage *Newszak and News Media*. L'auteur y décrit ce phénomène de la sorte : « l'information médiatique se place aujourd'hui comme partie intégrante de l'industrie du divertissement au lieu de se présenter comme un espace de débat informé sur des questions d'intérêt public. [...] [L]es priorités du journalisme ont évolué. Le divertissement a surpassé la provision d'information, l'intérêt humain a supplanté l'intérêt public ; le jugement modéré a plongé dans le sensationnalisme... »²²⁶⁸. L'*infotainment*, c'est-à-dire « l'information à travers le divertissement »²²⁶⁹, apparaît concomitamment au développement de la presse comme industrie à part entière, celle-ci devant désormais vendre l'information pour s'assurer d'être compétitive²²⁷⁰. Le phénomène que l'on retrouve tant dans la presse écrite qu'audiovisuelle²²⁷¹, a pour revers « la quasi-disparition du journalisme d'idées, d'analyses et de débat, au profit d'une information légère, certes plus pétillante, mais moins dérangeante : un journalisme qui renonce à son rôle critique, d'aiguillon, pour se consacrer exclusivement à l'air du temps, victime d'un conformisme d'autant plus gênant qu'il prend parfois le visage de la transgression dans le traitement des faits de société et des histoires de mœurs [...]. [L]e fait est là : si l'ancienne rhétorique attribuait à la communication trois fonctions essentielles, exprimées par les verbes *docere, movere, delectare*, c'est-à-dire instruire, émouvoir, divertir, aujourd'hui les deux dernières fonctions sont omniprésentes, dictant leurs règles à l'ensemble des médias »²²⁷². François Rigaux rappelle toutefois que le divertissement

²²⁶⁵ *Ibidem*, p. 552, n° 15.

²²⁶⁶ *Ibidem* ; F. RIGAU, « Justice et presse : réflexions comparatives », *op. cit.*, p. 45, n° 20.

²²⁶⁷ L'on évoque encore l'« information spectacle ».

²²⁶⁸ B. FRANKLIN, *Newszak and News Media*, London, Arnold, 1997, p. 5. La référence ainsi que la description proposée sont tirées de S. LA SALA URBAIN, « Le Petit Journal ou la séduction de l'infotainment », *Télévision*, 2013/1, p. 105. Cette dernière auteure indique en outre que la traduction de cette description est faite par Bob Franklin lui-même ainsi que D. K. THUSSU, *News as Entertainment : The Rise of Global Infotainment*, London, Sage, 2007.

²²⁶⁹ S. LA SALA URBAIN, « Le Petit Journal ou la séduction de l'infotainment », *op. cit.*, p. 108. Dans le même sens, P. PISARRA, « Infodivertissement », *Revue Projet*, 2006/1, p. 68.

²²⁷⁰ P. PISARRA, « Infodivertissement », *op. cit.*, pp. 66 à 70. Sur le développement d'une dimension économique de la presse, voy. *infra/supra*.

²²⁷¹ L'on pense par exemple aux émissions *Le Petit Journal*, diffusée sur Canal+ (voy. la contribution précitée de Salomé La Sala Urbain à ce sujet) ou *Quotidien* diffusée sur TF1. Cette dernière est d'ailleurs présentée comme « une grande session d'information mêlant humour et impertinence ! ».

²²⁷² P. PISARRA, « Infodivertissement », *op. cit.*, p. 69.

à toujours fait partie du processus d'instruction : « la frontière entre l'information et le divertissement est d'autant moins facile à tracer que pour efficacement instruire il faut captiver l'intérêt du public. Les plus sages de nos devanciers, Erasme, Rabelais, Montaigne, Fénelon, ont insisté sur l'efficacité d'une pédagogie qui s'adapte au goût du divertissement de ceux à qui elle s'adresse »²²⁷³.

430. - Rappel des faits et divertissement. Lorsque les émissions se limitent à parcourir l'actualité judiciaire, elle demeure dans le rôle fondamental de la presse, même si ce rôle semble quelque peu réduit par la forme ou le ton divertissant. En revanche, certains programmes reviennent sur d'anciennes affaires judiciaires dans le but premier de divertir le public²²⁷⁴. Dans ces circonstances, ces rappels peuvent être dérangeants pour les personnes impliquées dans le procès. Pour François Rigaux, « [l]a publicité que doit nécessairement recevoir le procès réel ne justifie pas nécessairement tout traitement ultérieur des mêmes faits. [...] »²²⁷⁵. Réfutant en partie l'argument de la publicité de l'audience et du contrôle de l'appareil judiciaire, il met en exergue « la difficulté de distinguer l'information et le divertissement, l'intérêt d'un large public pour les procès réels relevant beaucoup plus de l'attrait exercé par le fait criminel que de la volonté de contrôler l'exercice de la justice répressive »²²⁷⁶. Difficile de ne pas déceler dans ces émissions une forme de curiosité quelque peu malsaine.

Il faut cependant distinguer deux types de redivulgations. Certaines ont pour sujet des affaires faisant partie de l'histoire pénale et judiciaire d'un Etat : leur rappel semble pouvoir être justifié par ce que certains appellent le « devoir de mémoire »²²⁷⁷. D'autres en revanche se bornent à évoquer des faits divers ou des affaires n'ayant pas reçu une médiatisation importante. Dans ces circonstances, la nouvelle diffusion paraît plus contestable.

431. - L'infotainment dans la jurisprudence. La jurisprudence relative à l'*infotainment* est cependant « copieuse et notablement divergente »²²⁷⁸. Sans réelle surprise, les décisions américaines font prévaloir les libertés d'information et de communication. Bien que le système juridique des Etats-Unis ne fasse pas partie de notre champ de recherche, il est intéressant de

²²⁷³ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 455, n° 395.

²²⁷⁴ *Ibidem*, pp. 440 et 441, n° 379.

²²⁷⁵ *Ibidem*, p. 463, n° 403.

²²⁷⁶ F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », op. cit., p. 554, n° 17.

²²⁷⁷ Voy. *infra*.

²²⁷⁸ F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », op. cit., p. 45, n° 20.

mentionner une décision rendue par la Cour d'appel de Californie le 28 février 1931, la motivation de cette décision évoquant largement le droit à l'oubli. Elle concerne une ancienne prostituée acquittée dans le cadre d'une procédure pour meurtre. Huit ans après cet acquittement, elle est le personnage central d'un film, *The red kimono*, qui retrace son histoire et utilise le nom réel de cette prostituée²²⁷⁹. Cette dernière se plaint devant les juridictions américaines de l'impact que ce film a sur sa vie, s'étant entretemps mariée. La Cour lui donne raison. En Allemagne, l'arrêt *Lebach* rendu le 5 juin 1973 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande (voy. *supra*) précise que « l'effet d'irradiation (*die Ausstrahlungswirkung*) de la protection constitutionnelle de la personnalité fait obstacle à ce que les moyens de communication puissent étendre, au-delà de l'information de faits d'actualité et sans limitation dans le temps, le traitement de données qui concernent la personne d'un criminel et sa sphère privée »²²⁸⁰.

A propos des émissions de télévision, en Belgique, une décision du 20 septembre 2001²²⁸¹ concerne un programme diffusé en 1993 par la chaîne privée *RTL-TVi*, *Etat de choc*. L'émission litigieuse porte sur la reconstitution d'une évasion qui s'est déroulée en 1984, les prisonniers prenant en otage des membres du personnel de la prison de Leuven. Le reportage recourt à des acteurs pour l'évocation de l'évasion ainsi qu'à quelques images d'archive. L'action introduite devant les juridictions belges par l'un des détenus s'étant évadés s'appuie notamment sur le non-respect de son droit à l'image pour requérir l'interdiction de diffusion de l'émission ainsi que sa vente ou son prêt. Le tribunal donne raison au demandeur. Il soutient que l'émission, à défaut de présenter le caractère informatif nécessaire, s'apparente à une émission de divertissement et ne présente qu'un intérêt général réduit.

En France, le Tribunal de grande instance de Paris se prononce sur un épisode de l'émission *Enquêtes criminelles* diffusée sur W9. L'action est introduite par l'un des protagonistes condamné en 1991 pour viols et meurtres avec actes de barbarie. Agissant sur base de l'article 9 du Code civil, il reproche à l'émission des atteintes à son image et à sa vie

²²⁷⁹ C'est notamment pour cet élément que l'on considère qu'il s'agit davantage d'un rappel fidèle des faits que d'un docu-fiction.

²²⁸⁰ Bundesgerichtshof, 5 juin 1973. La traduction est proposée par F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 460, n° 402.

²²⁸¹ Civ. Bruxelles, 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 162. Voy., pour un examen plus approfondi, *supra*.

privée. Le Tribunal de grande instance de Paris, le 14 janvier 2013²²⁸², réfute ces atteintes : l'image du demandeur reprise dans l'émission est jugée pertinente afin d'illustrer un sujet d'intérêt général « s'agissant de relater une affaire judiciaire ayant pris à l'époque le caractère d'un événement public ayant contribué à relancer le débat sur la peine de mort »²²⁸³. Quant à une potentielle atteinte à la vie privée, le tribunal estime que les informations ayant d'ores et déjà été révélées licitement au public lors du procès, il ne saurait être question d'une quelconque atteinte. Enfin, le droit à l'oubli est lui aussi rejeté dès lors qu'il n'est pas consacré légalement, le tribunal constatant notamment que les journalistes n'ont pas manqué à leur devoir de prudence et d'objectivité. La Cour d'appel de Paris confirme le raisonnement : « [l]a relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée. D'autre part, la liberté d'expression et le droit du public à l'information, qui en est le corollaire, justifient que les médias puissent évoquer les faits divers ou les affaires judiciaires dès lors que les faits ne sont pas dénaturés et que la relation qui en est faite répond à l'exigence de prudence que doit dicter le respect du droit à la réputation d'autrui »²²⁸⁴. Le 27 mars 2017, la même Cour d'appel rend un arrêt relatif à une émission relative à une ancienne affaire criminelle ayant abouti à une condamnation à vingt ans de réclusion criminelle. Tant en première instance qu'en appel, les juges rejettent toute atteinte aux droits à la vie privée, à l'image et à l'oubli. Le raisonnement est similaire à celui proposé ci-avant. Dès lors que les informations d'ordre privé sont divulguées licitement lors d'une procédure judiciaire et qu'aucune information nouvelle n'est diffusée, l'atteinte à la vie privée n'est pas retenue. En outre, la Cour affirme que l'actualité permet de justifier la diffusion de l'émission ; « si les faits apparaissent aujourd'hui [en 2017] relativement anciens, ils étaient, en octobre 2010, récents par rapport à une condamnation de février 2009 et leur notoriété tant lors de leur commission que de la condamnation intervenue rendait légitime leur rappel dans le cadre d'une émission d'information »²²⁸⁵. Le fait que l'on puisse encore justifier l'émission par l'actualité permet en

²²⁸² T.G.I. Paris (17^{ème} ch. civ.), 14 janvier 2013, *T. EL Borgi c. Métropole Télévision et a.*, un résumé est disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/3/article14/fr.html>. Voy. aussi E. DERIEUX, « Vie privée et donnée personnelle – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 28.

²²⁸³ A. BLOCMAN, « Emissions traitant d'affaires judiciaires et droit à l'oubli », nte sous T.G.I. Paris (17^{ème} ch. civ.), 14 janvier 2013, *T. EL Borgi c. Métropole Télévision et a.*, *IRIS*, 2013/3, disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/3/article14/fr.html>.

²²⁸⁴ C.A. Paris (pôle 2, ch. 7), 26 février 2014, n° 13/01242, *Th. El Borgi c. Sté CAPA Presse et Sté EDI TV*.

²²⁸⁵ A. BLOCMAN, « Docufiction relatif à une affaire judiciaire : absence d'atteinte à la vie privée, à l'image et au droit à l'oubli de la protagoniste », note sous C.A. Paris (pôle 2, 7^{ème} ch.), 29 mars 2017, *Mme J. M'. B. c. Edi TV et Capa Presse*, *IRIS*, 2017/6, disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2017/6/article15.fr.html>.

outre à la Cour de faire échec à la prétention du droit à l'oubli, celle-ci considérant que le programme ne s'oppose pas à la réinsertion de la requérante.

Le CSA français a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises, arguant que dans l'état actuel de la jurisprudence, le droit à l'oubli ne peut être reconnu afin d'éviter le rappel de faits judiciaires²²⁸⁶. L'autorité a en outre prodigué quelques recommandations. Ainsi, elle indique que « lorsqu'il s'agit de programmes traitant d'affaires judiciaires dans le cadre de documentaires ou de magazines, des précautions complémentaires devaient être prises. En effet, loin du simple exposé des faits, ces émissions consistent à les illustrer, notamment grâce à la diffusion de photographies de l'époque et de citations de noms des personnes condamnées. Elles remettent ainsi à jour des faits qu'aucune actualité récente ne vient nécessairement éclairer. Afin de garantir le droit à la vie privée, le Conseil considère qu'aucun élément relatif à la vie présente de la personne condamnée ne doit être diffusé ou révélé à l'antenne à cette occasion. Lorsque cette personne s'exprime dans l'émission mais demande la protection de son image et ne souhaite pas pouvoir ensuite être reconnue, cette protection doit être pleinement garantie par tout moyen adapté, y compris si nécessaire par la transformation de la voix de l'intéressé. Le Conseil souhaite également que d'autres précautions soient prises par les éditeurs et producteurs de l'émission, afin de préserver les possibilités de réinsertion des personnes condamnées et améliorer leur sécurité ainsi que celle de leur famille»²²⁸⁷. De telles recommandations ont été diffusées par le Conseil à l'ensemble des éditeurs de ce genre de programme²²⁸⁸. A défaut d'actualité, la redivulgence demeure possible moyennant quelques précautions. Ces recommandations sont clairement marquées par la tendance jurisprudentielle française.

Enfin, citons le cas particulier du film belge *Ni juge ni soumise* datant de 2018, celui-ci ayant fait l'objet de nombreux commentaires dans la presse. A la façon d'un documentaire, le film suit une juge d'instruction atypique du parquet bruxellois, passant d'une affaire à l'autre,

²²⁸⁶ Voy. les décisions du CSA du 12 juillet 2017 publiée le 11 septembre 2017 (« Reportage "Double meurtre en Picardie : la vengeance des deux ex-femmes" (W9) : réponse à la plaignante ») ; du 21 juin 2017 publiée le 31 juillet 2017 (reportage "Le tueur sonne toujours deux fois" diffusé sur RMC Découverte : réponse au plaignant) ; 5 octobre 2016 publiée le 28 novembre 2016 (« Emission "Faites entrer l'accusé" diffusée le 28 février 2016 : réponse au plaignant ») ; 2 décembre 2015 publiée le 21 décembre 2015 (« Émission "Enquêtes criminelles" sur W9 : réponse aux plaignants ») ; 25 juillet 2006 publiée le 19 septembre 2006 (« Faites entrer l'accusé : lettres à France 2 et à Me Henri de Beauregard »).

²²⁸⁷ CSA fr., décision du 7 janvier 2010 publiée le 15 mars 2010, « Émission Faites entrer l'accusé : intervention auprès de France 2 ». Voy. aussi la décision du 9 octobre 2012 publiée le 7 novembre 2012, « Émission Faites entrer l'accusé du 13 mai 2012 : intervention auprès de France 2 ».

²²⁸⁸ CSA fr., décision du 22 janvier 2013 publiée le 12 février 2013, « Émissions relatives aux affaires judiciaires : le Conseil adresse des préconisations ».

l'une d'elle semblant cependant constituer le fil rouge du film. Le film s'inscrit dans le style des reportages *Strip Tease* diffusés en Belgique et en France. La juge d'instruction, ses collaborateurs ainsi que les différentes personnes qu'elle est amenée à interroger dans le cadre de ses instructions, sont filmés sans qu'aucune précaution ne soit prise (« floutage », modification des voix, etc.). Tous ont cependant donné leur consentement au producteur, cette autorisation ayant été obtenue précisément avant leur entretien avec la juge d'instruction, soit sur le pas de la porte de son bureau²²⁸⁹. Le film a fait l'objet d'une procédure en Belgique, celle-ci ayant été suspendue dans le cadre d'un dessaisissement. Introduite par l'une des protagonistes de ce film, la procédure vise à voir certaines scènes supprimées. Reconnaisant avoir donné son consentement, la plaignante estime cependant avoir désormais refait sa vie, vouloir oublier ce passé douloureux, et ne s'attendait pas à ce que les images soient utilisées dans un film commercial à dimension mondiale. Dans l'attente de la décision de la Cour de cassation à propos du dessaisissement, la maison de production française décide de couper la scène litigieuse. La plaignante a toutefois déclaré vouloir poursuivre cette procédure en France. Aucune décision ne semble avoir été prise et diffusée. L'affaire interpelle évidemment, et pose la question notamment du droit à l'oubli d'autant qu'aucune actualité ne permet de justifier la diffusion des images.

2. Les docu-fictions

a) Les docu-fictions : un genre particulier

432. - Les docu-fictions. Le docu-fiction est à la croisée de deux genres : « [d]u documentaire, il emprunte l'utilisation des images d'archives, les scènes de reconstitution, la voix-off, les témoignages de personnages réels et de la fiction les jeux d'acteurs, les dialogues, la scénarisation et la reconstitution des lieux. Autant d'éléments qui brouillent la frontière entre fiction et documentaire, limite souvent franchie dans le cadre du docufiction »²²⁹⁰. La tendance

²²⁸⁹ Certes, un consentement a été donné, encore faut-il connaître la teneur exacte de celui-ci. Sur les conséquences d'un tel consentement, voy. *infra*.

²²⁹⁰ L. HENRIC, « Le docufiction entre création originale et documentaire », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, 2018/12, p. 1, n° 3. Dans le même sens, voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., pp. 460 et 461, n° 402. L'auteur affirme que ce genre médiatique présente un risque majeur en ce que les spectateurs ne peuvent « que malaisément séparer ce qui est construit de ce qui est réel ». Un tel constat est proposé dans l'arrêt *Lebach* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*) du 5 juin 1973).

visant à relater des affaires judiciaires à travers des docu-fictions est lancée par Truman Capote et son livre *In Cold Blood*, dans lequel il narre une affaire judiciaire réelle, mêlant fiction et réalité²²⁹¹. Il s'est, depuis, développé dans l'audiovisuel. Certains auteurs sont assez critiques à l'égard de ce genre : « [d]avantage que d'information ou de création, il s'agit essentiellement de diffusion commerciale à propos de ce genre d'affaires, qui donnent le plus souvent lieu à des produits bâtards, dont la publicité s'appuie précisément sur l'évocation des faits authentiques. Quoi de plus naturel par suite que pareil procédé entraîne la responsabilité de ceux qui en font usage, faute d'avoir pris des précautions suffisantes pour éviter toute identification, tant il est vrai que "l'art naît de contrainte et meurt de liberté" »²²⁹². De telles productions peuvent, juridiquement, engager la responsabilité des créateurs et producteurs, notamment dans le cadre d'une application du droit à l'oubli d'informations. Tout est affaire d'espèce et d'équilibre entre l'aspect fictionnel et les éléments tirés de la réalité. Les risques sont moins importants lorsque le caractère fictif est important : cela passe notamment par l'utilisation de noms fictifs – et non la reprise des noms des personnes impliquées dans l'affaire pénale –, une temporalité différente, le développement d'éléments factuels différents, etc. La potentielle responsabilité dépend aussi du temps écoulé entre l'affaire criminelle, source d'inspiration, et le divertissement²²⁹³. Cet élément est cependant ambivalent : « plus proche est l'utilisation d'un donné réel plus grand est le risque d'identification entre la réalité et la fiction, mais le dommage causé à un condamné ayant déjà exécuté sa peine est aussi plus intense »²²⁹⁴. Enfin, il y a lieu de distinguer la problématique de la reprise de faits judiciaires dans des œuvres artistiques « des cas de "redivulcation" des confidences faites par l'auteur de mémoires ou par la vedette qui a répondu à une interview. Les victimes d'un acte criminel n'ont jamais consenti à la publicité que certains faits de leur vie privée ont reçue et il est inexact de parler à ce sujet de "redivulcation" »²²⁹⁵. L'on se place ici dans le cadre d'un oubli invoqué par des victimes, et non par la personne condamnée²²⁹⁶.

b) Les docu-fictions dans la jurisprudence belge

²²⁹¹ Le livre est diffusé en 1966. Il est intéressant de souligner le sous-titre et la dédicace de l'auteur aux deux criminels : « [a] True Account of a Multiple Murder and its Consequences », « [f]or Jack Dunphy and Harper Lee with my love and gratitude ».

²²⁹² D. BÉCOURT, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *J.C.P.*, 1982, II, n° 19742.

²²⁹³ Il s'agit ici d'une adaptation du critère temporel (voy. *supra*).

²²⁹⁴ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 458, n° 399.

²²⁹⁵ *Ibidem*, p. 463, n° 403.

²²⁹⁶ A propos du titulaire potentiel du droit à l'oubli, voy. *supra*. L'on plaide pour que le droit à l'oubli ne soit pas limité aux seules personnes condamnées.

433. - Les docu-fictions et la jurisprudence belge. En Belgique, la jurisprudence est rare. L'on peut évoquer un vieil arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles rendu le 26 décembre 1888²²⁹⁷. Certes, il ne porte pas sur un docu-fiction, mais sur une exposition d'un buste en cire présenté dans un musée et représentant un criminel condamné six ans auparavant. L'arrêt est néanmoins intéressant en ce qu'il « distingue de la publicité des audiences et de “la reproduction par la voie de la presse des débats et même de la figure des accusés”, lesquelles sont justifiées par l'intérêt social, une exhibition “organisée dans un but de lucre” et qui “constitue, pour ceux qui ont été frappés par la justice, une réelle aggravation de châtement, un réel pilori” ». Plus récemment, on peut évoquer le film de Joachim Lafosse intitulé *A perdre la raison* qui conte, de façon fictive, le quintuple infanticide pour lequel Geneviève Lhermitte a été condamnée²²⁹⁸. Le film retrace l'histoire d'une mère de famille tourmentée l'amenant à commettre un quadruple infanticide. La question de la protection du droit à la vie privée et, précisément du droit à l'oubli, est évoquée notamment à travers les contestations du mari de Geneviève Lhermitte ainsi que du médecin familial, impliqué dans l'affaire. L'on note d'emblée qu'à notre connaissance, aucune décision jurisprudentielle portant précisément sur ces revendications, n'a été prise dans cette affaire.

Plusieurs rapides commentaires peuvent être proposés (même s'ils ne concernent pas tous directement la notion d'actualité). Premièrement, l'invocation du droit à l'oubli s'est faite ici par des victimes de l'affaire. Ensuite, la question de la personnalité publique se pose : si l'on peut considérer que Geneviève Lhermitte comme une personnalité relative de l'histoire contemporaine, en est-il de même pour son mari et le médecin. Le constat semble sans doute moins clair. Cela étant, ayant eu un retentissement public extrêmement large, ce fait divers doit être considéré comme faisant partie de la petite histoire, et à ce titre entre dans le souvenir collectif. Or, le droit à l'oubli ne peut pas être un instrument permettant d'effacer des épisodes, fussent-ils douloureux, de cette petite histoire. Enfin, rappelons que la faculté d'appropriation d'une telle affaire judiciaire doit toujours se faire de manière proportionnée – ce que le juge vérifie en accomplissant la balance des intérêts. Le film de Joachim Lafosse semble répondre à cette caractéristique en ce que le réalisateur a dès le départ été clair : le film n'est en réalité

²²⁹⁷ Bruxelles, 26 décembre 1888, *Pas.*, 1889, II, p. 94. Cet arrêt a déjà été abordé (voy. *supra*).

²²⁹⁸ Voy. un bref commentaire dont nous nous inspirons pour les quelques réflexions relatives à cette affaire. E. CRUYSMANS, « "A perdre la raison" : quelques réflexions autour de la sortie d'un film controversé », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 12 juillet 2012.

qu'une fiction inspirée librement de l'« affaire Lhermitte ». Il a vocation à traiter en particulier le thème des relations humaines entre un couple et une tierce personne ainsi que celui de l'infanticide, et non pas à mettre en scène et relater cet épisode judiciaire. Certes, la nuance est subtile mais utile. De plus, un bandeau diffusé en fin de film et précisant qu'il s'agit d'une œuvre fictionnelle, incite le spectateur à ne pas le considérer comme une analyse macabre et tragique de la vie de Geneviève Lhermitte, son mari, leurs enfants et le médecin, mais bien comme une fiction inspirée d'une affaire désormais ancrée dans l'histoire collective. Cependant, pour plus de clarté, le bandeau aurait pu être placé en début de film. Même si l'on peut ne pas être d'accord quant à la démarche que le réalisateur a menée et qu'il paraît difficile de ne pas voir les similitudes avec le quintuple infanticide nivellois, le résultat s'inscrit dans la faculté dont toute personne dispose d'exposer de manière proportionnée et à travers un moyen d'expression particulier des opinions, contribuant ainsi à l'échange d'idées indispensable à une société démocratique.

c) Les docu-fictions et la jurisprudence française

434. - Introduction. Deux affaires judiciaires retentissantes ont fait l'objet d'*infotainment*²²⁹⁹ : l'affaire Mesrine et l'affaire Landru. Deux autres affaires peuvent en outre être citées : l'affaire relative au film intitulé « pull-over rouge » et l'affaire Grégory.

435. - L'affaire Mesrine. En ce qui concerne la première, la Cour de cassation française, par deux arrêts rendus le 13 février 1985²³⁰⁰, se penche sur des films relatifs à Jacques Mesrine. Sans interdire la diffusion du film, la Cour requiert que certaines séquences soient supprimées pour atteinte à la vie privée des requérantes. La haute juridiction française propose le raisonnement suivant : « d'une part des scènes "inventées" à partir des faits réels déjà divulgués peuvent constituer une atteinte à la vie privée, d'autre part, et corrélativement, la vie privée ne

²²⁹⁹ Voy. encore Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 5 décembre 1985, n° 1074S (la Cour de cassation française considère que la nouvelle divulgation de la photographie d'une personne condamnée dans le cadre d'un jeu est illicite estimant qu'il n'y a aucune nécessité « de l'information à l'égard de faits qui s'étaient déroulés douze ans plus tôt » et que le jeu ne présente aucune dimension historique). Voy. aussi les développements relatifs à cette décision, *supra/infra*. Les décisions rendues au fond dans cette affaire sont les suivantes : C.A. Paris, 26 janvier 1984, n° K.11470 ; T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *M. c. Filipacchi et Cogedipresse*, J.C.P., 1983, II, p. 20434, note R. LINDON.

²³⁰⁰ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*S.A.R.L. G. R. Productions et autre c. Dame Jeanjacquot*), D., 1985, p. 488 ; Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*Génovès et autre c. Lelièvre*), D., 1985, p. 488. Les deux arrêts sont commentés par B. EDELMAN (D., 1985, pp. 489 à 492).

peut être utilisée au prétexte qu'on l'a rendue "fictive" pour les besoins de la cause »²³⁰¹. Pour Bernard Edelman, ce second principe permet de considérer qu'une œuvre considérée comme fictionnelle s'apparente davantage à une œuvre recourant à une « réalité déguisée ». L'arrêt de la Cour de cassation souligne donc que le simple fait de considérer une œuvre comme une fiction ne fait pas d'office disparaître l'atteinte potentielle au droit à la vie privée. Et de considérer que « certaines œuvres s'apparentent plus à des reportages qu'à des œuvres de l'esprit, et leurs auteurs plus à des journalistes qu'à des créateurs, et qu'on doit donc leur appliquer les règles gouvernant la responsabilité des journalistes plutôt que celles gouvernant le statut de la création »²³⁰².

436. - L'affaire Landru. En ce qui concerne l'affaire Landru, l'action est introduite par une maîtresse du célèbre criminel à l'encontre d'un film dans lequel elle apparaît ainsi que, plus précisément, d'une scène où l'actrice tenant son rôle se présentait fortement dénudée, dans une relation intime avec le célèbre criminel Henri Landru. En première instance²³⁰³, le Tribunal de grande instance de Seine soutient que le film « se rattache à l'Histoire, que le procès de Landru est l'un des plus célèbres, sinon le plus célèbre du siècle ». Clairement, la requête visant à protéger la vie privée de la plaignante semble difficilement recevable dès lors que le critère de l'Histoire, en l'espèce l'histoire judiciaire, prend le dessus²³⁰⁴. Et le tribunal d'ajouter que « la demanderesse ne saurait invoquer à son profit la prescription du silence, pour empêcher le rappel des faits relatés par de véritables historiens ». D'autant que ladite maîtresse ne s'est, par le passé, jamais plainte d'autres interruptions de ce silence et qu'elle a tenté de diffuser ses mémoires²³⁰⁵. Pour autant, le tribunal reconnaît que « l'image d'un acteur qui incarne une personne réelle peut constituer une atteinte à sa pudeur ». Pour Gérard Lyon-Caen qui commente cette décision, cette dernière est intéressante dès lors que « la protection de l'intimité a rarement été invoquée lorsque la personne concernée n'est plus une vedette [...] mais [...] un

²³⁰¹ B. EDELMAN, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*S.A.R.L. G. R. Productions et autre c. Dame Jeanjacquot*) et Cass. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*Génovès et autre c. Lelièvre*), *D.*, 1985, p. 490.

²³⁰² *Ibidem*. Il écrit encore qu'« il y a "de fausses fiction" qui, à vouloir se faire passer pour la réalité, doivent être considérées comme vraies. Elles révèlent donc des faits, indépendamment de toute dimension fallacieusement imaginaire ». L'auteur fait ici le lien avec l'arrêt de la Cour de cassation de l'affaire du film *Pull Over Rouge* dans lequel elle précise qu'une atteinte au droit à la vie privée doit découler de la révélation de faits.

²³⁰³ T.G.I. Seine, 14 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, n° 14482, note LYON-CAEN, *erratum*, n° 14496.

²³⁰⁴ Sur ce critère, voy. *infra/supra*.

²³⁰⁵ Le tribunal indique à cet égard, en parlant de Landru, « qu'il est impossible d'évoquer la véritable personnalité de ce personnage complexe, sadique et méticuleux, sans faire apparaître, à côté de ses victimes, les seules personnes qui semblent lui avoir inspiré des sentiments humains », c'est-à-dire notamment sa maîtresse. Le tribunal semble admettre que le caractère public et historique de Landru, compte tenu de sa personnalité particulière, déteint *in fine* sur son entourage, faisant de celui-ci des personnalités publiques par ricochet.

quidam »²³⁰⁶. L’auteur de clôturer son raisonnement par la question suivante : « [l]e droit à l’oubli n’eût-il pas été un plus exact fondement ? ». Il répond à cette question en indiquant que « [s]i l’on voulait donner sa vraie coloration au jugement, on dirait sans doute que ce qui a pu choquer les juges, c’est le rappel à la mémoire d’une période lointaine, peut-être oubliée : l’interruption de la prescription »²³⁰⁷. L’auteur, sarcastiquement, soutient à propos de la plaignante que « vieillie, elle avait droit au silence, comme le coupable qui a expié son forfait », mais refuse *in fine* le fondement du droit à l’oubli en précisant que « [l]e malheur pour elle c’est qu’elle ait constamment voulu publier ses mémoires. Il n’était donc pas possible – malgré le désir évident du Tribunal – d’asseoir sur cette base une responsabilité du producteur »²³⁰⁸. En appel, le raisonnement est confirmé²³⁰⁹. Le raisonnement tenu est en outre illustratif d’un autre critère évoqué dans la mise en œuvre du droit à l’oubli d’informations journalistiques, le caractère public ou non de la personne qui revendique l’oubli²³¹⁰.

437. - Retour sur l’affaire « pull-over rouge ». La Cour de cassation semble revenir sur son raisonnement dans le cadre d’une décision rendue dans une affaire ayant donné lieu à une jurisprudence foisonnante²³¹¹. Cela concerne le meurtre d’une fillette en 1974, le criminel ayant été condamné à mort, exécuté en 1976 à l’âge de 22 ans. En 1978, l’auteur Gilles Perrault publie un livre sous le titre *Le pull-over rouge* retraçant ce funeste fait divers²³¹². En 1979, est réalisé un film, ayant le même titre que le livre et inspiré de cet ouvrage ainsi que de nombreuses coupures et photographies de presse. Les parents de la victime qui apparaissent par le biais d’acteurs dans plusieurs scènes agissent en référé. Une première décision est prise par le Tribunal de grande instance de Paris le 7 novembre 1979 et rejette la requête des demandeurs. La Cour d’appel de Paris rend un arrêt le 9 novembre 1979²³¹³ dans lequel elle exige la suppression de plusieurs scènes attentatoires à l’intimité des appelants. La Cour souligne

²³⁰⁶ G. LYON-CAEN, note sous T.G.I. Paris, 14 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, n° 14482. Il pose aussi en introduction de sa note la question suivante, résumant la problématique de la décision : « un producteur de film [...] peut-il lorsque le sujet est une affaire criminelle récente et sans l’autorisation de l’intéressé, représenter un personnage encore vivant qui a été mêlé à un épisode de l’actualité ? Le peut-il derechef lorsque l’interprète de ce personnage apparaît à l’écran à moitié dénudé et dans un lit ? ».

²³⁰⁷ *Ibidem*.

²³⁰⁸ *Ibidem*.

²³⁰⁹ C.A. Paris, 15 mars 1967, *J.C.P.*, 1967, n° 15107.

²³¹⁰ A ce sujet, voy. *supra*.

²³¹¹ Il s’agit de l’« affaire Christian Ranucci », du nom du criminel condamné à mort dans cette affaire.

²³¹² Le livre est rédigé par un adversaire de la peine de mort et a vocation, en retraçant la procédure judiciaire de cette affaire, à formuler « quelques réserves à l’égard de l’appareil judiciaire. Il a exprimé certains doutes sur la culpabilité du supplicié, et a regretté que soit demeuré dans l’ombre un satyre signalé par le port d’un pull-over rouge, un vêtement, trouvé dans les parages du lieu du crime, dont le propriétaire n’a pas été identifié » (E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 111).

²³¹³ C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 109, note E. ABITBOL.

notamment « la puissance évocatrice de l'image cinématographique » et le fait que les demandeurs sont des « personnes de condition modeste, n'ayant et ne souhaitant avoir aucune vie publique ».

La décision rendue par la Cour d'appel est abondamment commentée à plusieurs égards. Premièrement, l'existence d'un jeu d'acteurs n'enlève pas l'atteinte à la vie privée. Une auteure indique que « des modes différents de révélation se conçoivent ; on peut rapporter les faits à l'écran par le truchement d'autres personnages [...], d'écrits ou de chansons, peu importe le procédé utilisé »²³¹⁴. Autrement dit, le détachement par rapport à la réalité n'est pas suffisant lorsque des acteurs reprennent les faits réels. Ainsi, le fait que les téléspectateurs soient en mesure d'identifier les acteurs aux protagonistes du fait réel « conduit en quelque sorte à évacuer le côté fiction, si bien que les séquences critiquées s'apparentent à une reconstitution en forme de reportage, dépourvue de toute transposition. Tout se passe comme s'il s'agissait non d'une révélation mais d'une nouvelle divulgation de faits ayant cessé de relever de l'actualité immédiate »²³¹⁵. Deuxièmement, le recours à l'article 9, alinéa 2 du Code civil français est validé. L'existence de ce fondement permet d'éviter le passage par l'article 1382 du Code civil, ce qui semble en revanche inévitable en Belgique. Une telle application, qui permet d'obtenir une réparation d'un dommage, induit la démonstration d'une faute. Pour Eliette Abitbol, cette condition de la responsabilité extracontractuelle peut se concevoir en l'espèce « dans la transposition trop rapide d'un drame à l'écran, soulignée par les juges successifs ou son évocation du vivant des personnes qui l'ont vécu »²³¹⁶. Enfin, les décisions abordent la question du caractère public des faits repris dans le film. Pour l'auteure, « [l']immunité reconnue à l'historien n'est ici d'aucun secours, moins en raison du caractère récent des faits relatés – car pourquoi récuser l'histoire contemporaine – que compte tenu de l'engagement certain de l'œuvre »²³¹⁷. Le film ne s'inscrit pas dans une perspective historique et ne peut dès lors être justifié de la sorte. Toutefois, il relate des éléments publics et licitement divulgués lors d'une procédure judiciaire²³¹⁸. Eliette Abitbol ne comprend dès lors pas le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Paris : « [u]n tel caractère public semble devoir être

²³¹⁴ E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 111.

²³¹⁵ *Ibidem*.

²³¹⁶ *Ibidem*, p. 112. Elle ajoute que « [c]'est encore peut-être par excès de réalisme que les auteurs du film ont péché. Une fois de plus se pose le problème des limites qu'il conviendrait éventuellement de fixer à la liberté de création ».

²³¹⁷ *Ibidem*.

²³¹⁸ Dans ce sens, E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 113. L'auteure propose aussi de distinguer la notoriété de faits de la divulgation de faits. Voy. les développements proposés à cet égard *supra*.

reconnu aux situations concernées par le film, puisque relatives à une affaire judiciaire et à des faits réalisés en public »²³¹⁹.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation qui rend sa décision le 3 décembre 1980²³²⁰. Sans surprise, elle casse l'arrêt d'appel considérant qu'à défaut de révélation de faits nouveaux, l'on ne peut considérer qu'il y a atteinte au droit à la vie privée. La Cour condamne « la jurisprudence selon laquelle la divulgation antérieure des faits relevant de la vie privée n'empêcherait pas automatiquement de considérer que leur redivulgence puisse être une atteinte à cette vie privée »²³²¹. Certains voient en cet arrêt une volonté de la part de la Cour d'objectiver les notions d'*atteinte* et d'*intimité* de l'article 9 du Code civil afin que les juges du fond se limitent à ne prendre en compte que des *faits* dans leur examen et évacuent tout ressenti²³²². Une partie de la doctrine n'accueille pas favorablement cet enseignement²³²³. Elle indique notamment que « [l]'existence d'une atteinte comme appartenance de faits à la vie privée ou à l'intimité doivent s'apprécier *in concreto* »²³²⁴, refusant *in fine* ce processus d'objectivation. Ces auteurs estiment que l'arrêt de la Cour de cassation limite « la protection individuelle en écartant l'application de l'article 9, alinéa 1, dans les hypothèses où il est fait état, tantôt de "faits déjà relatés" ou "d'événements déjà rappelés" tantôt de situations inventées et par suite sans rapport avec la réalité. Pareil dérapage ne laisse pas d'inquiéter car il risque de conduire à vider de son contenu la notion d'intimité de la vie privée »²³²⁵. L'un des commentateurs critique envers l'arrêt conclut ses propos par un plaidoyer en faveur du droit à l'oubli, sans pour autant le citer : « les protagonistes d'un fait divers, une fois l'actualité passée, rentrent-ils à nouveau dans l'ombre où ils doivent avoir le droit de demeurer. Les en faire sortir sans leur accord, mais au contraire à leur corps défendant, constitue

²³¹⁹ *Ibidem*.

²³²⁰ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 221, note B. ENDELMAN ; *J.C.P.*, 1982, II, n° 19742, note D. BÉCOURT ; *Gaz. Pal.*, 1981, I, p. 289, note E. ABITBOL.

²³²¹ R. LINDON, note sous C.A. Paris, 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 187. L'auteur reprend en réalité l'analyse de M. EDELMAN, note sous Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 6 janvier 1971, *D.*, 1971, p. 263.

²³²² D. BÉCOURT, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *op. cit.*, n° 19742. Il écrit que « la vie privée, *a fortiori* son intimité, ne saurait se réduire à des faits ».

²³²³ Voy. notamment D. BÉCOURT, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *op. cit.*, n° 19742 ; R. LINDON, note sous C.A. Paris, 6 octobre 1982, *op. cit.*, p. 187 ; E. ABITBOL, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 289 à 290.

²³²⁴ E. ABITBOL, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 290. Elle indique en outre deux éléments qui auraient pu être pris en compte par la juridiction d'appel et qui, selon elle, aurait sans doute permis de motiver davantage leur décision : « [d]'une part la notoriété des faits divulgués pouvait s'opposer à des mesures de saisies ou de suppression [...], ou encore justifier une redivulgence dès lors que la première divulgation était licite. D'autre part et surtout, le caractère public, officiel, "légal" spécifiait le pourvoi, des faits révélés avait encore un plus grand pouvoir puisqu'absolutoire objectivement ; il était de nature à les soustraire à la protection de la vie privée ».

²³²⁵ D. BÉCOURT, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *op. cit.*, n° 19742.

indiscutablement une atteinte condamnable, en dépit du couvet d'une fiction plus que relative. [...] En décider autrement risquerait de donner lieu à des abus »²³²⁶. *A contrario*, d'autres auteurs accueillent favorablement l'arrêt de la Cour de cassation. Pour Bernard Edelman, l'arrêt de la Cour est conforme à la jurisprudence de fond qui se refuse « tout net à affecter l'objectivité de la redivulgation par la prise en compte d'un "droit", qu'il s'agit d'un droit à l'oubli, au silence ou à la douleur »²³²⁷. Ce droit, qu'il appelle encore le droit à la discrétion, ne peut, selon son analyse de l'arrêt de la Cour de cassation, être invoqué. Dès lors que dans l'approche objectivée, il faut s'en tenir aux faits, « [l]a redivulgation n'est donc pas condamnable en soi, puisque, par hypothèse même, aucun fait qui ne soit connu n'a été révélé. En mettant l'accent sur la notion de "fait" [...] la Cour de cassation se prononce clairement sur la nature juridique de la redivulgation : il s'agit, dit-elle, d'un événement objectif qui appartient désormais au public. Le passé d'une personne, dès lors qu'il a été divulgué, et quelque'en soit le mode (judiciaire, historique, journalistique...), ne lui appartient plus en propre ; il est devenu un "fait social" »²³²⁸.

L'affaire n'en reste pas là puisque les parents de la victime agissent ensuite au principal et obtiennent une première décision le 27 mai 1981. Pour le Tribunal de grande instance de Paris, « l'évocation cinématographique de personnes mêlées à une affaire judiciaire ne porte atteinte à leur vie privée que si elle comporte la révélation de faits ayant le caractère d'intimité ». Il indique encore que les séquences litigieuses « apparaissent dans le contexte où elles se situent, suffisamment fictives pour ne pas être tenues pour la révélation de faits portant atteinte à la vie privée »²³²⁹. En cela, le tribunal intègre parfaitement le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 1980. Or, la Cour d'appel de Paris, rendant le 6 octobre 1982²³³⁰ sa décision suite à l'appel interjeté par les parents de la victime contre la décision du 27 mai 1981, ne suit pas ce raisonnement. Elle requiert que certaines séquences soient coupées, faisant fi de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est donc l'approche objective de la Cour qui n'est pas admise. Commentant cet arrêt, Robert Lindon rappelle que « les personnes mêlées à une affaire judiciaire sont dans une situation particulière : à la différence des hommes politiques, des artistes de spectacle ou des sportifs de renom, elles n'ont

²³²⁶ *Ibidem*.

²³²⁷ B. EDELMAN, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 222.

²³²⁸ *Ibidem*, pp. 222 et 223.

²³²⁹ La citation de cet arrêt inédit est tirée de D. BÉCOURT, note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *op. cit.*, n° 19742.

²³³⁰ C.A. Paris, 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 185, note R. LINDON.

pas recherché la notoriété et ne se sont pas volontairement exposées à l'information. C'est l'actualité qui, par le jeu du hasard et des circonstances, les a fait sortir d'une obscurité où elles ne demandent qu'à retourner »²³³¹. L'arrêt lui-même évoque ce postulat : « il importe peu que, dans la réalité, les deux scènes litigieuses aient eu pour témoin un certain nombre de journalistes et de voisins, ni même que plusieurs photos en aient été reproduites par la presse, qu'une telle publicité limitée et momentanée, à laquelle les époux R... avaient été contraints par la force des circonstances, n'impliquait pas leur consentement à voir ces instants de leur existence liés à la curiosité – même émue et sympathique – de tous les spectateurs, français et étrangers, que le film [...] pourrait attirer ».

A propos de cette même affaire judiciaire, le Tribunal de grande instance de Marseille se prononce le 11 mai 1988 sur la diffusion dans le cadre d'une émission de télévision d'une photo de la fillette victime²³³². Il soutient qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie privée et l'intimité de la famille de la victime. Il rappelle que « [l']information doit respecter la vie privée ; la diffusion de l'image échappe à la critique si elle porte sur des faits qui appartiennent à l'histoire ou qui relèvent de l'actualité judiciaire, sauf dans cette dernière hypothèse, à être limitée aux nécessités de l'actualité ». Il indique enfin que « cette "affaire" relève désormais des archives de la chronique judiciaire, elle-même comprise dans le patrimoine historique et sociologique de la nation en ce qu'il en reflète la criminalité ». En cela, et comme le note la commentatrice anonyme de cette affaire, la divulgation « porte sur des faits qui appartiennent à l'Histoire ou à l'actualité judiciaire »²³³³.

438. - L'affaire Grégory. Enfin, citons encore un jugement du Tribunal de grande instance de Paris qui confirme qu'« en l'état actuel de la jurisprudence, le droit à la vie privée cède devant le droit à l'information du public sur une affaire criminelle. La remémoration des faits sous la forme de docu-fictions ne modifie pas l'équilibre fixé par les tribunaux entre liberté d'expression, d'une part, et aspiration légitime des personnes concernées à un droit à l'oubli auquel le droit demeure rétif »²³³⁴. La décision concerne l'affaire Grégory, faisant référence à une affaire criminelle française dans laquelle un enfant de quatre ans, prénommé Grégory, est retrouvé dans une rivière, les mains et les pieds liés à sa tête. L'affaire n'a depuis jamais

²³³¹ R. LINDON, note sous C.A. Paris, 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 188.

²³³² T.G.I. Marseille, 11 mai 1988, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21156, note. Voy. aussi les développements proposés sur cette même décision, *supra*.

²³³³ N. S., note sous T.G.I. Marseille, 11 mai 1988, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21156.

²³³⁴ T.G.I. Paris, 10 février 2006, *Légipresse*, 2006/230, I, p. 53

réellement cessé de faire l'actualité tant les rebondissements sont nombreux, impliquant plusieurs membres de la famille proche de la victime.

§ 7. Les faits relatés au regard de l'histoire et du devoir de mémoire

439. - La structure des développements. Le septième critère est celui de l'intérêt historique d'une information ainsi que l'impact que peut avoir le devoir de mémoire sur le droit à l'oubli. Il faudra ensuite en compte la resocialisation de la personne visée par l'information a bien été prise en compte (§ 8) ainsi que trois critères non évoqués par la jurisprudence existante (§ 9).

440. - Introduction : l'histoire et le droit. Histoire et mémoire s'opposent frontalement à l'oubli : reconnaître un droit à l'oubli pour des informations reviendrait pour certains à censurer ou réécrire l'histoire ainsi qu'à orienter ou limiter la mémoire. Telle n'est évidemment pas sa fonction. Consacrer juridiquement une forme d'oubli revient à considérer que toute information ne fait pas partie de l'histoire, que la mémoire individuelle ou collective peut parfaitement se construire malgré l'anonymisation ou la pseudonymisation de certaines données, tout en préservant le travail des historiens. Le rapport intense au passé qui induit ce qu'on appelle le devoir de mémoire²³³⁵ ne peut constituer par principe une entrave au droit à la protection de la vie privée. Friedrich Nietzsche affirme en 1874 que « [n]ous souffrons tous d'une fièvre historique dévorante, et nous devrions pour le moins reconnaître que nous en souffrons »²³³⁶ : consacrer une forme juridique d'oubli, c'est en partie reconnaître cette fièvre historique dévorante, mais c'est également permettre de la contrôler, voire de la soigner.

L'analyse de cette perspective historique inscrit à nouveau le droit à l'oubli dans un rapport au temps²³³⁷. L'histoire est en effet constituée de ce qui appartient au passé. Dans son sens courant, l'histoire est la « [c]onnaissance et [le] récit des événements du passé, des faits relatifs à l'évolution de l'humanité (d'un groupe social, d'une activité humaine), qui sont dignes

²³³⁵ R. RÉMOND, « L'Histoire et la Loi », *Etudes*, 2006/404, p. 766. Voy. aussi les développements proposés *supra*.

²³³⁶ F. NIETZSCHE, « Vom Nutzen und Nachteil des Historie für das Leben », *Unzeitgemässe Betrachtungen*, II, *Werke in drei Bänden*, Munich, Carl Hanser Verlag, 1966, p. 210, la référence étant citée par Y. H. YERUSHALMI, « Réflexions sur l'oubli », in *Usages de l'oubli*, colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 9. Voy. aussi G. VATTIMO, « L'impossible oubli », in *Usages de l'oubli*, colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, p. 77.

²³³⁷ Voy. *supra* pour ce qui concerne le critère de l'écoulement du temps entre les deux divulgations pour ce qui concerne la question de l'existence d'un intérêt général inscrit dans une temporalité différente que celle de l'immédiateté.

ou jugés dignes de mémoire »²³³⁸. L'histoire évoque encore l'« [é]tude scientifique d'une évolution, d'un passé », « [l]a mémoire des hommes », un « [e]nsemble de facteurs historiques »²³³⁹. Malgré les liens évidents qu'entretiennent l'histoire et la mémoire – notamment dans la construction d'une mémoire collective²³⁴⁰ –, l'histoire ne doit pas être totalement confondue avec la mémoire²³⁴¹. Certes, on ne peut nier que l'histoire tienne compte de la mémoire, mais elle ne s'y limite pas. De même, le devoir de mémoire prend pour socle l'histoire²³⁴². Les mémoires sont plurielles ; l'histoire, elle, doit être générale²³⁴³. Le législateur pourtant, en adoptant des lois mémorielles au nom d'un devoir de mémoire, exprime parfaitement cette assimilation, voire cette confusion²³⁴⁴. La généralité n'implique en effet pas l'uniformité : or, les actes législatifs mémoriels répondent à une fonction d'uniformisation. Emmanuel Cartier écrit que « contrairement à la mémoire, l'histoire est fondamentalement définie par “la mise à distance” [...]. Si l'histoire procède d'un temps long, la mémoire s'inscrit dans un temps court, celui de l'événement. Elle est une reconstitution, par nature incomplète, de ce qui n'est plus, une représentation orientée et vivante du passé, participant à l'élaboration d'une mémoire collective qui implique l'oubli »²³⁴⁵. Quant à la mémoire, elle « correspond à un phénomène porté par des groupes particuliers dans une sorte de flou fait d'un vécu profond dont la légitimité est par conséquent difficilement contestable. Elle s'intéresse à un problème historique à partir et sur le fondement d'un affectif mais à la différence de l'histoire dont la vérité est de l'ordre du relatif, la vérité détenue par la mémoire prétend à l'absolu. Leurs

²³³⁸ Dictionnaire Le Petit Robert, v° *histoire*.

²³³⁹ *Ibidem*.

²³⁴⁰ A ce sujet, voy. *supra*.

²³⁴¹ En ce sens, voy. R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 174 et 175 ; A. WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 181 et 183 ; E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, coll. Questions d'éthique, Paris, PUF, 2002, pp. 52 et 53.

²³⁴² L'auteur appuie son raisonnement sur un appel de l'association *Liberté pour l'histoire* fait le 12 décembre 2005 : « [l]'histoire n'est pas la mémoire. L'historien, dans une démarche scientifique, recueille les souvenirs des hommes, les compare entre eux, les confronte aux documents, aux objets, aux traces, et établit les faits. L'histoire tient compte de la mémoire, elle ne s'y réduit pas ». Paul Ricœur lui-même a pointé les dangers d'un court-circuitage de l'histoire par un trop-plein de mémoire (P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 106).

²³⁴³ P. NORA, *Les lieux de mémoire*, t° I, *La République*, Paris, Gallimard, 1984, p. XIX. L'auteur (cité par E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 53, note 1) écrit ceci : « [l]a mémoire sourd d'un groupe qu'elle soude [...] elle est, par nature, multiple et démultipliée, collective, plurielle, et individualisée. L'histoire, au contraire, appartient à tous et à personne, ce qui lui donne vocation à l'universel. La mémoire s'enracine dans le concret, dans l'espace, le geste, l'image et l'objet. L'histoire ne s'attache qu'aux continuités temporelles, aux évolutions et aux rapports des choses ».

²³⁴⁴ E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, p. 533.

²³⁴⁵ *Ibidem*.

détenteurs ont en effet la conviction qu'elles constituent une vérité supérieure à celle de l'histoire »²³⁴⁶. La mémoire s'inscrit donc inévitablement dans une dimension affective, impliquant des émotions. Celle-ci peut alors constituer un danger pour l'histoire, ajoutant en réalité un élément perturbateur à la démarche scientifique des historiens²³⁴⁷. Ces derniers doivent nécessairement disposer d'une capacité à se détacher de cet affect, pour analyser plus objectivement des faits du passé. Cet élément a déjà été indirectement mis en exergue par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Mamère c. France* du 7 novembre 2007, un député est condamné par les juridictions françaises pour avoir accusé un fonctionnaire de dissimulation d'informations. La Cour est amenée à examiner la législation française qui interdit au député d'apporter la preuve des faits qu'il allègue²³⁴⁸. A l'estime de la Cour, une telle restriction « se justifie par la volonté du législateur d'empêcher que des faits anciens puissent être contestés sans limite dans le temps quant à leur réalité » (§ 24). La Cour condamne néanmoins la France en ces termes : elle « perçoit certes, d'un point de vue général, la logique d'une limite temporelle de cette nature, dans la mesure où, plus des allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité. Cependant, lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses » (§ 24).

Enfin, le droit à l'oubli met en exergue les liens entre les champs juridique et historique. Malgré un *a priori* important qui aboutit à considérer le droit et l'histoire comme « caractérisés par une séparation épistémologique majeure »²³⁴⁹, et malgré le fait que les sciences historiques s'intéressent à « ce qui fut » et que les sciences juridiques ont pour objet « ce qui doit être », les deux disciplines ne sont pas hermétiques²³⁵⁰. Le droit prend en compte l'histoire dans le processus de création et d'interprétation des normes. Ainsi, il est enseigné le droit romain et l'histoire du droit à l'Université, et les praticiens tirent souvent la *ratio legis* d'un texte juridique de son contexte d'adoption et des circonstances sociétales dans lesquelles la norme s'est inscrite. Quant à l'historien, le droit lui impose de respecter des règles quant à l'accès à la

²³⁴⁶ *Ibidem*.

²³⁴⁷ Sur cette contradiction entre mémoire et histoire, voy. R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, p. 171.

²³⁴⁸ La disposition en question est l'ancien article 35, al. 3, b) de la loi du 29 juillet 1881. A propos de cette disposition, voy. *supra* et *infra*.

²³⁴⁹ E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 512.

²³⁵⁰ X. MINY, « Le dialogue fructueux entre l'Histoire et le Droit », *Contemporanea*, 2016/4, p. 1, disponible à l'adresse suivante, <http://www.contemporanea.be/fr/article/2016-4-review-miny>, consulté le 19 octobre 2018.

documentation (archives, données à caractère personnel, etc.) ainsi que, par exemple, les dispositions relatives au droit d'auteur. De plus, les normes de droit sont pour l'historien « l'un des meilleurs témoignages que les peuples peuvent laisser d'eux-mêmes à une époque donnée »²³⁵¹, constituant dès lors des sources publiées et diffusées, révélatrices des mœurs d'une époque.

L'équilibre entre le droit à l'oubli, l'histoire et la mémoire amène à s'intéresser plus longuement au « devoir de mémoire » (A.), celui-ci constituant pour plusieurs l'un des arguments principaux s'opposant au droit à l'oubli. Dans un second temps, l'on s'interrogera sur l'impact de l'oubli face à l'histoire et au devoir de mémoire (B.).

A. Le devoir de mémoire

1. Comprendre le devoir de mémoire

441. - Introduction. La question du devoir de mémoire dépasse largement le seul cadre juridique. Les débats qui entourent cette notion sont extrêmement nombreux, la littérature scientifique étant foisonnante. Le devoir de mémoire se déploie sur plusieurs registres et comporte des enjeux importants. La science historique est largement touchée par les discussions sur la nécessité d'implémenter ou non un tel devoir. Les sciences philosophique et psychologique, ainsi que la sociologie, analysent le besoin qu'ont les sociétés d'aujourd'hui de se retourner vers leur passé, de sacrifier ces événements d'antan. Le domaine politique s'intéresse à la consécration du devoir, non seulement par le biais des politiques en matière d'enseignement, mais aussi en s'interrogeant sur les conséquences politico-diplomatiques de la reconnaissance de tel génocide ou tel crime²³⁵². Enfin, le droit s'en préoccupe mais de façon plus détournée : il consacre le devoir de mémoire dans des textes législatifs dont la normativité et la portée sont discutables.

²³⁵¹ E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 515.

²³⁵² Tel est notamment le cas pour la reconnaissance du génocide arménien. Voy. K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *Rev. dr. ULB*, Bruxelles, Bruylant, 2007/1, pp. 116 et 119.

442. - Le devoir de mémoire pour lutter contre l'oubli. A première lecture, le droit à l'oubli s'oppose au devoir de mémoire, le premier pouvant tenir tête au second, et *vice versa*²³⁵³. Le devoir de mémoire « est une lutte contre l'oubli, que ce soit l'oubli actif qui cherche à minimiser ou à nier les faits, comme le négationnisme, ou l'oubli passif, le simple éloignement des événements dans un passé de plus en plus reculé, l'effacement des traces avec le temps »²³⁵⁴. Dès l'entame de notre analyse, il faut mettre en lumière un paradoxe : alors que de nombreuses voix s'élèvent pour requérir la consécration d'un droit à l'oubli, d'autres voix – quoiqu'il s'agisse parfois des mêmes – soutiennent largement la consécration d'un devoir de mémoire. Aujourd'hui, les sociétés modernes européennes, la France en tête, portent un intérêt grandissant à ce devoir²³⁵⁵. Plus elles se modernisent, plus ces sociétés manifestent une réelle « nostalgie pour un passé qui s'éloigne irrévocablement »²³⁵⁶. Apparaissent des « militants de la mémoire » ainsi qu'une véritable « culture mémorielle »²³⁵⁷. Plusieurs éléments peuvent expliquer cette tendance. Les changements notoires que nous connaissons depuis quelques décennies²³⁵⁸ accentuent la globalisation, ce qui aboutit à gommer certaines identités

²³⁵³ Voy. le titre de l'ouvrage de Sandrine Carneroli sur le droit à l'oubli, ayant pour sous-titre « Du devoir de mémoire au droit à l'oubli » (S. CARNEROLI, *Droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., 135 pp. Aussi paradoxal que celui puisse paraître, l'auteure n'aborde pas clairement la notion de « devoir de mémoire » dans son ouvrage. Voy. aussi A. OZ, *The Slopes of Lebanon*, Londres, Vintage Books, 1991, p. 123, cité par E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 91. L'auteur écrit ceci : « [w]hat is the weight of the past as opposed to the present and the future ? Apart from the obligation to remember, is there also a right to forget ? ». Cette affirmation d'une opposition entre droit à l'oubli et devoir de mémoire doit néanmoins être nuancée au regard notamment de certains mécanismes juridiques pénaux tels que l'amnistie. Dans cette hypothèse, droit à l'oubli et devoir de mémoire ne sont pas en totale opposition. A ce propos, voy. *supra*.

²³⁵⁴ C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 68.

²³⁵⁵ E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 1. Voy. aussi, S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *Droit et cultures*, 2013/2, p. 1.

²³⁵⁶ T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, coll. Arléa Poche, Paris, Arléa, 2015, p. 50. Voy. aussi E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 15.

²³⁵⁷ H. U. THAMER, « Le “devoir de mémoire”. Débats intellectuels et praxis culturelle en Allemagne », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 131. Voy. aussi A. WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », op. cit., pp. 181 et 182 (l'auteure y évoque la « tyrannie de la mémoire »).

²³⁵⁸ Sébastien Ledoux indique que « le temps du devoir de mémoire » a débuté en 1970 pour se prolonger encore aujourd'hui (S. LEDOUX, *Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, Paris, CNRS Editions, 2016, p. 12).

individuelles ou collectives²³⁵⁹. Cette perte d'identité constituerait un terreau fertile pour le devoir de mémoire²³⁶⁰.

D'autres éléments peuvent encore expliquer la place prise par ce devoir dans nos sociétés. Les plus optimistes voient dans cette « préoccupation compulsive du passé [...] le signe de santé d'un pays pacifique où il ne se passe, heureusement, rien »²³⁶¹. Les plus fatalistes y voient la volonté de lutter contre le temps qui, dans nos sociétés modernes, semble inexorablement s'accélérer.

D'autres, à l'instar d'Emmanuel Terray, analysent le devoir de mémoire comme une conséquence de la hausse du phénomène de victimisation²³⁶² : les victimes activent le devoir de mémoire non seulement pour être reconnues dans leur statut de victime (directe ou indirecte²³⁶³), mais aussi dans le but d'obtenir réparation du préjudice subi. Il s'agit là d'une vision plus opportuniste du devoir de mémoire. D'autres enfin adoptent une justification plus cynique. Pierre Nora, historien français, écrit que si l'on est confronté à un retour en force de la mémoire, c'est qu'il n'y a plus de mémoire²³⁶⁴, cette interprétation s'inscrivant « dans le contexte plus

²³⁵⁹ En ce sens, voy. aussi T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, op. cit., p. 52 (« [m]ême si l'on n'est pas particulièrement perspicace, on ne peut manquer de s'apercevoir que le monde contemporain évolue dans le sens d'une plus grande homogénéité et uniformité, et que cette évolution porte atteinte aux identités et aux appartenances traditionnelles. Homogénéisation à l'intérieur de nos sociétés, d'abord, due à l'accroissement de la classe moyenne, à la nécessaire mobilité sociale et géographique de ses membres, à l'extinction de la guerre civile idéologique (les "exclus", eux, ne souhaitent pas revendiquer leur nouvelle identité). Mais aussi uniformisation entre sociétés, effet de la circulation internationale accélérée des informations, des biens de consommation culturelle (émissions de radio et télévision) et des personnes »).

²³⁶⁰ *Ibidem*. L'auteur ajoute que « c'est en se constituant un passé commun qu'on pourra bénéficier de la reconnaissance due au groupe ». A ce propos, voy. aussi E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 70.

²³⁶¹ T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, op. cit., p. 51.

²³⁶² E. TERRAY, « La pitié et la raison », *Le Monde*, 20 mars 2005 ; E. TERRAY, *Face aux abus de mémoire*, Paris, Actes Sud, 2006, pp. 21 et s., p. 41 (« [n]ous vivons désormais dans un monde où se présenter comme victime, étaler au grand jour son traumatisme et sa souffrance est le meilleur moyen d'attirer le regard du public, la bienveillance des médias, la faveur des autorités »). Voy. aussi la préface de ce dernier ouvrage rédigée par Christian Bromberger (p. 9) ; J.-P. RIOUX, « Les avatars du "devoir de mémoire" », *Le débat*, 2012/3, p. 187 ; E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 12 ; A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *R.D.I.D.C.*, 2013/1, p. 57 ; K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », op. cit., p. 80 ; J.-P. RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2002/1, p. 164.

²³⁶³ La victime indirecte est celle qui l'est par ricochet : elle « n'a pas subi elle-même le préjudice. Mais comme elle est liée à la victime directe par une relation quelconque – parenté, amitié, voisinage, appartenance au même groupe ou à la même communauté, de quelque nature que soient ceux-ci – elle estime que le tort fait à la victime directe l'atteint elle aussi par "ricochet" ou contrecoup et que de ce fait elle est, elle aussi, en droit de demander réparation » (E. TERRAY, *Face aux abus de mémoire*, op. cit., p. 21).

²³⁶⁴ P. NORA, *Les lieux de mémoire*, op. cit., 1984, p. XVII. Dans un sens identique, voy. J.-P. RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », op. cit., p. 165 (« le "devoir de mémoire" a pris une densité sociale proportionnée aux hantises du présent autant qu'à la vivacité d'un passé qui ne "passerait pas" ») ; K. BERTRAMS, P.-O. DE

large de l'observation bien connue qui veut qu'un phénomène doit être révolu ou périmé pour accéder pleinement à la conscience »²³⁶⁵. Dans une posture davantage dramatique, Tzvetan Todorov, explique ce phénomène par une analyse relativement sombre des sociétés : « [o]n entend souvent aujourd'hui une critique des démocraties libérales de l'Europe occidentale ou de l'Amérique du Nord, qui leur reproche de contribuer à leur tour au dépérissement de la mémoire, au règne de l'oubli. Précipités dans une consommation de plus en plus rapide d'informations, nous serions voués à leur élimination tout aussi accélérée ; coupés de nos traditions et abrutis par les exigences d'une société des loisirs, dépourvus de curiosité spirituelle comme de familiarité avec les grandes œuvres du passé, nous serions condamnés à célébrer allègrement l'oubli et à nous contenter des vaines jouissances de l'instant. La mémoire serait menacée ici, non plus par l'effacement des informations, mais par leur surabondance. Ainsi, de manière moins brutale mais finalement plus efficace, car ne suscitant pas notre résistance, faisant de nous au contraire les agents consentants de cette marche vers l'oubli, les Etats démocratiques conduiraient leur population au même but que les régimes totalitaires, c'est-à-dire au règne de la barbarie »²³⁶⁶.

443. - Le sens du devoir de mémoire. Les sens à donner à cette expression sont variés²³⁶⁷. Entré dans le dictionnaire *Larousse* en 2003, le devoir y est défini comme « [l]'obligation morale de témoigner, individuellement ou collectivement, d'événements dont la connaissance et la transmission sont jugées nécessaires pour tirer des leçons du passé (la Résistance ou la déportation pendant la Seconde Guerre mondiale par exemple) »²³⁶⁸. Jean-François Theulot, auteur de livre *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, propose plusieurs définitions. Il débute en soutenant que par « “devoir de mémoire”, on entend aussi bien qu’ “il faut honorer la mémoire des grands hommes” ou encore qu’ “il faut commémorer les événements fondateurs dans l'histoire d'un peuple pour affermir les liens entre ses membres”, etc. »²³⁶⁹. L'auteur poursuit son raisonnement en affirmant que si la mémoire est entendue comme la « faculté de conserver et de rappeler des états de conscience passés et ce qui s'y trouve associé »²³⁷⁰, ou

BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 83.

²³⁶⁵ H. U. THAMER, « Le “devoir de mémoire”. Débats intellectuels et praxis culturelle en Allemagne », *op. cit.*, p. 132.

²³⁶⁶ T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, *op. cit.*, pp. 12 et 13. Voy., à propos de l'oubli et des régimes totalitaires, *supra*.

²³⁶⁷ En ce sens, voy. par exemple l'ouvrage d'Emmanuel Kattan (E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, *op. cit.*, 153 p.) ainsi que S. LEDOUX, *Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, *op. cit.*, p. 78.

²³⁶⁸ *Le Petit Larousse illustré*, 2003, p. 642.

²³⁶⁹ J.-F. THEULOT, *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, Nantes, Editions Pleins Feux, 2004, p. 7.

²³⁷⁰ La définition est tirée du *Grand Robert* de 2001.

encore comme « le souvenir et la commémoration d'événements passés »²³⁷¹, alors « le devoir de mémoire signifie l'obligation inconditionnelle de consacrer un certain temps à la conservation et au rappel des expériences passées de notre choix ». Cela étant, constatant que « personne sans doute n'a jamais utilisé l'expression en ce sens », l'auteur limite finalement ce devoir à l'obligation « d'honorer la mémoire de », ou celle « de garder ou de rappeler la mémoire de »²³⁷². Pour Christophe Bouton, il s'agit de « l'obligation de se souvenir de certains événements passés, en général des événements meurtriers comme des guerres, des génocides. Dans sa forme négative, il veut dire qu'on ne doit pas oublier les victimes de ces violences »²³⁷³. Filant sa métaphore juridique, il ajoute que le devoir induit la « responsabilité d'entretenir et de transmettre la mémoire des victimes militaires et civiles des conflits », et constitue en cela « une exception à la vertu salubre de l'oubli »²³⁷⁴. Quant à Paul Ricoeur, il définit sobrement le devoir comme « le devoir de rendre justice, par le souvenir, à un autre que soi »²³⁷⁵.

444. - Une expression utilisée depuis peu. Quant à l'usage de l'expression²³⁷⁶, celle-ci est popularisée en 1995 lors d'un entretien accordé par Primo Levi²³⁷⁷. Publié sous le titre *Le devoir de mémoire*²³⁷⁸, l'entretien évoque le passé de Primo Levi durant la Seconde guerre mondiale, le récit de la Shoah et de ses conséquences funestes. La parution de cet ouvrage couplée aux commémorations relatives au cinquantième anniversaire de la libération des camps, expliquent que de nombreux auteurs considèrent que l'expression « devoir de mémoire » apparaît à la suite de ce second conflit mondial, afin d'entourer les réflexions et commémorations sur la Shoah et l'existence des camps de concentration et d'extermination²³⁷⁹. L'expression est ensuite

²³⁷¹ M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *Rev. dr. publ.*, 2005/1, p. 1/21.

²³⁷² J.-F. THEULLOT, *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

²³⁷³ C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 55.

²³⁷⁴ *Ibidem*, p. 72.

²³⁷⁵ P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, p. 105.

²³⁷⁶ Outre les quelques développements proposés dans ce point, ceux-ci ayant simplement vocation à donner aux lecteurs un aperçu général de l'histoire du devoir de mémoire, voy. les pages 19 à 140 de la thèse de Sébastien Ledoux (*Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, *op. cit.*). L'auteur y évoque dans une première partie l'« [a]rchéologie du devoir de mémoire » (pp. 19 à 82) et dans une deuxième partie la « [n]aissance d'une formule (1992-1993) » (pp. 83 à 140).

²³⁷⁷ P. LÉVI, *Le devoir de mémoire*, Paris, Mille et une nuits, 1995, 95 p. L'entretien a été accordé par Primo Levi à deux historiens italiens en 1983 et est traduit en français à titre posthume.

²³⁷⁸ Le titre n'est pourtant pas de Primo Levi lui-même mais a été choisi par l'éditeur (O. LALIEU, « L'invention du “devoir de mémoire” », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 2001/66, p. 83).

²³⁷⁹ J.-F. THEULLOT, *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, *op. cit.*, p. 8 ; S. LEDOUX, *Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, *op. cit.*, p. 12.

abondamment reprise, débattue et commentée essentiellement en France²³⁸⁰. Pourtant, le devoir de mémoire existe depuis bien plus longtemps, véhiculé sous d'autres appellations. Myriam Bienenstock considère qu'il est aussi ancien « que toute vie politique organisée »²³⁸¹. Emmanuel Kattan remonte lui jusqu'aux écrits bibliques, estimant que le *zakhor* lancé à plusieurs reprises dans l'Ancien testament²³⁸² au peuple d'Israël, et qui signifie « souviens-toi », constitue une forme de devoir de mémoire²³⁸³ aux dimensions religieuse, morale et politique²³⁸⁴. Sébastien Ledoux affirme d'ailleurs que « [s]i nous nous tournons vers l'anthropologie religieuse, nous pourrions considérer que les actes rituels constituent des devoirs de mémoire pour des événements perçus comme fondateurs »²³⁸⁵. Il en est de même pour les *exempla* apparues à l'Antiquité et d'application jusqu'au Moyen-Âge. Il s'agit de récits, fables, histoires, insérés dans des discours avec un dessein persuasif : le rappel doit permettre de convaincre en apportant une leçon particulière. Aujourd'hui, l'on constate que la mémoire est omniprésente, révélant « un déplacement sémantique du mot relevant d'une figure de style métaphorique bien connue des linguistes, celle de la personnification »²³⁸⁶. L'auteur cite « quelques exemples de ces figures innombrables surgies au cours de cette décennie et appelées à connaître des fortunes diverses : “lieux de mémoire”, “chemins de la mémoire”, “politique de mémoire”, “ministère de la mémoire”, “défense de la mémoire”, “procès de la mémoire”, “ assassins de la mémoire”, etc. La formule “devoir de mémoire” s'inscrit donc dans cette longue liste qui traduit, de la part des contemporains, un nouveau rapport au passé. Ce déplacement sémantique témoigne en l'accentuant du caractère essentialisant que la mémoire commence à revêtir au cours de cette période, et qui l'érige en une entité intrinsèque, au même titre que la liberté ou l'égalité, par

²³⁸⁰ La littérature anglo-saxonne ne recourt pas à cette appellation. Parfois retrouve-t-on l'expression « *the obligation to remember* » (l'obligation de se souvenir). Voy. à ce propos les écrits de J. E. YOUNG, « The counter-monument : memory against itself in Germany today », *Critical Inquiry*, 1992/2, p. 273.

²³⁸¹ M. BIENENSTOCK, « Présentation », *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Éditions de l'éclat, 2014, p. 5.

²³⁸² Outre le Pentateuque, voy. aussi d'autres illustrations du devoir de mémoire dans la Bible : Deutéronome, 32, 7 ; Isaïe, 44, 21 ; Deutéronome, 23, 17 ; Deutéronome, 25, 17. Ces références sont proposées par E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 2.

²³⁸³ Cela étant, pour Paul Ricœur, il s'agit davantage d'une invocation que d'un commandement (P. RICŒUR, « La mémoire heureuse », *Notre histoire*, 2000/180, pp. 6 à 12, cité par M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *Les Temps Modernes*, 2010/4, p. 112). Pour des développements plus amples, voy. M. BIENENSTOCK, « La mémoire : un “devoir” ? Réflexions sur les sens religieux, moral ou politique prêtés à la notion de “devoir” dans l'expression commune “devoir de mémoire” », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Éditions de l'éclat, 2014, p. 19 à 27. Voy. encore E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, op. cit., p. 2 ; Y. H. YERUSHALMI, *Zachor. Histoire juive et mémoire juive*, Paris, Gallimard, 1984.

²³⁸⁴ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », op. cit., p. 113.

²³⁸⁵ S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du “devoir de mémoire” », op. cit., p. 180.

²³⁸⁶ *Ibidem*, p. 177.

exemple »²³⁸⁷. A travers ces quelques exemples, il est aisé de constater que le devoir de mémoire a toujours existé ; il fait en réalité partie de notre nature humaine.

445. - L'évolution du (des) sens donné au devoir de mémoire. Le devoir de mémoire a évolué. Sébastien Ledoux constate que « les premières occurrences retrouvées dans les années 1970 [...] renvoient à un tout autre contexte »²³⁸⁸ : il s'agit alors de faire référence aux politiques des régimes communistes, constatant leurs dérives et déconvenues²³⁸⁹. Ensuite, l'utilisation de l'expression renvoie « à des intentions patrimoniales, et non à la politique d'extermination nazie, pas plus qu'à la responsabilité de Vichy dans celle-ci »²³⁹⁰. L'expression se rattache alors à la Shoah au moment même où l'on constate que les contemporains de la Seconde guerre mondiale disparaissent peu à peu. Ce devoir de mémoire s'impose alors progressivement à une génération qui – et c'est paradoxal – n'a pas connu, en tant que tel, ces événements²³⁹¹ : on impose son respect « à des individus qui doivent d'abord s'informer de ce qu'ils doivent ensuite seulement ne pas oublier »²³⁹².

Ce paradoxe explique pour partie le phénomène de banalisation que connaît à l'heure actuelle l'expression. Jean-Pierre Rioux explique à cet égard qu'« après avoir pris forme au vu de l'horreur des camps, [ce concept] a glissé des rescapés à tous les témoins, via leurs associations, puis a irrigué au fil des ans le dispositif médiatique, judiciaire et même civique, jusqu'à être tenu non seulement pour l'élément moteur d'une mémoire collective mais aussi, quasiment, pour une “nouvelle religion civique” »²³⁹³. Cette banalisation du devoir s'explique enfin par le fait qu'il « a pris une densité sociale proportionnée aux hantises du présent autant qu'à la vivacité du passé qui “ne passe pas”. Le vieillissement des derniers témoins directs

²³⁸⁷ *Ibidem*, p. 177.

²³⁸⁸ *Ibidem*, p. 179. Voy. aussi O. LALIEU, « L'invention du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, pp. 86 à 89. L'auteur explique que durant de nombreuses années, à la suite de la Seconde guerre mondiale et jusque dans le milieu des années 60, la jeunesse n'a que très peu de connaissance des réalités des camps de concentration et d'extermination ainsi, plus largement, de la politique nazie à cet égard. Ce manque de connaissance s'explique notamment par le fait que cette sombre page de l'histoire européenne n'était pas enseignée à l'école (et ce jusqu'en 1962 !), ainsi que par « l'ignorance, ou [le] refoulement, de cette génération entrée à l'âge adulte autour de 1945, celle justement en charge de la formation de la jeunesse à cette époque, qu'il s'agisse des parents ou des professeurs » (p. 87). Dans le même sens, voy. J.-P. RIOUX, « Les avatars du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 189.

²³⁸⁹ P. NÉMO, « Le devoir de mémoire », *Commentaire*, 1980/11, pp. 392 à 400.

²³⁹⁰ S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 179.

²³⁹¹ J.-F. THEULLOT, *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, *op. cit.*, p. 15. L'auteur reprend cette idée d'A. FINKIELKRAUT, *L'ingratitude. Conversation sur notre temps*, Paris, Gallimard, 1999, p. 89.

²³⁹² J.-F. THEULLOT, *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, *op. cit.*, p. 19.

²³⁹³ J.-P. RIOUX, « Les avatars du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 189. L'expression « nouvelle religion civique » est tirée de G. BENSOUSSAN, *Auschwitz en héritage ? D'un bon usage de la mémoire*, Paris, Mille et une nuits, 1998, p. 13.

intéressés au premier chef, l'entrée en lice de leurs descendants et de leurs proches, l'activisme des médias qui ont cru compenser ainsi la recrudescence d'un présent qu'ils actualisent inlassablement, la crise des valeurs qui bouche l'avenir, les mutations technologiques et sociales qui décrochent culturellement le train des générations, la recherche par les anciens combattants d'un relais civique chez les jeunes à l'heure où ceux-ci ne sont plus astreints au service militaire ou civil, le souci des pouvoirs publics de rafraîchir en urgence la citoyenneté : tout s'est mêlé pour faire de ce "devoir" une occasion favorable, une évidence à bon compte, un substitut à la mise en perspective, un recours contre les désaveux, les pannes et les ruses de l'histoire présente ; une sorte de quasi-historicité, à l'heure où l'individualisme, l'instantanéité et la mondialisation semblaient l'emporter »²³⁹⁴. Ces constats renforcent l'idée selon laquelle la mémoire et l'histoire ne peuvent être assimilées : le devoir de mémoire amène « une représentation du passé construite [désormais] autour de destins individuels, une représentation qui ne se confond pas avec l'Histoire »²³⁹⁵.

446. - Un devoir qui divise et ne fait pas l'unanimité. Compte tenu non seulement de la variété de sens que reçoit l'expression et du phénomène de banalisation qui frappe ce devoir, les historiens n'appréhendent pas cette expression sereinement. L'historienne Annette Wieviorka y voit un « slogan, recouvrant tout et son contraire, un fourre-tout »²³⁹⁶. Henry Rousso parle d'une « injonction à la mode »²³⁹⁷. Pour Antoine Prost, « [o]n fait valoir sans cesse le devoir de mémoire : mais rappeler un événement ne sert à rien, même pas à éviter qu'il ne se reproduise, si on ne l'explique pas [...]. Si nous voulons être les acteurs responsables de notre propre avenir, nous avons d'abord un devoir d'histoire »²³⁹⁸. Ce devoir est une « réaction contre les usages alors de plus en plus institutionnels et médiatiques du "devoir de mémoire" »²³⁹⁹.

²³⁹⁴ J.-P. RIOUX, « Les avatars du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, pp. 190 et 191. Dans un sens identique, K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 79.

²³⁹⁵ O. LALIEU, « L'invention du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 94.

²³⁹⁶ Entretien d'Annette Wieviorka, mis en ligne le 1^{er} janvier 2009, consulté le 5 mars 2018, disponible à l'adresse suivante, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20090101.RUE7530/annette-wieviorka-au-cambodge-on-attend-trop-de-la-justice.html>. La référence est citée par S. LEDOUX, *Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, *op. cit.*, p. 13. Voy. aussi S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du "devoir de mémoire" », *Le Débat*, 2012/3, pp. 175, 178 et 181 ; M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 99 (« [...] l'expression de "devoir de mémoire" serait "incroyablement vague", donc philosophiquement inacceptable ») ; C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 59.

²³⁹⁷ H. ROUSSO, E. CONAN, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Editions du Seuil, 1996, p. 396.

²³⁹⁸ A. PROST, *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Editions du Seuil, 2007, p. 306.

²³⁹⁹ S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 176.

Pour Paul Ricœur, « la prescription d'un "devoir" dans l'exercice de la mémoire peut conduire non pas seulement au "comble du bon usage", mais aussi au "comble de l'abus" »²⁴⁰⁰.

Christophe Bouton met en exergue, dans une contribution qui s'intitule *Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé*, plusieurs arguments venant déforer le devoir de mémoire et trois éléments en sa faveur²⁴⁰¹. Au titre des arguments négatifs, l'auteur avance le caractère confus de l'expression. Il évoque ensuite le risque qu'un surplus de mémoire aboutisse à tuer la mémoire ou l'histoire. Le devoir de mémoire perturbe le rôle salutaire de l'oubli, son excès amenant à la lassitude et au désintérêt pour la mémoire²⁴⁰². Troisièmement, l'auteur considère que le devoir favorise « une mémoire identitaire » voire des mémoires concurrentielles²⁴⁰³. La mémoire devient alors manipulable et présente des vérités historiques à géométrie variable. *In fine*, le devoir de mémoire permet à chaque identité de se forger sa propre mémoire, aboutissant à un certain « communautarisme »²⁴⁰⁴. Enfin, le devoir de mémoire engendre une « pénalisation du souvenir », à travers l'adoption de lois mémorielles, renvoyant au phénomène de victimisation décrit ci-avant et à la crainte d'une judiciarisation de la mémoire. En ce qui concerne les arguments en faveur de ce devoir, Christophe Bouton, s'appuyant sur les travaux de Paul Ricœur, indique qu'il peut être perçu comme un « impératif de justice », comme une dette dont nous serions redevables. Certes, on le verra ci-après, une dette davantage symbolique que juridique. Le devoir de mémoire permet ensuite de « redonner humanité et dignité aux victimes ». Celles-ci ne périssent pas dans l'oubli, elles sont symboliquement inhumées à travers le devoir de mémoire, elles qui ont disparu sans laisser aucune trace. Enfin, il s'inscrit comme un « rempart contre le retour de la violence » afin d'éviter la répétition des crimes. Certes, le passé démontre que cela n'a, semble-t-il, pas toujours fonctionné.

²⁴⁰⁰ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 98, l'auteur reprenant des propos de P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, pp. 105 et s.

²⁴⁰¹ C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, pp. 59 à 72. Sauf note contradictoire, l'ensemble des développements relatifs aux arguments en faveur et opposés au devoir de mémoire est tiré de la contribution de cet auteur.

²⁴⁰² Christophe Bouton met en exergue les nombreuses cérémonies de commémorations qui n'attirent pas les foules. Voy. dans un sens identique, H. U. THAMER, « Le "devoir de mémoire". Débats intellectuels et praxis culturelle en Allemagne *op. cit.*, p. 131.

²⁴⁰³ A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 40.

²⁴⁰⁴ R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, p. 175 ; E. KATTAN, *Penser le devoir de mémoire*, *op. cit.*, p. 11.

2. Le devoir de mémoire, un devoir juridique ?

447. - Le devoir de mémoire et le droit. Justifiées par ce devoir, des politiques de mémoire sont adoptées et imposées s'assimilant à « de véritables politiques publiques »²⁴⁰⁵. Le constat est aujourd'hui clair : ce devoir n'est pas un simple « gadget de communication politique vis-à-vis d'électeurs perçus comme de plus en plus sensibles à ces questions de mémoire. Il constitue un élément important dans les négociations et les stratégies de différents acteurs (responsables des pouvoirs exécutif et législatif, élus locaux, hauts fonctionnaires, entrepreneurs de mémoire, historiens) et dans les arbitrages inhérents aux politiques publiques de la mémoire »²⁴⁰⁶. D'une dimension purement historique, le devoir a pris une dimension politico-normative²⁴⁰⁷ engendrant quasiment des « droit[s] de mémoire »²⁴⁰⁸. Cette approche juridique se matérialise de trois façons différentes, selon que le devoir prenne la forme d'une dette, d'une responsabilité ou d'une volonté de (se) faire justice.

448. - Le devoir de mémoire est une dette. Premièrement, pour qu'il y ait devoir, sans doute faut-il une dette. Le terme « devoir » a d'ailleurs la même racine latine que le mot « dette » : « *debere*, de *de-habere* : *debito*, *debitum*, ou dette »²⁴⁰⁹. Ainsi, « [j]'ai un "devoir" lorsque j'ai quelque chose de quelqu'un, lorsque je dois quelque chose à quelqu'un ; ou encore, lorsque j'ai une dette envers lui ou envers elle. Le "devoir de mémoire" correspondrait donc à une dette : une dette de la mémoire ou du souvenir »²⁴¹⁰, « une dette à l'égard des victimes du passé »²⁴¹¹. Pour Paul Ricœur, « en certaines circonstances, en particulier lorsque l'historien est confronté à l'horrible, figure limite de l'histoire des victimes, la relation de dette se transforme en devoir

²⁴⁰⁵ S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, pp. 184 et 185. K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 78 (les auteurs évoquent « un dogme performatif aliénant »).

²⁴⁰⁶ S. LEDOUX, « Ecrire une histoire du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 185 ; O. LALIEU, « L'invention du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 85 (« [l]e souvenir est une arme, une arme politique dans son essence même »).

²⁴⁰⁷ Voy. *infra*.

²⁴⁰⁸ A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 42.

²⁴⁰⁹ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 104 ; M. BIENENSTOCK, « La mémoire : un "devoir" ? Réflexions sur les sens religieux, moral ou politique prêtés à la notion de "devoir" dans l'expression commune "devoir de mémoire" », *op. cit.*, pp. 25 et 26 ; C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 69 ; P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, *op. cit.*, pp. 105 à 108.

²⁴¹⁰ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 104 ; M. BIENENSTOCK, « La mémoire : un "devoir" ? Réflexions sur les sens religieux, moral ou politique prêtés à la notion de "devoir" dans l'expression commune "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 26 ; C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 69.

²⁴¹¹ C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 69. L'auteur rappelle que Jacques Chirac, dans un discours prononcé le 16 juillet 1995 en commémoration à la Rafle de Vél'd'Hiv', avait parlé à l'égard des Juifs déportés de « dettes imprescriptibles ».

de ne pas oublier »²⁴¹². Le rapport s'inscrit dans une relation judiciaire entre un ou plusieurs créancier(s) et un ou plusieurs débiteur(s)²⁴¹³. Pour autant, l'obligation qui découle de ces rapports est-elle juridique ? Sans doute pas, mais elle n'est jamais totalement éloignée de concepts juridiques. Ainsi, poursuivant son raisonnement, Myriam Bienenstock écrit que « [l]e devoir – ou la dette – de mémoire ne nous obligerait donc pas seulement à préserver la trace matérielle, écrite, d'événements passés. Ce devoir exigerait aussi de nous d'être conscients de la lourde dette que nous devons à nos prédécesseurs et de garder cette dette vivante »²⁴¹⁴. En définitive, la dette s'inscrit davantage dans une visée morale ou symbolique – voire politique – que juridique²⁴¹⁵. Les seules traces juridiques d'une telle dette sont à trouver dans l'adoption des lois mémorielles et des lois d'imprescriptibilité (voy. *infra*).

449. - Le devoir de mémoire est une responsabilité. Deuxièmement, le devoir de mémoire engage une « responsabilité envers le passé »²⁴¹⁶. Cette responsabilité est soit d'ordre moral, entendue comme « la conscience d'être l'auteur incontestable d'un événement ou d'un objet », soit dans une moindre mesure d'ordre juridique, entendue alors comme « l'imputation des actes commis en fonction de normes instituées », faisant entrer le sujet dans le régime d'une culpabilité potentielle. Pour Christophe Bouton, « [l]e devoir de mémoire est une forme de responsabilité tournée vers le passé : je suis responsable de ce qu'un passé spécifique ne soit pas oublié. Mais il n'est pas réductible à un problème de faute ou de culpabilité (qu'elle soit juridique ou morale). [...] le devoir de mémoire ne s'adresse pas uniquement à ceux qui sont responsables juridiquement ou moralement des crimes dont il faut se souvenir. Si tel était le cas, ces crimes pourraient tomber dans l'oubli une fois disparues les générations de coupables. Or, le devoir de mémoire est transgénérationnel. Plus le temps passe, moins il est une affaire de culpabilité, du fait de la mort des acteurs, et plus il devient une question de responsabilité, dans la mesure où les nouvelles générations continuent de perpétrer le souvenir, même si elles n'ont pas participé aux crimes passés. La responsabilité mise en jeu par le devoir de mémoire est la

²⁴¹² P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Editions du Seuil, 1990, p. 197.

²⁴¹³ A ce propos, voy. les réflexions de Nietzsche, résumées par Myriam Bienenstock (M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 104) : poursuivant son raisonnement sur la dette, l'auteure rappelle que « Nietzsche, dans sa *Généalogie de la morale*, avait fortement souligné la signification, toute matérielle, du concept moral majeur de *Schuld* : un terme qui en allemand signifie “faute”, ou “culpabilité”, mais qui renvoie aussi à la dette et au fait d’“avoir des dettes” (*Schulden*). Nietzsche écrivait aussi que nos concepts moraux – ceux de “faute” (*Schuld*), de “conscience” (*Gewissen*) et aussi de “devoir” (*Pflicht*) – seraient nés dans cette sphère-là, celle des rapports contractuels entre créancier et débiteur » (F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, *Deuxième dissertation*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 1971, sections 4-6, pp. 66 à 71).

²⁴¹⁴ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 106.

²⁴¹⁵ En ce sens, O. LALIEU, « L'invention du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 84.

²⁴¹⁶ C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, pp. 55 à 56.

conscience d'être concerné par des événements passés indépendants de soi, dont on n'est pas l'auteur »²⁴¹⁷. Cette responsabilité se détache alors de la notion de culpabilité, chère au droit, puisqu'elle n'est pas – ou plus – attachée à un dispositif pénal particulier.

450. - Le devoir de mémoire est un moyen de se faire justice. Troisièmement, comme souligné par Paul Ricœur, le devoir de mémoire s'entend d'un souci de justice : « nous aurions un devoir de mémoire afin d'exercer la justice, c'est-à-dire de rendre, ou de transmettre, ce que nous avons reçu à ceux dont nous sommes débiteurs »²⁴¹⁸. Il prend forme par l'organisation de tribunaux et de procès : pensons au Tribunal de Nuremberg, à la Cour pénale internationale, au Tribunal international pour le Rwanda, celui pour la Sierra Leone, le Cambodge ou encore le Liban²⁴¹⁹. Pensons encore aux commissions « vérité et réconciliation » en Afrique du Sud. Inscrit dans un processus de reconnaissance des victimes, le devoir de mémoire se veut être le fondement « d'une "justice universelle" »²⁴²⁰ permettant aussi de leur reconnaître le statut de victime²⁴²¹ et de leur accorder une indemnisation²⁴²². Autrement dit, l'exigence de justice devient une exigence de mémoire. Depuis plusieurs années, ce sont souvent les victimes indirectes qui agissent devant les tribunaux « non seulement par compassion ou affection pour la victime directe [avec laquelle elles ont un lien], mais au nom de ce qu'il est convenu d'appeler le "devoir de mémoire" »²⁴²³. Cela étant, encore faut-il pouvoir légalement introduire ces actions judiciaires. A défaut, l'action de ces victimes indirectes, c'est-à-dire « la façon dont elles accomplissent ce qu'elles jugent être le devoir [...] prend alors la forme d'une action judiciaire métaphorique, d'une poursuite et d'un procès fictifs, qui se donnent les apparences d'une procédure judiciaire, sans en avoir la réalité »²⁴²⁴. Elles cherchent à trouver un juge en l'opinion publique, les historiens ou les institutions représentatives. Ceux-ci ne peuvent toutefois assumer pleinement la fonction judiciaire de sorte qu'un tel procès fictif est biaisé.

Dans ces circonstances, un constat doit être dressé : « les militants du devoir de mémoire s'adressent à un juge introuvable, mais au surplus ils lui demandent de juger un coupable qui

²⁴¹⁷ *Ibidem*.

²⁴¹⁸ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 106.

²⁴¹⁹ A ce propos, voy. quelques développements proposés par A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, pp. 48 à 51.

²⁴²⁰ *Ibidem*, p. 39.

²⁴²¹ Voy. *supra*.

²⁴²² J.-P. RIOUX, « Les avatars du "devoir de mémoire" », *op. cit.*, p. 189.

²⁴²³ E. TERRAY, *Face aux abus de la mémoire*, *op. cit.*, p. 23. Voy. par exemple les procès intentés par Serge et Beate Klarsfeld. Pensons aussi aux procès Barbie et Papon.

²⁴²⁴ E. TERRAY, *Face aux abus de la mémoire*, *op. cit.*, p. 24.

est, lui aussi, introuvable »²⁴²⁵. Et lorsque des procès réels ont lieu, ils concrétisent et façonnent une mémoire collective imposée par décision judiciaire²⁴²⁶. Les procès historiques à l'encontre des dirigeants nazis « visaient non seulement à éclaircir les faits historiques, mais aussi à délimiter, dans ces faits, des morales claires et façonner les limites de la mémoire collective »²⁴²⁷. Cela étant, « [l]e culte de la mémoire ne sert pas toujours la justice ; il n'est pas non plus forcément favorable à la mémoire elle-même »²⁴²⁸. La question finalement posée est celle de savoir si la justice est encore dans son rôle propre : le risque serait de faire de la justice un instrument de la mémoire. Or, tel n'est pas la fonction première des juridictions, les magistrats n'étant pas formés pour servir l'histoire. Emmanuel Terray rappelle que « la vérité judiciaire n'est pas la vérité historique »²⁴²⁹. La fonction première du juge n'est pas celle d'écrire l'histoire – tout comme cette aptitude n'est pas celle du législateur²⁴³⁰. Cela étant, les démarches des juges et des historiens ont des traits semblables en ce que tous « s'efforcent de rassembler des preuves, ou plus souvent des indices, qui leur permettent d'approcher une vérité »²⁴³¹. Olivier Lalieu évoque le procès de Klaus Barbie organisé en 1987 qui, selon lui, a permis de révéler le « devoir de mémoire » au grand public, « c'est-à-dire la légitimité, plusieurs années après les faits évoqués, d'en demander réparation et d'en tirer des leçons »²⁴³². Il confirme que la portée d'un tel procès dépasse bien évidemment le seul champ judiciaire pour s'inscrire dans une dimension historico-pédagogique²⁴³³. Le procès de Maurice Papon en 1997 a le même impact. De même que le procès de Paul Touvier, ancien fonctionnaire français ayant

²⁴²⁵ *Ibidem*, pp. 29 et 33.

²⁴²⁶ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, 95.

²⁴²⁷ L. DOUGLAS, « Régenter le passé : le négationnisme et la loi », in F. BRAYARD (dir.), *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*, Bruxelles, Editions Complexe, 2000, pp. 213, cité par K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 95, note 65.

²⁴²⁸ T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, *op. cit.*, p. 57.

²⁴²⁹ E. TERRAY, *Face aux abus de la mémoire*, *op. cit.*, p. 27. Voy. aussi E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 516.

²⁴³⁰ Voy. ci-après, les développements relatifs aux lois mémorielles (*infra*).

²⁴³¹ R. ROTH, « Le juge et l'histoire », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 5 ; E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *op. cit.*, p. 515.

²⁴³² O. LALIEU, « L'invention du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 93. La question du champ d'application *ratione temporis* de cette réparation doit aussi se poser. Voy. à ce propos A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 41.

²⁴³³ A cet égard, le Premier ministre français Pierre Mauroy a lui-même évoqué le caractère pédagogique d'un tel procès. Il souligne la nécessité d'un tel procès pour que les Français ne puissent oublier leur propre histoire. En outre, il considère qu'il est fondamental que les « jeunes générations sachent ce qui a été alors vécu, pour être prêtes à toujours sauvegarder la dignité de leur patrie et plus encore la dignité de l'homme » (ces propos sont rapportés par M. SZAFRAN, *Simone Veil. Destin*, Paris, Flammarion, 1994, p. 264, et cités par O. LALIEU, « L'invention du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 93). Dans le même sens, voy. J.-P. RIOUX, « Les avatars du “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 187.

collaboré avec le régime de Vichy : « gracié une première fois, en 1972, par le Président Pompidou qui souhaitait “jeter le voile” sur cette période où les Français “ne s’aimaient pas”, le voilà condamné, vingt-deux ans plus tard, pour crimes contre l’humanité. Comme le souligne François Hartog : “*Il s’agissait pourtant du même Touvier. Mais le temps a fonctionné à rebours. Bien loin d’avoir apporté l’oubli, il a ravivé la mémoire, reconstruit et imposé le souvenir. Avec la temporalité jusqu’alors inédite créée par le crime contre l’humanité, le temps ‘ne passe’ pas : le criminel demeure contemporain de son crime*” »²⁴³⁴.

451. - Le devoir de mémoire, un devoir pluriel ? Pour Myriam Bienenstock, « il serait erroné, à notre époque, de réduire ce devoir à une obligation purement morale »²⁴³⁵, tout comme il ne peut être limité à sa seule dimension historique. Le devoir de mémoire serait en réalité un principe d’ordre politique, associé à une obligation éthique, découlant de l’idée première d’être citoyen d’un Etat²⁴³⁶, inscrit dans une dimension historique. Ainsi, « [c]’est en ce sens, le terme de “politique” étant entendu en un sens “éthique” que je voudrais avancer la thèse selon laquelle le “devoir de mémoire” est un devoir politique par excellence. Dire qu’il est un devoir politique signifie alors qu’il y a, inhérentes en lui, des obligations qui ne sont pas les mêmes pour les Allemands, pour les Israéliens et pour les Français »²⁴³⁷.

En réalité, toutes ces dimensions se recouvrent et sont indissociables²⁴³⁸. René Rémond explique que la controverse autour du devoir de mémoire est marquée par un élément nouveau : il considère que « la recherche de la vérité en histoire n’est plus seulement une exigence de la raison, l’expression du désir de savoir ce qui s’est effectivement passé ; c’est aussi une exigence d’ordre éthique et, qui y manquerait, contreviendrait à une obligation d’ordre moral »²⁴³⁹.

²⁴³⁴ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l’histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d’expression ? », *op. cit.*, 96, les auteurs reprenant F. HARTOG, *Régime d’historicité. Présentisme et expériences de temps*, Paris, Seuil, 2003, p. 130. Sur les crimes contre l’humanité et leur imprescriptibilité, voy. *infra*.

²⁴³⁵ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 113. Voy. les développements de cette thèse en pp. 113 et 114. Elle ajoute qu’il serait aussi « erroné de le considérer comme une obligation d’ordre essentiellement religieux », faisant ici écho aux consécration biblique du devoir. Dans le même sens, C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 54.

²⁴³⁶ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, pp. 114 et 115. L’auteure s’appuie notamment sur les travaux d’Hegel pour arriver à ce postulat. Voy. aussi, C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, p. 54.

²⁴³⁷ M. BIENENSTOCK, « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *op. cit.*, p. 115 ; M. BIENENSTOCK, « Présentation », *op. cit.*, 2014, p. 5.

²⁴³⁸ M. BIENENSTOCK, « La mémoire : un “devoir” ? Réflexions sur les sens religieux, moral ou politique prêtés à la notion de “devoir” dans l’expression commune “devoir de mémoire” », *op. cit.*, p. 18.

²⁴³⁹ R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, p. 169.

3. Quand la loi impose la mémoire

452. - Le devoir juridique de mémoire : la mémoire imposée par la loi. Les études à la croisée du droit et de la mémoire restent assez rares²⁴⁴⁰. En réalité, ceci s'explique par le fait que, dans les sociétés démocratiques, le droit n'a pas vocation première à s'immiscer dans l'histoire. En effet, « [l']interventionnisme de l'Etat dans l'étude et l'appréhension, voire la réécriture pure et simple, de l'histoire est généralement le fait de régimes totalitaires dans lesquels le contrôle public sur la société s'étend jusqu'à la manière de concevoir les événements passés fondateurs du pacte social »²⁴⁴¹. Pour Tzvetan Todorov, « [a]ucune instance supérieure, dans l'Etat, ne devrait pouvoir dire : vous n'avez pas le droit de chercher par vous-même la vérité des faits, ceux qui n'acceptent pas la version officielle du passé seront punis. Il y va de la définition même de la vie en démocratie : les individus comme les groupes ont le droit de savoir, donc aussi de connaître et de faire connaître leur propre histoire ; ce n'est pas au pouvoir central de le leur interdire ou permettre. [...] ce n'est pas à la loi de dire l'histoire [...] »²⁴⁴². *A priori*, les sociétés démocratiques n'entrent pas dans de telles considérations historiques, soutenant que les libertés doivent prévaloir : la liberté de recherche historique, la liberté d'expression, la liberté d'opinion. La réalité est néanmoins différente : « les enjeux de mémoire sont [à ce point] importants pour assurer la cohésion de la société » que les pouvoirs législatifs adoptent des dispositions relatives à l'appréhension de la mémoire et des événements du passé. Pour ce faire, les législateurs ont deux moyens d'action. Premièrement, ils frappent du sceau de l'imprescriptibilité certains crimes (a). Deuxièmement, ils adoptent des lois dites « mémorielles » (b). Une telle appropriation de la sphère historique n'est cependant pas exempte de critique (c).

a) Les lois d'imprescriptibilité

²⁴⁴⁰ M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 1/21. L'auteur précise que des études ont déjà été faites à propos de diffamation à l'égard d'une personne décédée, visant plus particulièrement un cas de négationnisme. A cette occasion, les rapports entre les juges et les historiens ont pu faire l'objet d'une analyse.

²⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 2/21.

²⁴⁴² T. TODOROV, *Les Abus de la Mémoire*, *op. cit.*, p. 15. Dans le même sens, voy. l'audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 189.

453. - Définition, portée et effets. Les lois d'imprescriptibilité insèrent le devoir de mémoire dans la réglementation²⁴⁴³ en formant un trait d'union entre passé et avenir : Antoine Bailleux indique que ces lois permettent « l'ouverture du droit pénal tant vers l'avenir (comme promesse de justice) que vers le passé (comme volonté de mémoire) – et l'ambition de l'Etat d'instituer le lien social »²⁴⁴⁴.

L'imprescriptibilité garantit l'intervention judiciaire « contre l'érosion normale due au temps. Il s'agit donc d'un barrage de nature juridique, dressé à l'encontre d'un effet par ailleurs tenu pour légitime. En d'autres termes, est "imprescriptible" ce que le temps ne saurait user ni détruire »²⁴⁴⁵. L'imprescriptibilité « consiste à reculer à l'infini les limites de l'oubli (prescription) comme, implicitement, du pardon (amnistie) » et crée alors un « droit à la mémoire »²⁴⁴⁶. Se développant notamment dans le cadre du droit pénal international, l'imprescriptibilité s'impose pour les « crimes de l'histoire »²⁴⁴⁷, c'est-à-dire les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, pour ne pas favoriser leur impunité²⁴⁴⁸. Ce dessein implique qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps, les juges se fassent, en partie, historiens : en poursuivant et éventuellement condamnant ces individus, ils font œuvre d'histoire²⁴⁴⁹. Ce rôle leur est toutefois imposé : il ne s'agit pas d'une appropriation volontaire de leur part²⁴⁵⁰. Selon Paul Martens, cette imprescriptibilité traduit en réalité un usage du droit qui vise à « perturber les derniers souffles de vie qui restent encore au coupable, pour lui signifier qu'il n'a pas encore et qu'il n'aura jamais droit à la dédramatisation de l'histoire car il y restera avec la marque du

²⁴⁴³ E. TERRAY, *Face aux abus de mémoire*, op. cit., p. 47. A propos des crimes contre l'humanité, voy. N. MAMÈRE, « L'impunité et le devoir de mémoire », *Mouvements*, 2008/1, p. 23.

²⁴⁴⁴ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 55.

²⁴⁴⁵ J.-F. GAREAU, « Insoutenable imprescriptibilité à la lettre : note sur l'interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l'histoire », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 27.

²⁴⁴⁶ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications*, 1989/49, *La mémoire et l'oubli*, p. 221.

²⁴⁴⁷ L'expression est tirée de l'ouvrage L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 5.

²⁴⁴⁸ F. ANDREU, V. REYNA, « Les obstacles juridiques et politiques à l'exercice de la répression », in *Lutter contre l'impunité. Actes du colloque tenu à Bruxelles, du 11 au 13 mars 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 49.

²⁴⁴⁹ En ce sens, K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », op. cit., p. 82 ; J.-P. RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », op. cit., p. 162.

²⁴⁵⁰ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », op. cit., p. 82.

condamné, indélébile et non révisable »²⁴⁵¹. Et de continuer son propos en soulignant que « [l]a différence entre la justice et l'histoire, c'est que la première a la goût des affaires classées, la seconde ne les classe jamais définitivement, au contraire, elle ne cesse de les relire et c'est un délice pour l'historien de nous apprendre que celui dont l'imagerie populaire avait fait un monstre sanguinaire ou un souverain cynique était en réalité un homme fragile ou philanthropique. Si l'histoire devient l'affaire des juges, les historiens deviennent, non seulement leurs témoins obligés, mais aussi leurs justiciables et ils peuvent être amenés à répondre devant eux des vices de leur méthode et des erreurs de leur appréciation puisque la faute civile est capable d'accueillir tout écart de conduite que les juges décideront d'y mettre »²⁴⁵².

Plusieurs textes de portée internationale consacrent l'imprescriptibilité. Le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies a adopté le 26 novembre 1968 la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité²⁴⁵³. Le Conseil de l'Europe a fait de même le 25 janvier 1974. L'article 1^{er} de cette Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre²⁴⁵⁴ indique que « [t]out Etat contractant s'engage à prendre les mesures nécessaires afin que la prescription soit inapplicable à la poursuite des infractions suivantes et à l'exécution des peines prononcées pour de telles infractions », citant ensuite les crimes repris dans son titre. L'Etat belge a ratifié cette convention par la loi du 27 février 2003 lui portant assentiment²⁴⁵⁵.

L'imprescriptibilité permet au devoir de mémoire de prévaloir sur l'oubli. Elle consacre l'idée selon laquelle seule la justice – même tardive – serait apte à « redonner aux victimes leur place dans la mémoire collective »²⁴⁵⁶. Pour Marc Verdussen et Elise Degrave, cette « domination obsessionnelle et dogmatique du devoir de mémoire » s'expliquerait par notre

²⁴⁵¹ P. MARTENS, « Temps, mémoire, oubli et droit », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 734.

²⁴⁵² *Ibidem*.

²⁴⁵³ Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968, entrée en vigueur : le 11 novembre 1970, conformément aux dispositions de l'article VIII.

²⁴⁵⁴ Convention européenne du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

²⁴⁵⁵ Loi du 27 février 2003 portant assentiment à la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, faite à Strasbourg le 25 janvier 1974, *M.B.*, 30 juillet 2003.

²⁴⁵⁶ Paul Martens cite ici Robert Badinter, lui-même cité par D. BENSAÏD, *Qui est le juge ?*, Paris Fayard, 1998, p. 34.

impuissance à faire « face au présent et à l'avenir »²⁴⁵⁷. En outre, dans bien des cas, ces procès avec, à leur clé, des décisions judiciaires, n'apportent nullement l'apaisement nécessaire souhaité par les victimes. L'imprescriptibilité est-elle alors nécessaire ? Malgré ces inconvénients, trois éléments peuvent expliquer son utilité²⁴⁵⁸. Premièrement, elle satisfait en partie l'exigence de justice. Deuxièmement, elle permet de « [s]'inscrire dans un processus quasi culturel : d'une certaine manière, l'histoire de la répression dont fut victime un peuple appartient à son patrimoine culturel ». Troisièmement, elle permet de « [j]ouer un rôle pédagogique », s'inscrivant alors dans la mémorisation collective de ces faits.

b) Les lois mémorielles

454. - Introduction. Le débat autour des lois mémorielles ne se limite pas à de simples discussions entre juristes : de nombreuses sciences humaines s'intéressent à ce phénomène. Globalement, il oppose ceux « qui considèrent qu'il n'appartient à aucune autorité publique d'écrire l'histoire (certains parlent même de “soviétisation” de l'histoire) et d'autres estimant que la loi peut aider à défendre la vérité historique »²⁴⁵⁹.

- Définition et typologie des lois mémorielles

455. - Définir les lois mémorielles. L'expression « loi mémorielle » apparaîtrait seulement en 2005, dans une tribune publiée dans le journal *Le Monde*²⁴⁶⁰. Pourtant, des normes plus anciennes sont aujourd'hui étiquetées de la sorte²⁴⁶¹. Ces lois, qualifiées par Robert Badinter de

²⁴⁵⁷ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, op. cit., p. 14. Les auteurs citent E. TERRAY, *Face aux abus de mémoire*, op. cit., pp. 62 et 64.

²⁴⁵⁸ L. JOINET, « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », op. cit., p. 221. Les citations dans le paragraphe sont toutes reprises de cette contribution.

²⁴⁵⁹ A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », op. cit., p. 38. Concernant cette deuxième catégorie, l'auteur renvoie à P. NORA, *Présent, nation, mémoire*, Paris, Gallimard, 2011, et V. DUCLERT, *L'Europe a-t-elle besoin des intellectuels turcs ?*, Paris, Armand Colin, 2010.

²⁴⁶⁰ F. CHANDERNAGOR, « L'enfer des bonnes intentions », *Le Monde*, 17 décembre 2005, disponible à l'adresse suivante, www.lemonde.fr, mis en ligne le 16 décembre 2005, consulté le 12 avril 2018.

²⁴⁶¹ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 94. Voy. Assemblée nationale, Rapport d'information du 18 novembre 2008 fait au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, disponible sur le site suivant, www.assemblee-nationale.fr. Pour l'historicité des principales lois mémorielles, voy. K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », op. cit., pp. 102 à 124.

« lois compassionnelles »²⁴⁶², renvoient à une catégorie large dans laquelle plusieurs types de normes cohabitent. Elles ont cependant en commun d'être de l'ordre du symbolique, voire de l'emblématique²⁴⁶³, et de porter sur des pans de l'histoire d'un Etat. Elles s'inscrivent dans une dimension commémorative : elles ont pour volonté de « 'dire' l'histoire, voire la qualifier en recourant à des concepts juridiques contemporains comme le génocide ou le crime contre l'humanité pour, d'une manière ou d'une autre, faire œuvre de justice au travers de la reconnaissance de souffrances passées »²⁴⁶⁴.

Témoignant d'une importance, certes soudaine²⁴⁶⁵, que le législateur accorde à l'appréhension des événements du passé²⁴⁶⁶, c'est en France que le nombre de lois mémorielles a significativement augmenté, spécialement entre 1990 (adoption de la « loi Gayssot »²⁴⁶⁷) et 2005 (adoption de la « loi Mekachera »)²⁴⁶⁸. Pour Marc Frangi, ce phénomène s'explique de la

²⁴⁶² Audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, *op. cit.*, p. 188.

²⁴⁶³ A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁶⁴ Rapport d'information fait devant l'Assemblée nationale en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, sous la présidence de B. Accoyer, 18 novembre 2008, p. 34, disponible sur le site internet suivant, www.assemblee-nationale.fr.

²⁴⁶⁵ Sur ce sujet, voy. K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, pp. 92 et s.

²⁴⁶⁶ Voy. en ce sens A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, pp. 37 et 38 (« [o]n peut aussi dénoncer les caractères tribaux et communautaristes ainsi que les visées électoralistes de ces lois mémorielles et le "corpus" juridique accompagnant cette législation. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'un mouvement important de nos sociétés. Ces nouvelles normes peuvent être un moment de retrouvaille d'une minorité avec son histoire »).

²⁴⁶⁷ Sur les origines de ladite loi, voy. K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, pp. 113 et 114.

²⁴⁶⁸ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *J.O.R.F.*, 24 février 2005 p. 3128. Voy. cependant, en 2012, la proposition de loi fr. visant à réprimer la contestation de l'existence de génocides reconnus par la loi (loi dite « Boyer »). Celle-ci ayant été déférée devant le Conseil constitutionnel français, elle a été jugée contraire à la Constitution française, et notamment comme représentant une atteinte non justifiée à la liberté d'expression (Cons. const. fr., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, disponible sur le site internet suivant, www.conseil-constitutionnel.fr (consulté le 6 janvier 2017)). Cette proposition de loi a abouti, cependant, à la loi du 23 janvier 2012. Pour Marie-Hélène de Callatay, « la sanction par le Conseil constitutionnel [...] semble avoir mis fin (provisoirement ?) aux diverses tentatives émanant soit du gouvernement, soit de parlementaires, de légiférer en la matière » (M.-H. DE CALLATAY, *Les lois mémorielles. Nécessité ou dérive ?*, mémoire de Master 2, Faculté de droit, UCL, année académique 2013-2014, p. 41). Quant aux lois adoptées durant cette période, citons la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité (dite « Loi Taubira », *J.O.R.F.*, 23 mai 2001 p. 8175) ; la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (*J.O.R.F.*, 30 janvier 2001 p. 1590) ; la loi n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France (*J.O.R.F.*, 11 juillet 2000, p. 10483) ; la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc » (*J.O.R.F.*, 20 octobre 1999, p. 15647) ; la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie (*J.O.R.F.*, 14 juin 1994 p. 8567). Plus ancienne, voy. la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme (dite « loi Pleven », *J.O.R.F.*, 2 juillet 1972 p. 6803).

manière suivante : « [l]e récent développement des lois mémorielles a coïncidé [...] avec l'apparition d'une tendance au communautarisme en rupture avec le dogme hérité de la Révolution de 1789 de l'unité du peuple français »²⁴⁶⁹. Cette mise en péril du principe d'unité a d'ores et déjà été mise en lumière dans l'émergence des revendications liées au devoir de mémoire.

456. - Catégoriser les lois mémorielles. On l'a dit, les lois mémorielles regroupent plusieurs types de norme : « [s]i l'expression "lois mémorielles" désigne des textes juridiques faisant tous, sans conteste, référence à un fait de l'Histoire, reste qu'il s'agit en l'occurrence de textes dotés de fonctions distinctes »²⁴⁷⁰. L'expression englobe « variétés de textes aux fonction et objet différents »²⁴⁷¹. Il est cependant possible de classer ces lois en trois catégories²⁴⁷².

La première regroupe les lois strictement mémorielles ou purement déclaratives²⁴⁷³. Elles permettent aux « élus de la Nation, au risque de déclencher une guerre des mémoires, [...] [de] reconnaître officiellement l'existence de certains événements du passé »²⁴⁷⁴. Il s'agit des « textes adoptés par le parlement, selon la procédure législative, dont l'objet exclusif ou principal est de commémorer ou de reconnaître l'existence d'un événement passé en se bornant à en affirmer la réalité mais sans créer de norme juridique. En particulier, la loi mémorielle ne prévoit aucun mécanisme de sanction, d'indemnisation ou de délivrance d'un titre quelconque »²⁴⁷⁵. Son seul objet est « de constater un fait, que la société considère comme étant historique, à la fois par consensus et par la qualification qui lui est donnée par les historiens, sans réprimer la méconnaissance ou l'indifférence éventuelle du public vis-à-vis de

²⁴⁶⁹ M. FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 4/21.

²⁴⁷⁰ S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *Revue arménienne des questions contemporaines*, 2012/15, disponible sur le site www.journals.openedition.org/eac/438, mis en ligne le 1^{er} décembre 2014, consulté le 12 avril 2018, p. 2, n° 5.

²⁴⁷¹ S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, p. 3, n° 8 et p. 6, n° 17 (l'auteur y écrit que « les lois mémorielles opéreraient toutes une sorte de "mélange des genres" néfaste et dangereux – alors même que c'est avant tout l'amalgame trompeur entre les diverses lois dont il s'agit, sur lequel est construit cette dénonciation, qui est porteur de nombreux et importants malentendus » ; voy. à ce propos les critiques évoquées ci-après (*infra*)).

²⁴⁷² Sur une typologie de ces lois, voy. aussi A. MERGUERIAN, *La loi et la mémoire des génocides*, mémoire, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2018, prom. : Marc Verdussen, pp. 28 à 37.

²⁴⁷³ A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *Pouvoirs*, 2012/4, p. 149.

²⁴⁷⁴ M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, p. 14.

²⁴⁷⁵ M. FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 2/21.

l'événement ainsi reconnu »²⁴⁷⁶. Pour l'Assemblée nationale française, ces textes se réfèrent « à un événement du passé, non pour punir rétroactivement ses auteurs, mais pour établir entre le passé et le présent un lien de 'reconnaissance', dans toutes les significations de ce mot : le constat d'une réalité, l'expression d'une gratitude ou au contraire la contraction d'une dette »²⁴⁷⁷. La portée des lois strictement mémorielles est éminemment politique puisqu'il s'agit de reconnaître un fait historique et de le considérer comme une vérité historique. Ces textes n'ont par conséquent aucun effet légal direct²⁴⁷⁸. Alors qu'il n'existe, en Belgique, aucune loi strictement mémorielle, la France adopte en 2001 une loi reconnaissant le génocide arménien qu'entre dans cette première catégorie des lois mémorielles²⁴⁷⁹.

De cette première catégorie découle une deuxième : les « lois de reconnaissance législative »²⁴⁸⁰. Il s'agit des lois qui « sans être de nature pénale, ont une fonction normative parce qu'elles énoncent des règles de droit qui posent un certain nombre de prescriptions »²⁴⁸¹. Tel est le cas de la « loi Taubira » relative à la reconnaissance de l'esclavage et de la traite négrière²⁴⁸² ainsi que de la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés²⁴⁸³. Alors que la première permet à des associations de se porter parties civiles dans le cadre d'une procédure judiciaire pour

²⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 6/21.

²⁴⁷⁷ Rapport d'information fait devant l'Assemblée nationale en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, sous la présidence de B. Accoyer, 18 novembre 2008, disponible sur le site internet suivant, www.assemblee-nationale.fr.

²⁴⁷⁸ T. HOCHMANN, *Law's Holocaust Denial, Genocide Denial and the Law*, Oxford, Oxford University press, 2011, p. 30.

²⁴⁷⁹ Loi fr. n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien en 1915, *J.O.R.F.*, 30 janvier 2001.

²⁴⁸⁰ A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *op. cit.*, p. 149.

²⁴⁸¹ *Ibidem*.

²⁴⁸² Loi fr. n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance des traites et des esclavages comme crime contre l'humanité, *J.O.R.F.*, 23 mai 2001. Marc Frangi considère cette loi comme étant partiellement mémorielle. Cela étant, il se limite à faire une double distinction et non une triple (voy. M. FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 11/21).

²⁴⁸³ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *J.O.R.F.*, 24 février 2005 p. 3128. L'une des dispositions litigieuses de cette loi (l'article 4 rédigé initialement comme suit : « [l]es programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. La coopération permettant la mise en relation des sources orales et écrites disponibles en France et à l'étranger est encouragée ») a été partiellement abrogée par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006. Cette même disposition avait été « délégalisée » par une décision du Conseil constitutionnel français du 31 janvier 2006 (n° 2006-203). Depuis, l'article se lit comme suit : « [l]es programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. La coopération permettant la mise en relation des sources orales et écrites disponibles en France et à l'étranger est encouragée ». La loi du 23 février 2005 est rapidement commentée par Emmanuel Cartier (E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *op. cit.*, p. 530).

discrimination ou injure, la seconde définit les droits des harkis²⁴⁸⁴. Dans cette deuxième catégorie entre encore deux propositions belges de résolution²⁴⁸⁵. *Primo*, la proposition de résolution du 16 octobre 2002 relative à l'établissement des faits et des responsabilités éventuelles d'autorité belges dans les persécutions et la déportation des juifs en Belgique au cours de la Seconde guerre mondiale²⁴⁸⁶. *Deuxio*, la proposition de résolution du 14 février 2017 concernant le travail de mémoire à mener en vue de l'établissement des faits afin de permettre la reconnaissance de l'implication des diverses institutions belges dans la colonisation du Congo, du Rwanda et du Burundi²⁴⁸⁷.

La troisième catégorie est constituée des lois partiellement mémorielles, présentant – enfin – une réelle normativité. Ces textes comportent non seulement une partie relative à la reconnaissance de faits historiques, mais aussi un volet répressif visant à pénaliser toute personne qui irait à l'encontre de cette vérité établie par la loi. Ces lois ne doivent pas être confondues avec d'autres normes qui résultent d'une intervention législative – et éventuellement réglementaire – visant à « compenser, dans le cadre de l'Etat providence, les conséquences individuelles dommageables de certains événements passés, comme ce fut le cas [en France] au lendemain des deux guerres mondiales ou des guerres coloniales pour indemniser par diverses lois les victimes militaires et civiles de ces conflits ainsi que leurs ayants droit »²⁴⁸⁸. Ces dernières lois se distinguent des lois mémorielles en ce qu'elles organisent généralement un système d'indemnisation dans le but de réparer le préjudice que des événements ont pu causer à des particuliers ou à la collectivité. En Belgique, la loi du 23 mars

²⁴⁸⁴ Le harki est un « [m]ilitaire indigène d'Afrique du Nord qui servait dans une milice supplétive (une *harka*) aux côtés des français » (*Le Petit Robert*, 1996, v° *harki*) durant la guerre d'Algérie. Voy., pour leurs droits, l'article 5 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005.

²⁴⁸⁵ Bien qu'il ne s'agisse pas de loi au sens strict, il apparaît intéressant de les mentionner. Elles participent en effet pleinement à la démarche mémorielle et peuvent, sous ce prisme, être assimilées aux lois analysées.

²⁴⁸⁶ Proposition de résolution du 16 octobre 2002 relative à l'établissement des faits et des responsabilités éventuelles d'autorité belges dans les persécutions et la déportation des juifs en Belgique au cours de la Seconde guerre mondiale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 2002-2003, n° 1311/1. La proposition est adoptée en Commission des affaires institutionnelles le 11 février 2003.

²⁴⁸⁷ Proposition de résolution du 14 février 2017 concernant le travail de mémoire à mener en vue de l'établissement des faits afin de permettre la reconnaissance de l'implication des diverses institutions belges dans la colonisation du Congo, du Rwanda et du Burundi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2307/001.

²⁴⁸⁸ M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 2/21. Voy. par exemple une loi espagnole n° 52/2007 du 26 décembre 2007 pour que soient reconnus et étendus les droits et que soient établis des moyens en faveur de ceux qui ont souffert de persécution ou de violence durant la Guerre civile et la Dictature (Ley por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura).

1995²⁴⁸⁹ peut être qualifiée de loi partiellement mémorielle²⁴⁹⁰. En effet, tout en reconnaissant l'existence du génocide commis durant la Seconde guerre mondiale, la loi contient aussi un volet répressif en cas de négation, minimisation, justification ou approbation de ce génocide. En France, la loi dite « Gayssot » est un autre exemple²⁴⁹¹. Pourtant, ladite loi est considérée par certains comme exempte de cette étiquette de « loi mémorielle » (voy. *infra*).

- Les lois mémorielles et leur contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme et les cours suprêmes nationales

457. - La constitutionnalité des lois mémorielles en question. Les lois mémorielles posent la question de leur constitutionnalité. En effet, est-ce là le rôle des législateurs nationaux que de s'ériger en juges de l'histoire et, plus globalement, de « dicter leur conduite aux chercheurs, en particulier aux historiens, sous peine de sanctions pénales »²⁴⁹² ? En outre, ces lois se heurtent quasiment frontalement à la liberté d'expression en ce qu'elles interdisent de pouvoir tenir un certain type de discours. Tant les cours suprêmes belge et française que la Cour européenne des droits de l'homme ont eu l'occasion de se pencher sur ce conflit de normes.

²⁴⁸⁹ Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996. La loi a été modifiée en 1999 (loi du 7 mai 1999 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, ainsi que la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *M.B.*, 25 juin 1999) ainsi qu'en 2013 (loi du 17 août 2013 adaptant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en vue de le transformer en un Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains, *M.B.*, 5 mars 2014). Pour un commentaire de la loi initiale, voy. B. BLERO, « La répression légale du révisionnisme », *J.T.*, 1996, pp. 333 à 337.

²⁴⁹⁰ Selon Edouard Delruelle, « la loi contre le négationnisme n'est pas [...] une loi mémorielle. La construction d'une mémoire collective, d'un "grand récit" permettant à chacun de rapporter sa petite histoire à la grande, et d'intégrer les trajectoires de tous les groupes et de toutes les communautés dans une même narration, est sans doute une nécessité pour toute communauté politique. Elle passe par l'école, la littérature, les médias, etc., c'est-à-dire par des productions "positives" – productions qui, dans une démocratie, sont soumises à la libre appréciation critique des acteurs sociaux (enseignants, journalistes, etc.). Les lois anti-discrimination (incluant la loi contre le négationnisme) n'ont pas vocation à produire de la mémoire collective, mais à lutter contre ceux qui, en incitant à la haine, à la violence ou à la discrimination, cherchent à rendre impossible la construction d'une communauté démocratique de sens. Même si les deux enjeux sont liés, ils doivent être distingués, comme les deux faces d'une même médaille ». L'extrait provient d'une communication faite lors du colloque « Génocide et massacres des populations grecques de la mer Noire. La question de la reconnaissance des victimes », organisé par l'*Académie Royale de Belgique*, les 20 et 21 février 2014. Le texte est disponible sur le site internet suivant, www.edouard-delruelle.be (consulté le 6 janvier 2017).

²⁴⁹¹ Loi fr. n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.R.F.*, 14 juillet 1990. Voy., S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *op. cit.*, p. 2, n° 5.

²⁴⁹² J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 93.

458. - L'examen des lois mémorielles par les juridictions suprêmes en Belgique. La loi précitée du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde guerre mondiale, qualifiée de loi partiellement mémorielle, a fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle dès lors qu'elle constitue une restriction importante à la liberté d'expression. En effet, la loi impose une conception particulière de l'histoire. La Cour, dans un arrêt du 12 juillet 1996²⁴⁹³, considère cependant que le texte est conforme au droit à la liberté d'expression. Les enseignements de cette décision extrêmement pédagogique²⁴⁹⁴ sont régulièrement repris dans les décisions des juges de fond se référant audit texte législatif²⁴⁹⁵.

La loi utilise des termes qui, à première lecture, semblent flous et vagues²⁴⁹⁶. La Cour donne d'intéressantes précisions sur leur portée. Le terme « nier » implique une contestation totale de l'existence du génocide. Le terme « approuver » traduit une approbation à l'existence du génocide ainsi qu'une souscription « sur ce point à l'idéologie nazie » (B.7.9.). De plus, « [é]tant donné que le génocide est souvent, selon le législateur, non pas nié ou approuvé radicalement mais mis en doute ou justifié d'une manière plus subtile – au moyen d'études pseudo-scientifiques –, la loi réprime également le fait de “minimiser grossièrement” et de “chercher à justifier”. Le fait de “chercher à justifier” va moins loin que l'approbation mais tend par une réécriture des données historiques, à présenter le génocide considéré sous un jour acceptable et à légitimer ainsi l'idéologie nazie. Enfin, concernant la répression du fait de “minimiser grossièrement”, l'adjonction du terme “grossièrement” est d'une grande importance. Il apparaît clairement, dans les travaux préparatoires, que le législateur ne vise pas le fait de minimiser sans plus, mais uniquement le fait de minimiser à l'extrême et, par là même, de manière grave, outrancière et offensante » (B.7.9.). La Cour rappelle ensuite que la recherche

²⁴⁹³ C.c., 12 juillet 1996, n° 45/96, *M.B.*, 27 juillet 1996, p. 20027 ; *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, p. 338 ; *J.T.*, 1997, p. 95 ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1068 ; *C.D.P.K.*, 1997, p. 599 ; *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 47, note de F. RINGELHEIM ; *R.W.*, 1996-97, p. 1222 ; *T. Vreemd.*, 1996, p. 139. Sur cet arrêt, voy. J. VELAERS, « Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negacionisme en het revisionisme », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 573 à 580 ; D.BATSELÉ, « Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges », *Rev. trim. D.H.*, 2001, spéc. pp. 323 à 326, n° 4 à 6. Un recours en suspension (C.c., 12 juillet 1995, n° 62/95, *M.B.*, 12 août 1995, p. 23436) a préalablement été introduit.

²⁴⁹⁴ Cet arrêt est en effet beaucoup plus explicite que le texte de la loi ainsi que ses travaux préparatoires.

²⁴⁹⁵ Voy. les décisions reprises dans la contribution suivante, E. CRUYSMANS, « Racisme, blasphème et liberté d'expression. Aperçu de la jurisprudence “anti-hate speech” belge francophone », *A&M*, Actes du colloque du 28 avril 2016, 2016/1, pp. 86 à 89, n° 20 à 22.

²⁴⁹⁶ Voy. à ce propos les préventions développées dans le jugement rendu par Corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 591, note de M. VAN DOOSSELAERE ; *Bull. ass.*, 2006, p. 491 : les prévenus indiquent que la loi serait inconstitutionnelle estimant que celle-ci est « floue et vague et menace, par son imprévisibilité d'application le citoyen dans sa sécurité et le soumet à l'arbitraire de la répression et aux critères subjectifs déterminés a posteriori par le juge ».

scientifique historique ne tombe pas sous l'application de la loi du 23 mars 1995. En revanche, les recherches qu'elle nomme « études pseudo-scientifiques » sont directement visées²⁴⁹⁷.

La Cour soutient ensuite que la loi constitue une restriction à la liberté d'expression, justifiée par des buts légitimes (B.7.12.), et nécessaire dans une société démocratique. Plusieurs indices font de l'ingérence une restriction proportionnée : l'absence de mesure préventive, la condamnation des seuls propos tenus dans les lieux publics, la poursuite possible des travaux scientifiques (B.7.14. et B.7.15.). Validant la loi du 23 mars 1995, la Cour précise *in fine* que « [l]e législateur a voulu atteindre un comportement spécifique et n'apporter qu'une restriction exceptionnelle et limitée à la liberté d'expression. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a jugé nécessaire d'intervenir contre les comportements visés parce qu'ils se sont multipliés ces dernières années, parallèlement à un retour de courants antidémocratiques et racistes dans la société » (B.8.1.). Prenant encore appui sur ces travaux préparatoires, elle soutient que « le législateur était pleinement conscient de l'importance fondamentale du droit à la liberté d'expression puisqu'il a volontairement cherché à définir l'objet de la répression de manière restrictive et sans équivoque », en ajoutant que « de façon générale la loi litigieuse exige une interprétation restrictive, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et en ce qu'elle est une loi pénale » (B.7.8.).

459. - L'examen des lois mémorielles par les juridictions suprêmes en France . Le Conseil constitutionnel français rend un arrêt le 28 février 2012²⁴⁹⁸ à propos d'un recours introduit à l'encontre d'une proposition de loi adoptée par le Sénat français le 23 janvier 2012. Le texte réprime la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi en ajoutant une disposition et modifiant un article de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse²⁴⁹⁹. La proposition de loi française vise à permettre la prononciation de sanctions pénales à l'encontre de quiconque nierait, contesterait ou minimiserait de manière outrancière le génocide arménien, celui-ci étant le seul à avoir été reconnu par la législation française. En effet, la loi du 29 janvier

²⁴⁹⁷ « Outre des manifestations publiques d'opinions témoignant ouvertement et sans équivoque d'antisémitisme ou souscrivant à l'idéologie nazie, la loi entend réprimer aussi ces manifestations d'opinions qui abusent de la liberté d'expression, sur un mode plus subtil et souvent pseudo-scientifique, pour propager des théories qui ne visent nullement à contribuer à un débat historique et scientifiquement fondé mais cherchent à nier ou justifier les crimes racistes commis par le régime national-socialiste allemand, afin de pouvoir justifier ainsi la diffusion d'un message politique, à savoir la réhabilitation ou la légitimation de ce régime » (B.7.11).

²⁴⁹⁸ Cons. const. fr., 28 février 2012, n° 2012-647 DC, disponible sur le site internet suivant, www.conseil-constitutionnel.fr (consulté le 6 janvier 2017). Voy. un bref commentaire par G. VAN DOOSELAERE, « Le Conseil constitutionnel français face à l'extension du délit de négationnisme », *R.B.D.C.*, 2017/4, pp. 388 à 391.

²⁴⁹⁹ La proposition de loi ajoute un article 24^{ter} ; l'article ayant été modifié est le 48-2.

2001 édicte que « [l]a France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 »²⁵⁰⁰. Pour le Conseil constitutionnel, l'examen de cette loi constitue « une double 'première' » dès lors qu'il « n'avait jamais eu à connaître d'une loi mémorielle dans le cadre de son contrôle de conformité des lois à la Constitution, tant en contrôle *a priori* qu'en contrôle *a posteriori*, ni à se prononcer sur un dispositif pénal attaché à une telle loi »²⁵⁰¹. Le Conseil invalide la loi, estimant que « le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication », s'appuyant sur une absence de normativité suffisante. Il estime en outre qu'« en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication » (§ 6). Clairement, le Conseil ne laisse pas « au législateur, et donc au droit, la faculté de faire irruption dans le domaine de compétence des historiens »²⁵⁰².

Quant à la Cour de cassation, elle se prononce dans un arrêt rendu le 7 mai 2010²⁵⁰³ sur la constitutionnalité de loi « Gayssot »²⁵⁰⁴. L'article 9 de ladite loi, introduit un article 24*bis* dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, rédigé comme suit : « [s]eront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». La Cour de cassation souligne le fait que la qualification de génocide est en l'espèce issue d'un texte international qui s'impose à la France ainsi que de décisions jurisprudentielles. Autrement dit, et « selon cette analyse, la loi Gayssot n'est donc pas assimilable aux autres lois mémorielles, puisqu'elle s'applique à réprimer des propos qui contestent des faits revêtus de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire, concrètement les crimes contre l'humanité perpétrés par les dirigeants nazis qui ont été jugés et condamnés

²⁵⁰⁰ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *J.O.R.F.*, 30 janvier 2001, p. 1590. Sur le débat ayant entouré cette loi, voy. R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, pp. 172 à 173.

²⁵⁰¹ Commentaire officiel de l'arrêt du 28 février 2012, disponible sur le site du Conseil constitutionnel français, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 5.

²⁵⁰² J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 96.

²⁵⁰³ Cass. fr. (ch. crim.), 7 mai 2010, n° 09-80774. Voy. aussi le précédent arrêt, Cass. fr. (ch. crim.), 23 février 1993, n° 92-83478 qui considère les modifications apportées par la « loi Gayssot » dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse conforme aux enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁵⁰⁴ La loi est qualifiée d'historicide par Emmanuel Cartier (E. CARTIER, « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité », *op. cit.*, p. 528).

comme tels »²⁵⁰⁵. Robert Badinter, ancien ministre de la justice français, a d'ailleurs déclaré que « la loi Gayssot n'est pas une loi mémorielle », justifiant cette assertion par l'affirmation que « le Parlement n'a bien évidemment pas décidé de l'existence du génocide juif ; il a facilité la répression de propos niant l'existence de faits revêtus de l'autorité de la chose jugée, en votant une loi pénale »²⁵⁰⁶. Autrement dit, du fait même que, dans la loi déférée devant le Conseil constitutionnel dans l'arrêt rendu le 28 février 2012, ce soit le législateur lui-même qui ait érigé en crime de génocide des faits historiques, ce même législateur ayant ensuite criminalisé la contestation de ce génocide, le texte législatif doit être considéré, selon une analyse croisée des deux arrêts français, comme inconstitutionnel. Le législateur ne peut lui-même juger l'histoire²⁵⁰⁷. Ce raisonnement met en lumière les rôles respectifs des juristes et des historiens. Les premiers ont une fonction complémentaire à celle des seconds : « à partir des faits constatés, observés et vérifiés scientifiquement par l[es] historien[s], il[s] peu[ven]t éventuellement faire œuvre de justice et de droit en réparant les injustices qui auraient pu être commises à l'égard de personnes ou de communautés »²⁵⁰⁸.

Cette différence d'approche entre la loi relative au génocide arménien et la « loi Gayssot » est reprise par le Conseil constitutionnel français dans une décision du 8 janvier 2016 qui confirme finalement la constitutionnalité de la seconde loi²⁵⁰⁹. La Cour de cassation pose, le 6 octobre 2015, une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel à propos de la « loi Gayssot »²⁵¹⁰. Sans surprise, le Conseil écarte les deux griefs, l'un relatif à l'atteinte à la liberté d'expression, l'autre au principe de l'égalité devant la loi pénale. Il rappelle

²⁵⁰⁵ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, pp. 96 et 97.

²⁵⁰⁶ Propos tenus devant la mission d'information de l'Assemblée nationale, rapportés par J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 97 ; audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, *op. cit.*, p. 193. Dans un sens identique, voy. A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 53 ; O. BONFOND, « La constitutionnalité de la loi Gayssot : le risque d'un devoir de mémoire sélective ? », note sous Cons. const. fr., 8 janvier 2016, *Rev. dr. ULG*, 2016/2, p. 407, n° 10.

²⁵⁰⁷ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 97.

²⁵⁰⁸ A. DE RAULIN, « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *op. cit.*, p. 39.

²⁵⁰⁹ Cons. const. fr., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC. Voy. le commentaire M. TISSIER-RAFFIN, « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot. Liberté d'expression et négationnisme (Art. 11 DDHC) », *op. cit.*, 15 p. ; G. VAN DOOSELAERE, « Le Conseil constitutionnel français face à l'extension du délit de négationnisme », *op. cit.*, pp. 391 à 400.

²⁵¹⁰ Cass. fr. (ch. crim.), 6 octobre 2015, n° 15-84335. Préalablement, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de poser une telle question prioritaire à propos de cette loi, mais a, à plusieurs reprises, constaté « l'absence de caractère sérieux » pour refuser d'interroger le Conseil constitutionnel (Cass. fr. (ch. crim.), 6 mai 2014, n° 14-90010 ; Cass. fr. (ch. crim.), 5 décembre 2012, n° 12-86382 ; Cass. fr. (ch. crim.), 7 mai 2010, n° 09-80774). A ce propos, voy. O. BONFOND, « La constitutionnalité de la loi Gayssot : le risque d'un devoir de mémoire sélective ? », *op. cit.*, p. 404, n° 6 ; M. TISSIER-RAFFIN, « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot. Liberté d'expression et négationnisme (Art. 11 DDHC) », *op. cit.*, pp. 3 et 4, n° 8 à 10.

que l'objectif de la loi est de condamner « la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France »²⁵¹¹, hypothèse distincte de la condamnation « de la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une juridiction autre ou par la loi » (§ 10)²⁵¹².

En ce qui concerne d'autres lois mémorielles françaises, Robert Badinter s'est exprimé lors d'une audition faite par la mission d'informations sur les lois mémorielles : il condamne la loi sur le génocide arménien du 29 janvier 2001 en ce que l'article 34 de la Constitution française « ne permet pas au Parlement de se prononcer ainsi sur un événement historique »²⁵¹³. Quant à la « loi Taubira » relative à l'esclavage, elle ne passe pas non plus le contrôle de constitutionnalité effectué par l'ancien président du Conseil constitutionnel : « [d]ire que la traite transatlantique était un crime contre l'humanité, c'est projeter un concept actuel sur une réalité qui, à l'époque ignorait cette qualification : les négriers avaient bonne conscience – atrocement au regard de notre sensibilité », concluant dès lors que le Parlement « ne peut pas proclamer, contre le principe fondamental de non-rétroactivité, qu'il y a eu crime contre l'humanité à une époque où cette notion juridique n'existait pas »²⁵¹⁴.

²⁵¹¹ A cet égard, voy. aussi la Déclaration de la France annexée à la décision-cadre n° 2008/913/JAI du Conseil de l'Union du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. La France a adopté une réserve établissant qu'elle ne rendrait « punissable la négation ou la banalisation grossière des crimes [...] que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale ». En cela, la loi du 23 janvier 2012 relative à la reconnaissance du génocide arménien s'éloigne de cette déclaration.

²⁵¹² Pour une critique de ce raisonnement, et plus globalement de cette décision, voy. O. BONFOND, « La constitutionnalité de la loi Gayssot : le risque d'un devoir de mémoire sélective ? », *op. cit.*, pp. 408 à 410, n° 11 à 13.

²⁵¹³ Audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, *op. cit.*, p. 191. L'article 34 de la Constitution énumère les domaines dans lesquels les lois fixent des règles. A titre d'exemples, sont cités « les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens », « la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités », « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats », etc.

²⁵¹⁴ Audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, *op. cit.*, p. 191. Pour un raisonnement similaire tenu par les juridictions belges, refusant d'appliquer un concept récent à une situation ancienne, voy. les décisions relatives à l'album *Tintin au Congo* d'Hergé (Bruxelles, 28 novembre 2012, *inédit* ; civ. (réf.) Bruxelles, 10 février 2012, *A&M*, 2012/4, p. 274 ; *J.L.M.B.*, 2012/17, p. 806 ; pour des commentaires, voy. notamment J. VRIELINK, « 'Kuifje in Africa' en de Antiracismewet », *N.j.W.*, 2012/267, pp. 530 à 534 ; E. CRUYSMANS, « La Cour d'appel a tranché : 'Tintin au Congo' n'est pas un album raciste et xénophobe ! », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 25 janvier 2013 ; E. CRUYSMANS, « Tintin au Congo, un album raciste et xénophobe ? », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 22 février 2012.

Enfin, le Conseil constitutionnel français a rendu le 26 janvier 2017 une décision suite à une question prioritaire de constitutionnalité²⁵¹⁵. Est concernée, une disposition de la loi Égalité et Citoyenneté visant à élargir le délit de négationnisme à toutes les génocides, aux autres crimes contre l'humanité, aux crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou aux crimes de guerre²⁵¹⁶. Selon Guillaume Van Dooselaere, « [l]e législateur français prend acte des deux décisions du Conseil [constitutionnel du 28 février 2012 et du 8 janvier 2016] par lesquelles il liite la constitutionnalité de l'incrimination du négationnisme aux crimes reconnus par une décision de justice et bénéficiant de ce fait de l'autorité absolue de la chose jugée. Il ne le fait toutefois qu'en partie puisqu'il incrimine également la contestation des crimes contre l'humanité qui n'ont pas été reconnus judiciairement si celle-ci constitue une incitation à la haine ou à la violence »²⁵¹⁷. Cette volonté de contourner une décision judiciaire en invoquant l'incitation à la haine ou à la violence a été sanctionnée par le Conseil constitutionnel français. Ce dernier rappelle qu'en l'absence d'une décision judiciaire reconnaissant l'existence de crimes contre l'humanité, l'extension du délit de négationnisme constitue une atteinte à la liberté d'expression, quand bien même « les propos négationnistes constituent une incitation à la haine ou à la violence »²⁵¹⁸.

460. - Les lois mémorielles devant la Cour européenne des droits de l'homme. La liberté d'expression n'est point absolue : tant l'article 10, § 2, que l'article 17 de la Convention permettent, moyennant le respect de conditions, de restreindre ce droit²⁵¹⁹. L'article 17 consacre la maxime « pas de liberté pour les ennemis de la liberté »²⁵²⁰. Dans l'analyse de dispositions mémorielles, la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur ces deux dispositions de

²⁵¹⁵ Cons. const. fr., 26 janvier 2017, n° 2016-745 QPC. Pour un bref commentaire, voy. notamment G. VAN DOOSELAERE, « Le Conseil constitutionnel français face à l'extension du délit de négationnisme », *op. cit.*, pp. 400 à 405.

²⁵¹⁶ Loi fr. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, *J.O.R.F.*, 28 janvier 2017. L'article 173, 2°, de cette loi intègre en réalité de nouveaux alinéas à l'article 24bis de la loi française précitée du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²⁵¹⁷ G. VAN DOOSELAERE, « Le Conseil constitutionnel français face à l'extension du délit de négationnisme », *op. cit.*, p. 401.

²⁵¹⁸ *Ibidem*. Trois motifs sont repris par le Conseil constitutionnel et développé par l'auteur (pp. 401 à 404).

²⁵¹⁹ Pour une analyse de cette disposition, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139 à 174 ; D. VOORHOOF, « "Hate speech", radicalisering en het recht op expressievrijheid. Waarom artikel 17 EVRM (misbruikclausule) geen revival verdient », *A&M*, Actes du colloque du 28 avril 2016, 2016/1, pp. 4 à 18 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 17 de la C.E.D.H. est-il indispensable ? », *Rev. trim. D.H.*, 2001/46, pp. 545 à 566.

²⁵²⁰ Voy., à ce titre, H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (dir.), *ibidem*. Le slogan daterait de la période révolutionnaire française de 1793 (S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *op. cit.*, p. 5, n° 13).

la Convention, la seconde n'étant cependant appliquée « qu'à titre exceptionnel et dans des cas extrêmes »²⁵²¹. En effet, l'article 17 « doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention »²⁵²².

Deux affaires françaises permettent de comprendre le raisonnement de la Cour. Elles concernent toutes deux l'article 24bis précité de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, cette disposition ayant été ajoutée par la « loi Gayssot » du 13 juillet 1990. Enfin, une dernière affaire concernant la Suisse apparaît devoir être présentée²⁵²³.

La première affaire aboutit à l'arrêt *Garaudy c. France*²⁵²⁴. Elle prend pour départ la condamnation, par les juridictions françaises, de l'auteur d'un ouvrage intitulé *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*. Dans son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme va conférer à l'article 24bis son « brevet de validité »²⁵²⁵. Elle déclare irrecevable la requête introduite par l'auteur et fondée sur l'article 10. Elle estime qu'« il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public.

²⁵²¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. 34932/04, § 87 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08, § 114.

²⁵²² Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08, § 114. Sur l'application de cette disposition et son articulation avec l'article 10 de la Convention, voy. aussi D. VOORHOOF, « "Hate speech", radicalisering en het recht op expressievrijheid », *op. cit.*, pp. 4 à 18.

²⁵²³ L'objectif étant davantage de comprendre le raisonnement opéré par la Cour que la présentation exhaustive de l'ensemble des décisions de la Cour relatives à cette problématique, seules ces deux affaires sont abordées.

²⁵²⁴ Cour eur. D.H. (déc.), 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, req. 65831/01. Pour un commentaire, voy. M. LEVINET, « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003, *Garaudy c. France* », *Rev. trim. D.H.*, 2004/59, pp. 653 à 662.

²⁵²⁵ M. TISSIER-RAFFIN, « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot. Liberté d'expression et négationnisme (Art. 11 DDHC) », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 2, disponible en ligne <http://journals.openedition.org>, mis en ligne le 10 février 2016, consulté le 11 avril 2018.

Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention ».

La deuxième affaire est antérieure : l'article 24bis de la loi du 29 juillet 1881 avait d'ores et déjà été validé²⁵²⁶ par la Cour dans sa décision *Marais c. France* du 24 juin 1996²⁵²⁷. Le raisonnement est identique mais concerne la condamnation d'un auteur français, celui-ci ayant, sous couvert d'une démonstration technique, remis en cause l'existence de l'usage des chambres à gaz permettant une extermination humaine de masse. La Commission européenne des droits de l'homme constate que l'ingérence est prévue par la loi et poursuit des buts légitimes, la « défense de l'ordre et la prévention du crime » ainsi que « la protection de la réputation ou des droits d'autrui », ceux-ci permettant de justifier une restriction du droit à la liberté d'expression. Contestant la valeur scientifique des propos litigieux, elle assure que l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique » et « estime que les dispositions pertinentes de la loi de 1881 et leur application en l'espèce visaient à préserver la paix au sein de la population française. Partant, la Commission a également pris en compte l'article 17 [...] de la Convention ».

Enfin, deux arrêts ont été rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire *Perinçek c. Suisse*²⁵²⁸. L'affaire concerne un homme politique turc condamné

²⁵²⁶ Voy. aussi sa validation par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, communication n° 550/1993, *Robert Faurisson c. France*. Voy. à ce propos G. COHEN-JONATHAN, « Négationnisme et droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 1997, pp. 571 à 597 ; J. DHOMMEAUX, « Liberté d'expression et négationnisme. La loi Gayssot et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : l'affaire R. Faurisson devant le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997/3, pp. 251 à 264, disponible sur le site www.persee.fr.

²⁵²⁷ Voy. aussi Comm. eur. D.H., 24 juin 1996, *Marais c. France* (déc.), req. 31159/96. La Cour effectue un raisonnement identique face à une requête d'un auteur condamné par les juridictions françaises, celui-ci ayant, sous couvert d'une démonstration technique, remis en cause l'existence de l'usage des chambres à gaz permettant une extermination humaine de masse.

²⁵²⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08 ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08. Pour un commentaire des arrêts *Perinçek c. Suisse*, voy. notamment G. GONZALEZ, « Quel génocide arménien ? (obs. sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015) », *Rev. trim. D.H.*, 2016/108, pp. 1019 à 1035 ; S. GARIBIAN, « On the Breaking of Consensus : the Perinçek Case, the Armenian Genocide and International Criminal Law », in J. WILLEMS, H. NELEN, R. MOERLAND (éd.), *Denialism and Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 235 à 250 ; S. GARIBIAN, « De la rupture du consensus. L'affaire Perinçek, le génocide arménien et le droit pénal international », in Conseil scientifique international pour l'étude du génocide des Arméniens (éd.), *Le génocide des Arméniens : cent ans de recherche, 1915-2015*, Paris, A. Colin, 2015, pp. 212-221 ; P. VINCENT, « Négationnisme et hate speech devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des arrêts Perinçek et M'Bala M'Bala », *Rev. fac. dr. ULG*, 2016/2, pp. 343 à 355. Pour un commentaire d'une autre affaire relative au génocide arménien, voy. P. LAMBERT, Y. OSCHINSKY, « Le génocide arménien à l'épreuve turque de la liberté d'expression. Cour européenne des droits de l'homme, *Altuğ Akçam c. Turquie*, 25 octobre 2011 », *Rev. trim. D.H.*, 2012/91, pp. 687 à 692. Enfin, voy. encore Comm. eur. D.H., 16 juillet 1982, *X c. République Fédérale d'Allemagne*, req. 9235/81 (« l'interdiction faite à une

pénalement pour avoir, en Suisse, considéré que la déportation et les massacres des Arméniens ne constitue pas un génocide. Cette condamnation intervient sur le fondement d'une disposition générale (l'article 261bis, al. 4 du Code pénal suisse) qui condamne toute personne qui, publiquement, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. De par cette portée globale, la disposition ne peut, selon les définitions proposées ci-avant (voy. *supra*) être qualifiée de « mémorielle ». Il faut cependant préciser que le 16 décembre 2003, le Conseil national (la chambre basse de l'Assemblée fédérale suisse) reconnaît le génocide arménien et que ce dernier a fait l'objet d'une reconnaissance par le Tribunal fédéral suisse à deux reprises (en 2007 et en 2010). Le litige oppose concrètement le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée, en ce que le droit à la dignité et à l'identité des Arméniens est couvert par le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour la Cour européenne, la condamnation pénale est une violation de l'article 10 de la Convention dès lors qu'elle n'est pas proportionnée.

c) Des lois critiquables

461. - Les critiques contre les lois mémorielles. Les critiques portent essentiellement sur les lois mémorielles, mais peuvent s'appliquer aussi aux lois d'imprescriptibilité.

462. - Première critique : est-ce encore le rôle du législateur ? Premièrement, le législateur s'écarte de son rôle en s'immisçant dans l'histoire, voire la morale. En effet, le rôle du Parlement ne pas celui de l'historien : le pouvoir législatif n'a pas à (ré)écrire l'histoire²⁵²⁹. Certes, « [l]'histoire n'appartient pas aux historiens »²⁵³⁰. Cela étant, les lois mémorielles ont vocation à imposer une vision officielle de l'histoire. Or, celle-ci doit pouvoir être discutée, remise en cause, analysée, exprimée : pourtant, « aujourd'hui, le législateur et, plus prudemment, le juge, parfois relayé ou éperonné par des communautés scientifiques ou des associations "mémorielles" se prévalent de ce droit de parler de l'histoire pour restreindre, ou

personne de propager une publication qualifiant de mensonge le fait historique de l'assassinat de millions de Juifs par le régime nazi est une mesure nécessaire dans une société démocratique à la protection de la réputation d'autrui »).

²⁵²⁹ Dans ce sens, voy. notamment A. WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », *op. cit.*, p. 181.

²⁵³⁰ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, 88.

à tout le moins, encadrer, la parole des historiens »²⁵³¹. Dans un appel du 12 décembre 2005, intitulé *Liberté pour l'histoire*, dix-neuf historiens déclarent que « [l]'histoire n'est pas un objet juridique. Dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de l'Etat, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire. C'est en violation de ces principes que des articles de lois successives [...] ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, sous peine de sanctions, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et posé des limites »²⁵³². Comme le tempère René Rémond, ces historiens « loin de vouloir s'approprier l'histoire » s'opposent à ce qu'elle fasse l'objet d'une « appropriation politique, à son instrumentalisation à des fins autres que scientifiques »²⁵³³, rappelant en définitive que « [l]'histoire appartient à tous » et qu'« [e]n réclamant la liberté d'accès pour tous », ces historiens s'inscrivent « dans une perspective démocratique »²⁵³⁴. Il faut refuser l'argument avancé par les politiques pour défendre leur action normative : « ils excipent du mandat qui leur a été confié par le peuple souverain. En vertu du principe qu'en démocratie il n'y a pas d'autre source de légitimité que le suffrage universel, le législateur serait *ipso facto* compétent pour dire en histoire ce qui est licite et ce qui ne l'est point. Comme si l'onction de l'élection lui conférait une compétence universelle, y compris sur les sujets qui requièrent des compétences spécialisées, et dispensait les élus d'emprunter les longs détours de la recherche »²⁵³⁵. Pour certaines lois, cette critique peut être tempérée. Tel est le cas pour la « loi Gayssot » dans laquelle « le Parlement ne fait que constater, ou plutôt

²⁵³¹ *Ibidem*, p. 89.

²⁵³² L'appel est repris partiellement in C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », *op. cit.*, pp. 66 et 67, et intégralement dans les annexes de l'ouvrage collectif dont la contribution de Christophe Bouton est tirée (p. 164). Dans le même sens, voy. aussi un appel de cinquante-six juristes français contre les lois mémorielles en date du 29 novembre 2006, le texte de cet appel étant publié sur internet (www.communautilisme.net) et intégralement repris dans les annexes du même ouvrage collectif (pp. 167 et 168). Voy. encore F. CHANDERNAGOR, « Lois mémorielles : un monstre législatif », *Le Figaro*, 29 décembre 2011, www.lefigaro.fr (« [e]n fondant sa démarche "historienne" sur des anachronismes, en sacralisant la mémoire et en sanctionnant de peines [...] toute expression dissidente, notre Parlement a ressuscité le crime de blasphème et mis en marche une machine à broyer la liberté de pensées. Une machine qui devient encore plus redoutable quand elle est alimentée par la compétition victimaire et les concurrences entre communauté »).

Ces deux textes constituent des réactions à l'adoption de la loi française n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés (*J.O.R.F.*, 24 février 2005 p. 3128) et ont vocation à en exiger l'abrogation, de même que la « loi Gayssot » ainsi que la « loi Taubira » (S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *op. cit.*, p. 2, n° 2. Ces textes ont enfin fait l'objet d'une réponse diffusée le 20 décembre 2005 intitulée « Ne mélangeons pas tout » (signée par 32 personnalités et diffusée par le journal *20 minutes*), faisant la part des choses entre « un article de loi éminemment discutable et trois autres lois de nature radicalement différente ».

²⁵³³ M. FRANGI, « Les "lois mémorielles" : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, pp. 8/21.

²⁵³⁴ R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, p. 170.

²⁵³⁵ *Ibidem*, p. 174.

assumer, des faits préalablement établis et attestés »²⁵³⁶. En définitive, « le législateur ne s'est pas immiscé sur le territoire de l'historien, il s'y est adossé »²⁵³⁷.

463. - Deuxième critique : la loi peut-elle être moralisatrice ? Une deuxième critique évoque le caractère moralisateur de ces lois : elles sont parfois perçues comme « l'une des expressions les plus originales de la volonté de recherche de moralisation exprimée [...] dans notre société depuis une trentaine d'années »²⁵³⁸. Bien qu'il existe de nombreuses lois à contenu normatif ayant un aspect moralisateur, les lois mémorielles s'en distinguent précisément parce qu'elles n'ont aucune valeur normative. Elles sont en effet « exemptes de normativité »²⁵³⁹, s'apparentant à des considérations davantage morales que juridiques²⁵⁴⁰. En cela, ces lois outrepassent la compétence reconnue au législateur par les textes constitutionnels²⁵⁴¹. L'exigence de normativité se conçoit comme une nécessité démocratique, un principe clé attaché à celui de la sécurité juridique²⁵⁴². La normativité requiert non seulement que la disposition législative soit intelligible mais renvoie aussi à la nécessité d'adopter des lois de qualité²⁵⁴³. Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision du 28 février 2012, rappelle, en s'appuyant sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (§ 4)²⁵⁴⁴. Poursuivant son raisonnement, il conclut « qu'une disposition législative

²⁵³⁶ S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *op. cit.*, p. 4, n° 9.

²⁵³⁷ *Ibidem*. L'auteur reprend en réalité une citation exprimée dans l'appel « Ne mélangeons pas tout » du 20 décembre 2005 dont il a été question *supra*.

²⁵³⁸ M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, pp. 3/21 et 7/21. Cette période fait notamment référence à la multiplication durant ces trois décennies des lois mémorielles. Voy. dans le même sens, M. VERDUSSEN, E. DEGRAVE, *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, *op. cit.*, pp. 13 et 14.

²⁵³⁹ Sur la notion de normativité, voy. T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *Droit et culture*, 2013/2, p. 2, disponible à l'adresse suivante, www.droitcultures.revues.org/3127, mis en ligne le 16 janvier 2014, consulté le 25 janvier 2017 ; A. MERGUERIAN, *La loi et la mémoire des génocides*, *op. cit.*, pp. 39 à 40 et 41 à 42.

²⁵⁴⁰ M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 6/21.

²⁵⁴¹ Appel de juristes contre les lois mémorielles du 29 novembre 2006, in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 168.

²⁵⁴² A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *op. cit.*, p. 148. Voy. aussi B. MATHIEU, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007/21, disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/la-normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique.50550.html> (consulté le 14 mars 2018).

²⁵⁴³ A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *op. cit.*, p. 148.

²⁵⁴⁴ Sur la nécessité qu'une loi ait une portée normative, voy. aussi Cons. const. fr., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC. La décision est relative à la loi n° 2005-380 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *J.O.R.F.*,

ayant pour objet de “reconnaître” un crime de génocide ne saurait [...] être revêtue de la portée normative qui s’attache à la loi » (§ 6). Dès lors, le Conseil « met en cause le principe même des lois mémorielles en refusant de leur attribuer l’effet juridique qui s’attache normalement à la loi. A ses yeux, elles sont juridiquement inopérantes [...] »²⁵⁴⁵. Pour Anne-Chloé Foirry, « [l]e principe de normativité est mobilisé par les Sages pour fonder l’incompétence du législateur et surtout pour classer les différentes lois mémorielles. La distinction entre les lois déclaratives et normatives fonde la censure et met fin, une fois pour toutes, à la tentation de les regrouper au sein d’une hypothétique et unique catégorie »²⁵⁴⁶. Et d’ajouter que « le principe de normativité de la loi apparaît comme un principe structurant, indispensable à la protection des droits fondamentaux, et notamment de la liberté d’expression qui reste, en l’affaire, le nœud gordien des réflexions du Conseil »²⁵⁴⁷. Cela étant, François Brunet atténue cette critique faite à ces lois dites déclaratives ou a-normatives : « l’objet législatif consiste également à garantir, organiser, instituer, etc... Rien ne paraît limiter *a priori* ‘l’expression de la volonté générale’ à la seule fixation des dispositions ‘déontiques’ (interdiction, prescription, permission), car le discours juridique – notamment législatif – se manifeste de façon bien plus diverses »²⁵⁴⁸. Ainsi, certains auteurs considèrent qu’une loi reconnaissant un génocide présente bien la normativité « en ce qu’elle *reconnaît* (donc qualifie) et en ce qu’elle reconnaît un *crime* (et non un “simple fait”) »²⁵⁴⁹.

24 avril 2005 p. 7166 (dite « loi Fillon »). La décision indique que « la loi a pour vocation d’énoncer des règles et doit par suite être revêtue d’une portée normative », s’appuyant déjà sur l’article 6 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Robert Badinter explique que « [c]e principe était en lui-même connu, mais il est frappant que le Conseil l’ait énoncé à un moment où l’on s’interrogeait déjà sur la portée des lois mémorielles. En l’espèce, il l’a conduit à écarter des dispositions dépourvues de toute portée normative relatives à la vocation de l’école » (audition de M. Robert Badinter par la Mission d’information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, *op. cit.*, p. 190).

²⁵⁴⁵ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 95.

²⁵⁴⁶ A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d’expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *op. cit.*, pp. 147 et 148.

²⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 150.

²⁵⁴⁸ F. BRUNET, « De la censure constitutionnelle de la loi ‘visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi’ », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2012, p. 348. Voy. aussi M. FRANGI, « Les “lois mémorielles” : de l’expression de la volonté générale au législateur historien », *op. cit.*, p. 6/21. Ce dernier auteur conteste le fait que la loi strictement mémorielle remplisse une telle « fonction régulatrice d’organisation ».

²⁵⁴⁹ S. GARIBIAN, « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*, p. 4, n° 11, l’auteur reprenant le raisonnement de F. BRUNET, « De la censure constitutionnelle de la loi ‘visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi’ », *op. cit.*, p. 345 ; G. VEDEL, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in D. MAUS, J. BOUGRAB (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 54 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l’a-normativité à l’inconstitutionnalité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2012/15, pp. 988 et 991.

464. - Troisième critique : ces lois sont-elles anachroniques ? Une troisième critique porte sur l'anachronisme de ces lois rédigées longtemps après le déroulement des faits visés, aboutissant à qualifier selon des valeurs actuelles des faits datant parfois de plusieurs siècles. Tel est notamment le cas de la loi « Taubira ». Kenneth Bertrams et Pierre-Olivier de Broux écrivent que ces lois mémorielles sont « par essence rétroactives. Elles visent toutes la commission dans le passé de crimes contre l'humanité, au sens qu'a cette notion dans notre droit actuel »²⁵⁵⁰. Une auteure écrit que « quand on définit, avec un concept d'aujourd'hui, un crime commis au XVe siècle, comme dans la loi Taubira, on est carrément rétroactif de cinq cent ans, et anachronique en plus ! »²⁵⁵¹.

465. - Quatrième critique : le juge devient censeur de droits fondamentaux. Ces lois posent encore des questions au regard de droits fondamentaux. Il y a une confusion – autre que celle entre le rôle de législateur et la fonction d'historien – entre le juge et l'historien²⁵⁵². La critique concerne les lois mémorielles ayant une véritable portée normative. Leur application par des juges n'aboutit-elle pas à restreindre des droits fondamentaux (liberté d'expression, liberté de la recherche scientifique, liberté de critiquer, etc.) essentiels aux historiens ?

A propos de la liberté d'expression, on peut nuancer cette critique en soutenant qu'aucune liberté fondamentale n'est absolue et que les restrictions à la liberté d'expression respectant les trois conditions de l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme (légalité, légitimité, proportionnalité) sont nombreuses. Cela étant, ces lois restreignant la liberté d'expression et la libre recherche des historiens interpellent : « [...] par pitié, ne multiplions pas les censures ! »²⁵⁵³.

Quant à la liberté de recherche, « le législateur restreint drastiquement le champ de recherche des historiens, notamment dans des domaines complexes ou controversés comme la colonisation ou s'agissant d'un crime comme l'esclavage pour lequel la recherche des responsabilités appelle une analyse approfondie et sans *a priori* »²⁵⁵⁴. Le juge appliquant une telle législation a alors un rôle particulier : « [c]e qui importe au juge, ce n'est pas la question de savoir si ce que dit l'historien est vrai, mais celle de savoir si son travail et ses allégations

²⁵⁵⁰ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, pp. 124 et 125.

²⁵⁵¹ F. CHANDERNAGOR, « Historiens, changez de métier ! », *L'Histoire*, 2007/317, p. 56, cité par *ibidem*.

²⁵⁵² J.-P. RIOUX, « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *op. cit.*, p. 162.

²⁵⁵³ F. CHANDERNAGOR, « Historiens, changez de métier ! », *op. cit.*, pp. 60 et 61.

²⁵⁵⁴ Appel de juristes contre les lois mémorielles du 29 novembre 2006, *op. cit.*, p. 168.

révèlent une intention de nuire, ou répondent au devoir d'objectivité et aux règles de la bonne foi [...]. Si l'Histoire est certes une remise en cause permanente des événements, elle ne permet pas pour autant à l'historien de passer *ipso facto* du jugement de valeur au jugement de réalité. La liberté du scientifique ne rime pas avec son irresponsabilité, et ce que condamne le juge, le cas échéant, ce n'est pas d'avoir pensé différemment, c'est de profiter de la légitimité conférée par le débat scientifique et le statut d'historien, pour soutenir une idéologie négationniste »²⁵⁵⁵. Et d'ajouter que « [c]'est donc l'analyse de la méthode employée par le chercheur, et de son intention, qui permet de distinguer la contestation idéologique nuisible, du doute ou de la remise en question légitimes et propres à toute recherche scientifique »²⁵⁵⁶. Autrement dit, les juges se limitent à vérifier si l'historien effectue ses recherches comme l'aurait fait tout autre historien « bon père de famille ». Il en va d'une sorte de déontologie des historiens²⁵⁵⁷.

Ces lois impactent encore un autre droit fondamental : l'égalité. En effet, les juges pourraient s'interroger sur le respect du principe d'égalité²⁵⁵⁸. Certains génocides sont reconnus, d'autres ne le sont pas. La raison de l'absence de reconnaissance est souvent clairement politique, dès lors qu'elle pourrait être source de tensions politico-diplomatiques²⁵⁵⁹. La « loi Gayssot » a fait l'objet d'une telle critique²⁵⁶⁰ : en ne visant que les crimes contre l'humanité commis durant la Seconde guerre mondiale, elle crée « une hiérarchie entre les différents crimes contre l'humanité et une différenciation quant à la souffrance des victimes »²⁵⁶¹. Le principe d'égalité devant la loi pénale est en cause. Le Conseil constitutionnel justifie néanmoins cette différence de traitement en s'appuyant sur le fait que la qualification de crime contre l'humanité a été, en l'espèce, reconnue par une juridiction française ou internationale (voy. *supra*).

466. - Des critiques pour remettre en question ces lois. Ces critiques aboutissent à remettre en cause ces lois, en ce compris celles relatives à la Shoah²⁵⁶², pour leur préférer d'autres voies

²⁵⁵⁵ S. GARIBIAN, « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *op. cit.*, p. 5, n° 15.

²⁵⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁵⁷ Dans ce sens, K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 127.

²⁵⁵⁸ Appel de juristes contre les lois mémorielles du 29 novembre 2006, *op. cit.*, p. 168 ; *ibidem*, pp. 125 et 126.

²⁵⁵⁹ Voy., pour la reconnaissance du génocide arménien, *ibidem*, pp. 115 à 119.

²⁵⁶⁰ Voy. notamment Cass. fr. (ch. crim.), 6 octobre 2015, n° 15-84335. Cet arrêt de la Cour de cassation française pose une question prioritaire de constitutionnalité à propos de la « loi Gayssot » au Conseil constitutionnel français. L'un des griefs concerne l'atteinte au principe d'égalité en ce que la loi incrimine les seuls crimes contre l'humanité commis pendant la Seconde guerre mondiale.

²⁵⁶¹ M. TISSIER-RAFFIN, « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot. Liberté d'expression et négationnisme (Art. 11 DDHC) », *op. cit.*, p. 9, n° 27.

²⁵⁶² R. RÉMOND, « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », *op. cit.*, pp. 175 et 176.

telles que des déclarations, motions, résolutions²⁵⁶³. C'est aussi à ce constat qu'arrive, certes indirectement, le Conseil constitutionnel français lorsqu'il considère la loi visant à réprimer la contestation de l'existence de génocides – reconnus par la loi – exempte de toute normativité²⁵⁶⁴. Pour Jean Rossetto, ces instruments dépourvus de force contraignante sont de meilleurs outils « d'expression d'histoire » offerts aux organes parlementaires lorsqu'ils souhaitent « reconnaître des événements significatifs pour l'affirmation des valeurs de la citoyenneté [...] »²⁵⁶⁵. Le devoir de mémoire est alors exempt de toute normativité et de toute force contraignante pour se voir conférer une unique dimension morale.

B. L'oubli face à l'histoire et au devoir de mémoire

467. - Histoire, mémoire et oubli. « Le droit à l'oubli “n'a aucune existence face à l'histoire ; en décider autrement reviendrait d'ailleurs à exonérer les historiens de la responsabilité qui leur incombe de faire un compte rendu fidèle et complet de l'histoire” »²⁵⁶⁶. Cette conclusion sied particulièrement bien à une décision du Conseil constitutionnel français qui a déclaré, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, une disposition de la loi du 29 juillet 1881 inconstitutionnelle. L'article 35, alinéa 3, b), soutenait que « [l]a vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : [...] b) [l]orsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans »²⁵⁶⁷. La question de l'application de cette disposition « sur le terrain de l'histoire » est notamment posée par Nathalie Droin. En effet, cette interdiction se heurte pleinement à l'exercice même du métier d'historien dès l'instant où ce dernier est « conduit à dévoiler des faits tombant sous le joug du délit de diffamation »²⁵⁶⁸. L'auteure écrit à ce propos que « [d]ans cette hypothèse, l'interdiction de rapporter la preuve de la vérité des

²⁵⁶³ En ce sens, T. HOCHMANN, « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *op. cit.*, p. 1 ; K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 89 (« reconnaître un génocide participe, comme chacun sait, au devoir de mémoire ». Il ne faut pas moins se demander si cette reconnaissance doit être rendue contraignante par la loi », les auteurs reprenant une citation de S. GARIBIAN, « Pour une lecture juridique des quatre lois ‘mémorielles’ », *Esprit*, 2006, p. 165).

²⁵⁶⁴ Voy. encore A.-C. FOIRRY, « Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *op. cit.*, p. 155.

²⁵⁶⁵ J. ROSSETTO, « La constitutionnalité des lois mémorielles », *op. cit.*, p. 95.

²⁵⁶⁶ K. BERTRAMS, P.-O. DE BROUX, « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *op. cit.*, p. 92.

²⁵⁶⁷ A ce propos, voy. *supra*.

²⁵⁶⁸ N. DROIN, « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *op. cit.*, p. 207.

faits remontant à plus de dix ans constitue un véritable handicap pour l'historien. Ce dernier, de toute évidence, ne pourra quasiment jamais rapporter la preuve de ce qu'il avance, rare étant les faits historiques de moins de dix ans ! Certes, cette interdiction présente l'avantage pour le juge de ne pas avoir à se prononcer sur la vérité des faits dits historiques. Il reste qu'elle place l'historien dans une situation délicate, puisqu'il ne pourra pas s'exonérer de sa responsabilité s'il est poursuivi pour diffamation. Il sera donc toujours condamné même si les allégations sont exactes. En outre, [...] l'interdiction de rapporter la preuve des faits peut devenir un quasi déni de justice lorsque la personne mise en cause par le récit de l'historien ne peut se défendre qu'en invoquant ces événements pour rétablir la vérité »²⁵⁶⁹. Elle conclut son analyse en soutenant que « le souhait de ne pas rouvrir un débat lointain ne suffit pas à justifier qu'on fasse primer indéfiniment le droit à l'oubli sur la liberté d'expression eu égard à l'intérêt du public pour la tenue d'un débat souvent utile à la recherche de la vérité »²⁵⁷⁰.

L'histoire doit pouvoir être révélée et ne pas être effacée. Pour autant, l'ensemble des faits n'appartient pas à l'histoire de sorte que, pour ces éléments, l'application du droit à l'oubli est possible et envisageable. Quant au devoir de mémoire, il permet de s'opposer au droit à l'oubli d'informations journalistiques précisément lorsqu'il porte sur des faits historiques. Son assise juridique étant extrêmement limitée, il ne peut s'opposer purement et simplement à une forme juridique de l'oubli qui, elle, tend à être reconnue plus largement. A nouveau, tout est affaire d'espèces et de circonstances, les juges ayant un rôle important mais pas disproportionné.

Quant aux quelques affaires dans lesquelles ce droit est appliqué, l'intérêt historique n'est pas suffisant pour s'opposer aux demandes d'anonymisation²⁵⁷¹. Le jugement du Tribunal de première instance de Liège²⁵⁷² soutient même que l'argument tiré de l'intérêt historique ne peut être pertinent dès lors que les demandes ne portent pas sur un retrait des articles litigieux, mais simplement sur l'anonymisation des versions électroniques, cette technique garantissant doublement l'accès aux documents litigieux, que ce soit dans leur version en ligne anonymisée ou dans leur version intégrale aux archives papier. Ces affaires belges ont pour point commun

²⁵⁶⁹ *Ibidem*, pp. 207 et 208.

²⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 208.

²⁵⁷¹ Bien que, dans le jugement du 3 novembre 2014, une des affaires soit liée à l'affaire Cools, il semble que ce lien soit trop ténu que pour pouvoir faire primer l'intérêt historique sur le « droit à être oublié ».

²⁵⁷² Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

le fait qu'elles s'interrogent sur l'historicité de procédures judiciaires. A ce propos, Bernard Mouffe distingue « les condamnations banales et quotidiennes (la très large majorité) qui ne pourraient être indéfiniment rappelées des condamnations exceptionnelles, historiques et dont l'intérêt public peut rester actif même longtemps après leur prononcé. Les faits qui ont une portée historique demeurent de libre parcours pour la presse, l'intérêt à une redivulgateur persistant du fait même du travail des historiens chargés de rendre compte, fidèlement et complètement, de l'histoire »²⁵⁷³. Robert Lindon abonde dans un sens identique lorsqu'il affirme que « [l]es événements entrés dans la grande histoire ou la petite histoire ne peuvent en être chassés, on ne peut les oublier »²⁵⁷⁴. A propos d'un article paru en 1991 et relatant un infanticide commis en 1956, le Tribunal de grande instance de Paris soutient que « : le simple rappel de faits criminels déjà jugés n'est pas fautif dans un article consacré aux “grandes affaires judiciaires mettant en cause des femmes dominées par la passion” »²⁵⁷⁵. La distinction entre les « grandes » affaires criminelles et les « petites » semble essentielle, mais difficilement théorisable. Alors que le droit à l'oubli d'informations ne se justifie généralement pas dans le cadre de la grande histoire criminelle, ce même droit paraît parfaitement envisageable face aux faits qui constituent la petite histoire. Une fois encore, tout est affaire d'espèce, le classement dans l'une ou l'autre de ces deux catégories ne pouvant être systématisé.

Rassurons les détracteurs du droit à l'oubli d'informations journalistiques, cette prérogative n'a aucunement vocation à réécrire l'histoire, la falsifier ou la supprimer²⁵⁷⁶. Cela s'apparenterait à des techniques néfastes connues sous des régimes politiques à mille lieux des valeurs démocratiques. Il ne paraît nullement excessif de revendiquer ce droit et de pouvoir trouver un mode de réparation adéquat, permettant de préserver non seulement l'accès à l'information mais aussi la protection de la vie privée d'individu (voy. *infra*).

§ 8. La prise en compte de l'intérêt à la resocialisation de la personne concernée et la prise en compte de l'apurement de la dette

²⁵⁷³ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 172, n° 180.

²⁵⁷⁴ R. LINDON, note sous Paris, 13 octobre 1981, *D.*, 1983, p. 420.

²⁵⁷⁵ B. MOUFFE, *Le droit à l'image*, op. cit., p. 172, n° 180. La décision commentée est la suivante, T.G.I., 18 décembre 1991, *Légipresse*, 1992/88, III, p. 1, note F. GRAS.

²⁵⁷⁶ Voy. notamment M.-F. BERNIER, M. DIONNE, *Le « droit à l'oubli », le nouveau défi éthique des médias*, Chaire de recherche en éthique du journalisme, disponible à l'adresse suivante, www.crej.ca, p. 2/11.

468. - La structure des développements. Nous avons d’ores et déjà analysé les éléments suivants : la première divulgation licite (§ 1^{er}) ; la redivulgation (§ 2) ; l’écoulement d’un certain laps de temps entre les deux divulgations (§ 3) ; la qualité de la personne visée par les informations (§ 4) ; le type d’information rappelée (§ 5) ; la justification du rappel par l’actualité des informations (§ 6) ; ainsi que la prise en compte d’un devoir de mémoire (§ 7).

469. - Introduction. Selon la jurisprudence, la mise en œuvre du droit à l’oubli d’informations journalistiques implique qu’il faille prendre en compte l’intérêt à la resocialisation ou à la resocialisation²⁵⁷⁷ de la personne visée par un rappel, ainsi que l’apurement de sa dette. Le droit à l’oubli est « souvent indissociable d’un droit à la réinsertion sociale d’une personne condamnée »²⁵⁷⁸. Deux remarques peuvent d’emblée être faites. Premièrement, le critère est profondément lié au seul droit à l’oubli portant sur des informations judiciaires. Deuxièmement, il semble constituer bien plus qu’un simple critère : il est un objectif du droit à l’oubli, l’une de ses raisons d’être. Faisant référence aux docu-fictions et à l’*infotainment*²⁵⁷⁹, François Rigaux souligne à cet égard que les « [l]es effets d’une décision de condamnation sont [...] complexes : dans quelle mesure la “resocialisation” du condamné lui confère-t-elle une forme de “droit à l’oubli” ? »²⁵⁸⁰. La réponse est suffisamment claire que pour ne pas devoir y attacher de larges considérations – sauf à renvoyer à l’ensemble de la deuxième partie de cette thèse.

A. La resocialisation, une spécificité tirée de l’oubli judiciaire

470. - La resocialisation propre à l’oubli judiciaire. La resocialisation d’une personne condamnée, voire de n’importe quelle personne impliquée dans le cadre d’un procès, est une donnée importante que le droit pénal a d’ores et déjà traduite dans certains textes²⁵⁸¹.

Il importe cependant d’apporter quelques éclaircissements complémentaires. Généralement, la resocialisation d’une personne est garantie essentiellement parce qu’elle récupère son statut de *quidam* : après avoir accédé momentanément à la lumière, elle doit pouvoir retomber dans la pénombre qui caractérise toute personne privée. Le rappel de faits

²⁵⁷⁷ Les termes resocialisation et resocialisation sont utilisés dans un sens identique.

²⁵⁷⁸ P. MAHON, « Un “droit à l’oubli” ? », *op. cit.*, p. 214.

²⁵⁷⁹ Voy. *supra*.

²⁵⁸⁰ F. RIGAUX, « La liberté de la vie privée », *op. cit.*, p. 554, n° 17.

²⁵⁸¹ Voy. *supra*.

anciens peut donc nuire à ce processus important visant à réintroduire une personne condamnée dans la société. Sandrine Carneroli minimise l'impact de ces nouvelles divulgations : « bien souvent l'exclusion sociale résulte plus des poursuites judiciaires ou des faits embarrassants pour lesquels la personne s'est fait connaître à l'époque que de la résurgence des publications relatant ces faits »²⁵⁸². Difficile effectivement de nier que l'exclusion sociale se conçoit lors de la commission de faits illégaux et lors des poursuites judiciaires. Le phénomène est en outre accentué par la peine infligée qui s'inscrit peu, à l'heure actuelle, dans un objectif de réinsertion optimale des condamnés. Cela étant, lorsque cette réintégration est effective et réussie, il faut admettre que toute redivulgation la met en danger. Il importe donc de baliser, voire restreindre, ces rappels, la mise en œuvre du droit à l'oubli constituant une telle possibilité. Ces considérations renvoient plus globalement à distinguer la mise en œuvre d'une « politique pénale préventive contribuant à la réintégration du condamné dans une société responsable » ou celle d'une « politique uniquement répressive stigmatisant la carrière criminelle de l'individu et forgeant son exclusion. Privilégier la réintégration réelle, c'est faire le pari d'une politique humaniste et solidaire reposant sur le droit à l'oubli et à l'évolution de l'homme. [...] Toute mesure doit être limitée dans le temps et ré évaluable sur demande »²⁵⁸³. Pour Roseline Letteron, « [l]e passé pénal d'une personne bénéficie ainsi d'une protection particulière qui implique un oubli définitif lorsque l'intéressé témoigne d'une volonté de réinsertion»²⁵⁸⁴.

B. La resocialisation dans les textes législatifs

471. - La prise en compte de la réinsertion dans les textes législatifs. A notre connaissance, il n'existe qu'un texte mettant en lien la réhabilitation et la resocialisation d'une personne condamnée avec le traitement que la presse est amenée à faire de sa procédure judiciaire. La recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe portant sur le casier judiciaire

²⁵⁸² S. CARNEROLI, *Le droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, op. cit., p. 20, n° 18.

²⁵⁸³ Ban Public, Association pour la communication sur les prisons et l'incarcération en Europe, *De l'enfermement au Bannissement... Les empêchements à la réintégration*, 24 janvier 2007, disponible à l'adresse suivante, http://prison.eu.org/IMG/pdf/De_l_enfermement_au_Bannissement_mise_a_jour_du_2_septembr_.pdf, consulté le 24 octobre 2018, p. 27. Voy., sur la question de la réévaluation, les développements relatifs à la possibilité de réévaluer l'existence de l'intérêt général et de l'actualité à mesure que le temps passe (voy. *supra*), ainsi que ceux relatifs au consentement donné et à sa validité temporelle (*infra*).

²⁵⁸⁴ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », op. cit., p. 411. Elle rappelle encore que « [s]i le droit pénal prévoit des mécanismes généralement législatifs qui institutionnalisent le droit à l'oubli, celui-ci a également été consacré, de manière purement prétorienne, par le juge civil ».

et la réhabilitation des condamnés²⁵⁸⁵ signale dans ses considérants introductifs que « tout autre usage du casier judiciaire peut compromettre les chances de réinsertion sociale du condamné et qu'il devrait, en conséquence, être limité dans toute la mesure du possible ». Dans un point intitulé « Problèmes relatifs au procès pénal », le Conseil des ministres recommande qu'il soit évité « lorsque cela est possible, de porter à la connaissance du public le casier judiciaire pendant le procès pénal en vue d'empêcher la stigmatisation de l'intéressé ». En outre, il y a lieu d'« encourager une collaboration étroite entre les autorités judiciaires et la presse afin que celle-ci prenne conscience des risques que comporte l'évocation des antécédents de la personne poursuivie pour sa réinsertion sociale ».

Au niveau national, des propositions de lois ont tenté, en vain, d'imposer une limitation du droit de la presse afin de garantir le « droit à l'oubli des personnes condamnées depuis plus de six mois »²⁵⁸⁶. Elles visent à compléter la compétence du président du tribunal de première instance dans les cas de publications ou de diffusions d'informations qui porteraient atteinte au droit à la présomption d'innocence ou au droit à l'oubli. Cette limitation du droit à la liberté d'expression se justifie par la nécessité d'assurer à chacun une réinsertion paisible. Les propositions précisent en effet que « [l]e droit à l'oubli implique que chacun doit avoir le droit de se réinsérer. En tant que tel, le droit à l'oubli est un garant de la paix sociale. La culture de la honte, de la haine et de la vengeance n'a pas sa place dans notre Etat de droit »²⁵⁸⁷.

C. La resocialisation dans la jurisprudence

472. - La prise en compte de la réinsertion sociale dans la jurisprudence européenne.

Quant à la jurisprudence européenne, la Cour de Strasbourg relève cet élément dans quelques décisions.

²⁵⁸⁵ Recommandation R(84)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le casier judiciaire et la réhabilitation des condamnés, adoptée le 21 juin 1984.

²⁵⁸⁶ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001.

²⁵⁸⁷ Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001, p. 6 ; proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001, p. 6.

Dans l'arrêt du 28 juin 2018 *M.L. et W.W. c. Allemagne*²⁵⁸⁸, « [l]a Cour rappelle que, après l'écoulement d'un certain temps et en particulier à l'approche de la sortie de prison d'une personne condamnée, l'intérêt de celle-ci est de ne plus être confrontée à son acte en vue de sa réintégration dans la société [...]. Ceci peut être d'autant plus vrai après la libération définitive d'une personne condamnée. De même, l'étendue de l'intérêt du public quant aux procédures pénales est variable, car il peut évoluer au cours de la procédure en fonction, entre autres, des circonstances de l'affaire [...] » (§ 100). Dans ce litige opposant le droit à la liberté d'expression au droit au respect de la vie privée, les juges européens intègrent le processus de réintégration dans leur raisonnement sur l'existence ou non d'un intérêt général. Cependant, en l'espèce, ils confirment le raisonnement tenu par la Cour fédérale de justice allemande qui tend à faire prévaloir l'intérêt du public « non seulement à être informé sur un événement d'actualité, mais aussi à pouvoir faire des recherches sur des événements passés. La haute juridiction a également rappelé que les médias avaient pour mission de participer à la formation de l'opinion démocratique en mettant à la disposition du public des informations anciennes conservées dans leurs archives » (§ 101). La réintégration d'une personne se heurte non seulement à l'actualité – qui est propre au cas d'espèce – mais aussi à la faculté qu'ont les médias d'archiver des informations. L'anonymisation requise lors de la mise en œuvre du droit à l'oubli permet, la constitution d'archives en ligne accessibles aux internautes.

Précédemment, Dans l'arrêt *Österreichischer Rundfunk c. Autriche* du 7 décembre 2006²⁵⁸⁹ dont les faits sont explicités ci-avant (voy. *supra*), la Cour indique implicitement que la réintégration d'une personne condamnée doit être prise en compte dans l'équilibre des intérêts en présence. Le gouvernement autrichien indique à cet égard que l'interdiction de diffusion de photos dans certains contextes n'est pas absolue et a précisément pris cet élément en compte (§ 58). La Cour ne valide pas l'interdiction de diffusion, estimant qu'elle est contraire à l'article 10 de la Convention. Elle indique que « [w]hile the court agrees that there may be good reasons to prohibit the publication of a picture of a convicted person after his release on parole a number of elements are to be taken into account when weighing the individual's interest not to have his physical appearance disclosed against the public's interest in the publication of his picture. Elements that will be relevant are the degree of notoriety of the person concerned, the lapse of time since the conviction and the release, the nature of the crime, the connection

²⁵⁸⁸ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10. Les faits de cet arrêt ont été décrits ci-avant (*supra*).

²⁵⁸⁹ Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 35841/02.

between the contents of the report and the picture shown and the completeness and correctness of the accompanying text » (§ 68). Tenant un raisonnement similaire, la Cour est toutefois plus explicite dans sa décision précitée du 25 mai 2004 (voy. *supra*)²⁵⁹⁰.

473. - La prise en compte de la réinsertion sociale dans la jurisprudence nationale. Dans certaines circonstances, la jurisprudence nationale se fonde « sur la resocialisation nécessaire du condamné pour s’opposer, le cas échéant, à la divulgation d’un passé criminel. Le principe est celui de la “mise à distance du fait criminel” »²⁵⁹¹.

Ainsi, dans la jurisprudence belge qui a déjà retenu l’application du droit à l’oubli, le critère est évoqué sans être réellement analysé. Les juridictions ne le relèvent pas systématiquement. Lorsqu’il est cependant pris en compte, « il s’agit d’un facteur qui pèse lourd dans la balance réalisée par les juges entre l’intérêt au silence d’une personne condamnée et l’intérêt du public à une redivulgence des faits »²⁵⁹². Dans l’arrêt de la Cour d’appel de Liège du 25 septembre 2014²⁵⁹³, les conseillers soulignent que le responsable de l’accident ayant causé un décès est condamné en 2000, a purgé sa peine pour bénéficier ensuite d’une réhabilitation par une décision de justice prononcée en 2006. Quant au jugement rendu le 3 novembre 2014²⁵⁹⁴, le Tribunal de première instance de Liège se limite à relever que « parmi les critères dont le juge fait application, habituellement dans les problématiques liées au droit à l’oubli judiciaire qui peuvent être appliqués en l’espèce en matière de droit à l’oubli numérique, certains peuvent en effet être repris tels quels : [...] 4° La réinsertion de la personne dans la société doit être assurée ». Cela étant, il précise qu’en l’espèce, aucune condamnation pénale n’a été prononcée à l’égard de la personne revendiquant le droit à l’oubli, aboutissant *in fine* à ne pas réellement appliquer le critère. Le Tribunal de première instance de Namur mentionne le 30

²⁵⁹⁰ Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 57597/00.

²⁵⁹¹ B. MOUFFE, *Le droit à l’image*, op. cit., p. 171, n° 170, l’auteur reprenant l’expression de F. RIGAUX, « Justice et presse : réflexions comparatives », op. cit., p. 45.

²⁵⁹² A. STROWEL, « Les conditions d’exercice du droit à l’oubli », *Légipresse*, 1998/7, p. 127 ; A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », note sous civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 785.

²⁵⁹³ Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d’expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l’oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l’oubli sur le net ».

²⁵⁹⁴ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d’expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l’oubli »

juin 1997²⁵⁹⁵ simplement « qu'il est évident qu'une diffusion du film mettra en péril ses possibilités de réinsertion », sans préciser davantage son raisonnement.

L'arrêt allemand *Lebach* rendu par la *Bundesverfassungsgericht* inclut l'apurement de la dette et la resocialisation dans son analyse²⁵⁹⁶. Le Tribunal constitutionnel allemand note qu'« un compte rendu ultérieur de faits criminels n'est pas autorisé, lorsqu'il est susceptible de causer dans le chef du condamné un préjudice renouvelé ou supplémentaire, s'ajoutant à celui lié à l'information d'actualité, plus particulièrement lorsqu'il est susceptible de mettre en danger sa réinsertion dans la société (resocialisation). On doit normalement présumer que la resocialisation est remise en cause, lorsque l'émission consacrée à un fait criminel grave permettant d'identifier l'auteur est diffusée après sa libération ou peu avant une libération attendue »²⁵⁹⁷. La Cour distingue clairement l'existence de deux préjudices distincts, l'un pouvant apparaître lors de la première divulgation, l'autre lors du rappel. Cela renforce l'idée selon laquelle un rappel peut être fautif, sans que la diffusion initiale ne le soit.

En France, la Cour de cassation met en 1897 – déjà ! – en garde contre la redivulgation tardive d'information, estimant que la presse doit accepter que le silence prenne sa place lorsque l'actualité n'est plus. Elle précise que « [c]es publications tardives survenant à un moment où elles ont réalisé tout effet utile, ne peuvent plus en produire d'autre que de reprendre incessamment et sans merci, devant l'opinion publique, ceux qui, dans leur propre personne ou dans celle des leurs, ont expié devant la justice »²⁵⁹⁸. Alain Strowel commente cet extrait en ces termes : « [à] une époque où les procès deviennent interminables, non seulement parce que l'arriéré judiciaire s'est accumulé et que les procédures se sont multipliées, mais aussi parce que les médias se sentent tenus d'entamer et de poursuivre de nombreux procès devant le tribunal d'opinion, cette mise en garde de la Cour de cassation française rappelle que l'horizon de la justice est la pacification, et qu'il importe que la société enlève aux individus le pouvoir de (se) faire continuellement justice »²⁵⁹⁹. Les juges de fond ont aussi eu l'occasion de souligner que « ce droit à l'oubli qui s'impose à tous, y compris aux journalistes, doit également profiter

²⁵⁹⁵ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710.

²⁵⁹⁶ *Bundesverfassungsgericht*, 5 juin 1973, *BVerfGR*, 53, 202. Pour des développements plus importants, voy. *supra*.

²⁵⁹⁷ Voy. à propos de cet extrait, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 460, n° 402.

²⁵⁹⁸ Cass. (ch. crim.), 29 avril 1897, *S.*, 1898, I, p. 473, citée par R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 414.

²⁵⁹⁹ A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », *op. cit.*, p. 785. L'auteur s'inspire des propos de P. RICOEUR, *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, pp. 186 et s.

à tous, y compris aux condamnés qui ont payé leur dette à la société et tentent de s'y réinsérer »²⁶⁰⁰. Toutefois, la dominante jurisprudentielle française qui veut qu'une fois diffusée, une information tombe dans le domaine public²⁶⁰¹, aboutit généralement à refuser la prise en compte du critère de la resocialisation – comme des autres critères – pour permettre l'oubli d'informations.

§ 9. D'autres critères pourraient-ils être pris en compte ?

474. - Introduction. Dès l'introduction de l'analyse des différents critères évoqués par les décisions jurisprudentielles en matière de droit à l'oubli, nous avons considéré que la liste utilisée jusqu'ici par les juges ne peut être considérée comme exhaustive. De sorte que la question d'une prise en compte d'autres éléments se pose : d'autres critères pourraient être évoqués sans pour autant devoir l'être à chaque reprise. Certains de ces éléments supplémentaires sont tirés de la jurisprudence classique relative au conflit entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression²⁶⁰². D'autres sont tirés de parallèles effectués avec d'autres droits fondamentaux, tel que le droit à l'image. Trois critères complémentaires doivent être mis en avant : le juge pourrait être amené à prendre en compte le comportement antérieur de la personne visée par le rappel (A.), le fait que cette dernière ait pu consentir à la diffusion d'information (B.), et enfin le type de média utilisé pour effectuer la nouvelle divulgation (C.).

A. Le comportement antérieur de la personne

475. - L'oubli et le comportement de la personne. L'argument est directement tiré de la jurisprudence européenne. Le comportement antérieur de la personne pourrait être pris en compte par les autorités, judiciaires ou non, dans leur évaluation. La Cour européenne des droits de l'homme, dans ses arrêts *von Hannover c. Allemagne* (n° 2) et *Axel Springer AG c.*

²⁶⁰⁰ T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *M. c. Filipacchi et Cogedipresse*, J.C.P., 1983, II, p. 20434, note R. LINDON.

²⁶⁰¹ A ce sujet, voy. *supra*.

²⁶⁰² Ces critères sont formalisés par la Cour dans les arrêts *von Hannover c. Allemagne* (n° 2) (Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08) et *Axel Springer AG c. Allemagne* (Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08). Voy., pour une analyse critique de ceux-ci, M. AFROUKH, « Les critères “Von Hannover n° 2” dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme : une attractivité équivoque », *Rev. trim. D.H.*, 2018/115, pp. 593 à 611.

Allemagne indique que « [l]e comportement de la personne concernée avant la publication du reportage ou le fait que la photo litigieuse et les informations y afférentes ont déjà fait l'objet d'une publication auparavant constituent également des éléments à prendre en compte [...]». Toutefois, le seul fait d'avoir coopéré avec la presse antérieurement n'est pas de nature à priver l'intéressé de toute protection contre la publication de la photo litigieuse »²⁶⁰³. Précédemment, à propos d'un chanteur, la Cour a déjà considéré que « la révélation antérieure [faite] par l'intéressé lui-même des informations litigieuses est un élément essentiel de l'analyse de l'immixtion reprochée à la société de presse dans certains aspects de la vie privée du chanteur »²⁶⁰⁴. En effet, les informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles. Selon la Cour, les révélations du chanteur, une fois rendues publiques, affaiblissent le degré de protection à laquelle ce dernier pouvait prétendre au titre de sa vie privée, s'agissant désormais de faits notoires et d'actualité. [...] De l'avis de la Cour, c'est pourtant là un critère déterminant dans l'appréciation de l'équilibre à ménager entre le droit de la requérante à la liberté d'expression et celui du chanteur au respect de sa vie privée. Dans la mesure où la requérante a repris, sans les déformer, une partie des informations librement divulguées et rendues publiques par le chanteur, notamment dans son autobiographie, sur ses biens et sur la façon dont il employait son argent, la Cour est d'avis que celui-ci ne conservait plus une « espérance légitime » de voir sa vie privée effectivement protégée ».

Le critère évoque en réalité la relation qu'une personne peut avoir avec les médias. Il y a lieu de considérer que révéler des détails de sa vie privée auprès de la presse pour se « projeter au-devant de la scène »²⁶⁰⁵ a pour conséquence de limiter l'espérance légitime à voir sa vie privée protégée. La question indirectement posée à travers cet élément est le fait de savoir si une personne, personnalité publique ou non, peut espérer une protection plus importante de sa vie privée compte tenu du fait qu'elle est en mesure de démontrer, notamment par des actions ou des comportements passés, sa volonté ferme de ne pas s'exposer aux médias. *A contrario*,

²⁶⁰³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08, § 111 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 92. Voy. aussi Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13, § 48 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 130, confirmant Cour eur. D.H., 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07, § 50 ; Cour eur. D.H., 19 septembre 2013, *von Hannover c. Allemagne* (n° 3), req. 8772/10, § 46 ; Cour eur. D.H., 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, req. 34438/04, § 62.

²⁶⁰⁴ Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03, §§ 52 et 53. Voy. aussi Cour eur. D.H., 8 juin 2010, *Sapan c. Turquie*, req. 44102/04, § 34 ; Cour eur. D.H., 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. 20605/92, § 45.

²⁶⁰⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08, § 101.

un comportement passif induit-il inévitablement un consentement tacite²⁶⁰⁶ quant à la diffusion d'informations ? Eliette Abitbol répond négativement à cette seconde interrogation. Elle souligne à cet égard qu'il existe « [u]n principe dorénavant bien établi [qui] veut que la tolérance, voire la complaisance, ne s'oppose pas à l'exercice d'une action visant de nouvelles divulgations »²⁶⁰⁷. Des propos qu'il y a lieu de confirmer.

Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà précisé que « le seul fait d'avoir coopéré avec la presse antérieurement n'est pas de nature à priver l'intéressé de toute protection contre la publication [d'une] photo litigieuse »²⁶⁰⁸. Mais en l'espèce, une personnalité publique démontrant depuis de nombreuses années sa volonté ferme de ne pas s'exposer aux médias peut-elle espérer une protection plus importante de sa vie privée ? Dans l'arrêt *von Hannover c. Allemagne*, la requérante, princesse monégasque, s'est montrée très protectrice envers la protection de sa vie privée, agissant à de nombreuses reprises devant les autorités judiciaires²⁶⁰⁹. Cela étant, cet élément n'apparaît pas directement dans le raisonnement de la Cour européenne. Dans l'affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, cet élément est en revanche bien analysé par la Cour : le fait que l'acteur ait lui-même contribué à diffuser des informations à son propos n'a pas joué en sa faveur. L'arrêt *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, dont il est question ci-avant, précise qu'en divulguant lui-même ces éléments et compte tenu de la notoriété dont il jouit, l'artiste français – il s'agissait de Johny Halliday – ne peut plus espérer légitimement voir ces informations être protégées par le droit à la vie privée.

Dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* rendu le 28 juin 2018, la Cour souligne qu'« on ne peut reprocher à une personne condamnée – qui, de surcroît, proteste de son innocence – de faire usage des recours judiciaires disponibles en droit interne pour contester sa condamnation » (§ 109). Cela étant, lorsque les « tentatives des requérants sont allées bien au-delà de la simple utilisation des voies de recours disponibles en droit » (§ 109), que ceux-ci se sont en réalité adressés directement à la presse en lui fournissant des informations et des documents afin de contester leur condamnation pénale pour meurtre, il y a lieu de conclure que ces « requérants, même à l'approche de leur libération, n'avaient dès lors plus qu'une espérance légitime limitée

²⁶⁰⁶ Sur le consentement, voy. les quelques développements proposés *infra*.

²⁶⁰⁷ E. ABITBOL, note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 109, p. 112. Voy. aussi les nombreuses références citées par l'auteur. La décision commentée fait l'objet de quelques développements complémentaires *supra*.

²⁶⁰⁸ Cour eur. D.H., 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, req. 34438/04, § 62.

²⁶⁰⁹ En atteste, les trois décisions *von Hannover c. Allemagne* rendues par la Cour européenne des droits de l'homme.

[...] d'escompter l'anonymisation des reportages, voire un droit à l'oubli numérique » (§ 109). Dans cette affaire, le fait qu'en appui à leur démarche judiciaire, les requérants aient activé la presse pour tenter sans doute de faire pression sur l'opinion publique, est un élément en leur défaveur au moment où ils souhaitent recouvrer la tranquillité et l'anonymat nécessaires à leur réintégration dans la société. On ne peut donc pas « utiliser » la presse à un moment et lui reprocher ensuite l'aide apportée.

B. Le consentement de la personne

476. - Introduction. La jurisprudence semble ne pas prendre en compte l'existence d'un éventuel consentement qui aurait été donné quant à la diffusion d'informations qu'une personne voudrait désormais oublier. Sans développer en tant que tel la notion de consentement²⁶¹⁰, il importe de connaître l'impact que le consentement donné pourrait avoir sur l'analyse d'une demande d'oubli. A ce propos, l'on peut largement s'inspirer des développements proposés en matière de consentement donné dans le cadre du droit à l'image. Une telle démarche paraît être opportune dès lors qu'il s'agit là aussi d'une composante du droit à la vie privée et que l'impact sur la tranquillité d'une personne lorsqu'il y a réutilisation de cette image peut être assimilé aux circonstances dans lesquelles le droit à l'oubli est revendiqué.

1. Les contours du consentement

477. - L'avis 04/2009 du CSA. Dans son avis 04/2009 relatif à la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité (droit à l'image / droit à l'oubli / droit à l'information)²⁶¹¹, le Conseil supérieur de l'audiovisuel belge précise que « dès lors qu'elle a été accordée de manière certaine, tacitement ou de manière expresse, oralement ou par écrit, l'autorisation semble devoir par nature s'étendre aux différents supports sur lesquels l'information transite, et dans le temps grâce aux différentes techniques de conservations existantes » (point 5 dudit avis). A lire cet extrait, une fois le consentement donné, il est difficile de pouvoir revendiquer par la suite un droit à l'oubli. L'autorisation donnée n'est pas ponctuelle

²⁶¹⁰ Voy. *infra*, dans le cadre de l'analyse du consentement tel que repris dans le RGPD.

²⁶¹¹ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Collège d'avis, avis n° 04/2009 relatif à la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité (droit à l'image / droit à l'oubli / droit à l'information), disponible à l'adresse suivante, www.csa.be.

mais a vocation à être pérenne. Cependant, l'avis apporte directement une nuance importante : « [l']autorisation reste acquise pour autant qu'elle ne soit pas détournée de sa finalité, à savoir que les diffusions ultérieures ne peuvent être hors contexte ou ne peuvent dénaturer le propos ».

Cette nuance peut être commentée sous plusieurs angles. Premièrement, elle doit être comprise de la sorte : il y a détournement de la finalité soit lorsque le contexte est modifié soit lorsque le propos est dénaturé. Deuxièmement, l'autorisation demeure à la condition que l'information litigieuse ne soit pas utilisée dans le cadre d'une autre finalité. L'on perçoit ici un raisonnement tiré notamment de la réglementation des données à caractère personnel dans laquelle la finalité de traitement joue un rôle prépondérant (voy. *infra*). Si l'on se limite aux informations que l'on qualifie de journalistique, la finalité de leur diffusion – qu'il s'agisse de texte ou d'image – est précisément à trouver dans le traitement de l'actualité ainsi que de sujets d'intérêt général, c'est-à-dire un traitement journalistique. Or, l'archivage entre pleinement, selon la Cour européenne des droits de l'homme²⁶¹², dans les missions de la presse ; certes, il s'agit d'une mission accessoire, mais la constitution d'archives entre bien dans cette finalité. En conséquence, dès que l'on obtient l'autorisation de traiter ces informations – autorisation qui n'est d'ailleurs pas toujours requise puisque leur diffusion est justifiée par l'actualité ou le débat d'intérêt général –, ces dernières peuvent, selon l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, par la suite figurer dans des archives sans que l'on puisse s'y opposer. Troisièmement, et cela rejoint ce qui vient d'être exposé, le fait d'être « hors contexte » ne peut être, compte tenu du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, retenu dans le cadre de la constitution d'archives. Cela étant, l'on pourrait éventuellement opposer le fait que le contexte dans lequel a eu lieu la première divulgation – qui n'est pas contestée – est celui de l'actualité ou d'un débat d'intérêt général, et que ce contexte fait défaut dans le cadre d'une redivulgation. L'on en revient *in fine* aux développements que l'on a proposés à l'égard de la notion d'actualité. Enfin, quatrièmement, l'autorisation n'est plus acquise lorsque les propos sont dénaturés. Dans le cadre des archives numériques, une telle possibilité ne semble pas pouvoir être mise en œuvre puisque l'article diffusé initialement est identique à celui déposé dans ces archives. En revanche, dans la presse écrite ou audiovisuelle, le journaliste pourrait à l'occasion du rappel de faits, dénaturer l'information initiale. Dans ce cas, l'autorisation donnée n'est plus valable et permet d'exiger que ces données ne soient pas rappelées de cette façon.

²⁶¹² Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 45. Voy. aussi *supra*.

Autrement dit, il sera alors possible d’agir en responsabilité extracontractuelle à l’égard de celui qui effectue maladroitement le rappel.

La similitude du contexte, et donc de la finalité, est un élément approuvé par la jurisprudence. Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles affirme le 22 octobre 2009 que le consentement visant à mettre en ligne des photos sur un site gratuitement accessible implique une autorisation, certes implicite, de voir ces mêmes photos être diffusées dans d’autres publications dès lors que ces publications se font dans un contexte qualifié de similaire²⁶¹³.

478. - Le retrait de son consentement. L’avis du Conseil supérieur de l’audiovisuel évoque ensuite le droit de rétractation : « [t]ant pour la première diffusion que pour les diffusions ultérieures qui pourraient intervenir du fait d’un recours aux archives, le Collège note qu’en droit belge, la jurisprudence et la doctrine ne reconnaissent pas de manière unanime l’existence d’un droit de rétractation. Tout retrait éventuel doit donc de préférence passer par un accord entre la personne et le service de médias » (point 8). Il constate encore que « les problèmes majeurs liés à cette question du droit à l’image et du droit à l’oubli – qui ne concerne pas que la diffusion d’archives – tiennent essentiellement au fait que des personnes qui ne veulent pas passer en télévision s’y retrouvent quand même contre leur gré » et de ce fait « considère qu’instaurer un droit de rétractation unilatéral gênerait l’exercice du droit à l’information tout comme celui du fait de l’histoire » (point 9). A lire entre les lignes, le Conseil supérieur paraît être frileux quant à l’instauration de ce droit, celui-ci permettant notamment de mettre en œuvre, au moins partiellement, le droit à l’oubli. A n’en pas douter, et sur ce point nous rejoignons l’avis, la mise en œuvre d’un droit de rétractation gêne l’exercice du droit à l’information. Tout comme le fait de revendiquer la protection du droit à la vie privée, le droit à l’oubli d’informations ou encore le droit à l’image. Cela étant, il semble qu’une simple « gêne » ne peut aboutir à faire échec à la protection d’un autre droit fondamental. Rappelons que les droits fondamentaux ne sont pas hiérarchisés et qu’alors que le Conseil supérieur de l’audiovisuel met

²⁶¹³ Civ. Bruxelles (réf.), 22 octobre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 301, note J. CEULEERS, « Vijf rechterlijke publicatie- en verspreidingsverboden : de persvrijheid beknot ? » ; *N.j.W.*, 2010/218, p. 204, note E. BREWAEYS, « Recht op afbeelding » ; *R.A.B.G.*, 2009/20, p. 1396 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/3, p. 953. Le contexte de cette affaire est, il est vrai, tout à fait particulier : « le modèle, une personne amputée, avait accepté la publication de ses photographies sur le site “ampulove” qui abordait le sujet des personnes ayant une attirance pour les personnes amputées ainsi que celui des personnes souhaitant se faire amputer un membre sain. Le magazine *Dag Allemaal* avait repris les photos pour illustrer un article abordant les mêmes thèmes si bien que le tribunal a estimé qu’il n’y avait pas faute du journaliste et que le modèle avait autorisé tacitement qu’on réutilise ses photos dans un contexte similaire » (M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l’image*, op. cit., p. 158, n° 96, note 659).

en exergue la gêne pour la liberté d'expression, l'on peut aussi mettre en lumière la gêne dans la protection de sa vie privée. Quant à l'argument de l'histoire (voy. *supra*). Il est évident qu'un fait historique ne peut faire l'objet, par le biais par exemple de la rétractation d'un consentement initialement donné, d'un effacement pur et simple.

2. Les caractéristiques du consentement

479. - Introduction. Le texte du Conseil supérieur de l'audiovisuel semble conférer au consentement plusieurs caractéristiques.

480. - Un consentement exprès ou tacite. Premièrement, le consentement doit être exprès ou tacite²⁶¹⁴. Même dans ce second cas, il doit être certain et non équivoque. Lorsqu'il est donné implicitement, il découle en réalité d'un faisceau de présomptions. De nombreuses décisions permettent d'illustrer ce consentement tacite. Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 13 février 2009²⁶¹⁵, n'a pas fait droit à la demande d'une personne qui, placée sous le feu des projecteurs dans le cadre d'une affaire qui a défrayé la chronique tant en presse écrite qu'en presse audiovisuelle, s'est plainte notamment d'une atteinte à son droit à l'image par rapport à un portrait tiré d'elle dans une émission de la RTBF, *Au nom de la loi*. Le tribunal rappelle que le plaignant a, dans un premier temps, accepté de participer à l'émission, d'être filmé et *in fine* que son image soit diffusée. En outre, les images proviennent d'une conférence de presse « où il ne pouvait ignorer la présence des photographes (quand bien même l'accès y aurait-il été "limité") » et s'inscrivent « dans le cadre d'un sujet d'actualité, dont il faisait partie ». Enfin, le tribunal relève que les images ne s'inscrivent pas « dans la sphère "intime" » du plaignant. En 2005, le président du Tribunal de première instance de Bruxelles²⁶¹⁶ considère qu'accepter d'être suivi par des équipes télévisuelles sans protestation ne permet pas à un personne, par la suite, de s'opposer à la diffusion d'une émission télévisuelle à son sujet. Il estime que l'autorisation est indiscutablement donnée²⁶¹⁷.

²⁶¹⁴ Le consentement tacite amène une difficulté en matière de preuve. En effet, « c'est à celui qui se prévaut du consentement d'en apporter la preuve » (B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée, op. cit.*, p. 139, n° 285). Or, à défaut d'un écrit, il peut s'avérer difficile d'apporter les éléments probants découlant, généralement, des circonstances de fait.

²⁶¹⁵ Civ. Bruxelles (75^{ème} ch.), 13 février 2009, *A&M*, 2009/3, p. 314, note.

²⁶¹⁶ Civ. Bruxelles (réf.), 8 novembre 2005, *A&M*, 2007/1-2, p. 174.

²⁶¹⁷ A ce propos, voy. nos développements *supra* et *infra* sur le consentement donné dans le cadre du film *Ni juge ni soumise*. Cet élément vient nuancer les remarques faites sur la valeur du consentement.

Il découle de cette autorisation tacitement octroyée le fait que l'autorisation peut, dans certaines circonstances, être présumée. Les personnes publiques, dès lors que des informations ou images les visant dans « leur fonction, au sens large, leur activité ou [par rapport à] la raison pour laquelle elles sont connues du public »²⁶¹⁸, sont présumées avoir donné leur consentement, sauf opposition expresse. Ainsi, toute personne projetée sur la scène de l'actualité est présumée autoriser la diffusion d'information à son propos. L'on souligne que dans certaines circonstances, il est parfaitement admissible que, malgré une opposition donnée expressément, la diffusion puisse avoir lieu, celle-ci étant justifiée par l'actualité ou, plus largement, l'intérêt général. Dans un tel contexte, il y a lieu de mettre en balance les intérêts en présence²⁶¹⁹. La jurisprudence a toutefois déjà admis, pour des personnalités, que leur image ne puisse être diffusée dès lors qu'ils s'y étaient clairement opposés²⁶²⁰. L'on retrouve ici la prise en compte du comportement antérieur de la personne visée (voy. *supra*).

L'une des façons d'octroyer tacitement son autorisation pour une personne est de révéler par elle-même des éléments attachés à sa vie privée, en ce compris des images. Benjamin Docquir relève cependant qu'« une telle autorisation implicite ne fera pas tomber les informations publiées dans le domaine public. En effet, l'autorisation est toujours révocable et elle ne peut normalement pas être accordée pour une durée indéterminée »²⁶²¹. La formule reste prudente mais est évidente : à l'heure du numérique, force est de constater que le consentement donné ne peut être accordé sans être défini préalablement. L'auteur, s'opposant au prescrit de l'avis précité du Conseil supérieur de l'audiovisuel (voy. *supra*), poursuit son raisonnement en concluant que « [l]'écoulement du temps ferait donc en quelque sorte “revenir” les informations divulguées dans la sphère privée de la personne concernée (sous réserve d'un éventuel abus de droit) »²⁶²². Difficile de ne pas y voir une reconnaissance du droit à l'oubli d'informations, Benjamin Docquir prenant soin de souligner le caractère relatif de ce droit en évoquant l'abus potentiel de droit. L'on partage davantage cette analyse du consentement et de son éventuelle limite temporelle que le raisonnement proposé par ledit Conseil.

²⁶¹⁸ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 169, n° 107.

²⁶¹⁹ Voy. à ce sujet vers l'ensemble des propos développés à cet égard dans la présente thèse ainsi que vers les enseignements nombreux et importants apportés par la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁶²⁰ Voy. notamment la jurisprudence française suivante, citée par M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., pp. 183 et 184, n° 108-26 : Cass. fr. 21 octobre 1980, *Bull. crim.*, n° 262 (l'affaire concerne une photographie de Jean Gabin sur son lit de mort) ; C.A. Paris, 27 février 1981, *D.*, 1981, III, p. 457 (l'affaire concerne Isabelle Adjani enceinte) ; C.A. Paris, 9 juillet 1980, *Rev. sc. crim.*, 1981, p. 879 (l'affaire concerne des révélations sur l'état de santé de Jacques Brel) ; T.G.I. Paris, 3 février 1982, *R.I.D.A.*, 1982, p. 150 (l'affaire concerne Rommy Schneider, la représentant en compagnie de son fils tragiquement décédé).

²⁶²¹ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 140, n° 286.

²⁶²² *Ibidem*.

481. - Un consentement spécial. Deuxièmement, le consentement doit être spécial. L'avis précité mentionne que « l'autorisation semble devoir par nature s'étendre aux différents supports sur lesquels l'information transite, et dans le temps grâce aux différentes techniques de conservations existantes ». A propos de l'autorisation donnée dans le cadre du droit à l'image, Marc Isgour nuance en soulignant qu'elle doit en réalité « porter sur un ou plusieurs usages déterminés d'une ou plusieurs photographies déterminées, ou au moins être limitée soit à certains types d'utilisation de l'image (notamment dans le temps), soit à certaines images. Ainsi une autorisation générale et illimitée [...] serait nulle, car contraire à l'ordre public »²⁶²³. L'interprétation restrictive²⁶²⁴ de l'autorisation donnée permettrait éventuellement de pouvoir revendiquer l'oubli d'informations ou d'images pour lesquelles le consentement avait été initialement donné. Cela étant, l'exigence d'une interprétation restrictive ne peut être entendue exagérément. Ainsi, « [i]l ne serait pas réaliste d'exiger une nouvelle autorisation chaque fois qu'est réutilisé un portrait pour lequel une autorisation d'exploitation a été obtenue. A défaut, en effet, les images empruntées aux banques d'images ne pourraient plus être utilisées »²⁶²⁵. Se basant sur la décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 30 juin 1997²⁶²⁶, Marc Isgour soutient qu'« il est unanimement admis que l'autorisation donnée ne peut pas être étendue à d'autres images ou à d'autres usages que ceux initialement visés » et « qu'on ne peut étendre sans discernement l'autorisation donnée par la personne représentée »²⁶²⁷. Ce constat rejoint en réalité celui posé par l'avis précité du Conseil supérieur de l'audiovisuel relatif à la finalité du traitement de l'image ou l'information. Le Tribunal de première instance de Gand, en référé, a considéré le 13 janvier 2000 que « [l]'opposition à une large diffusion d'une affiche et d'un dépliant avec la reproduction reconnaissable d'une personne est fondée lorsque cette personne n'a été ni prévenue, ni sollicitée pour l'usage de cette reproduction dans ce contexte particulier. Le fait que la photo en question ait été publiée auparavant dans un journal, dans le cadre d'une chronique d'actualités, ne donne pas le droit d'employer l'image d'une personne sans

²⁶²³ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 160, n° 99. L'auteur se réfère à E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten. De persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, doctoraatsproefschrift, Bruxelles, VUB, 1986, p. 1177, ce dernier citant lui-même H. VANDENBERGHE, « Bescherming van het privé leven en recht op informatie via de massa media », *R.W.*, 1969-1970, col. 1457, n° 6.

²⁶²⁴ Bruxelles, 6 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 303.

²⁶²⁵ M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., pp. 160 et 161, n° 99.

²⁶²⁶ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710. Sur cette décision, voy. *supra*. Voy. aussi, dans la même affaire, civ. Bruxelles (réf.), 18 septembre 1996, *inédite*, citée et brièvement commentée par M. ISGOUR, I. SCHMITZ (collab.), *Le droit à l'image*, op. cit., p. 184, n° 108-27.

²⁶²⁷ *Ibidem*, pp. 163 et 164, n° 102.

son autorisation, dans le cadre d'une action à laquelle celle-ci ne veut pas être associée. Si le droit de s'opposer à la reproduction d'une image personnelle est en principe limité lorsque l'image a été prise en public, cette restriction ne peut être acceptée lorsque l'image en question consiste en une situation désagréable, douloureuse, voire pitoyable, et que pareille image est employée ou détournée dans le cadre d'une mobilisation pour une action donnée »²⁶²⁸. L'ordonnance est intéressante dès lors qu'elle évoque une réutilisation d'information à laquelle un individu s'oppose. La première diffusion s'inscrit dans le cadre de l'actualité et ne nécessite, par conséquent, pas d'autorisation expresse. Cela étant, sa réutilisation dans un autre contexte implique de requérir une autorisation. L'on peut éventuellement percevoir dans ce raisonnement des éléments du droit à l'oubli. Il importe de souligner que cette décision consacre le principe selon lequel une information rendue publique en raison de son actualité n'implique pas qu'elle puisse, sans limite, être réutilisée par la suite.

Le caractère spécial de l'autorisation donnée découle en réalité de l'incessibilité des droits de la personnalité, le caractère extrapatrimonial de ces droits étant reconnus. Seule une renonciation partielle et limitée demeure possible. Ainsi, « la personne ne pourra donc pas valablement autoriser une représentation de son image pour tous types d'utilisations quelconques, ni une représentation qui porterait atteinte à la substance du droit à l'image, c'est-à-dire la protection de la personnalité »²⁶²⁹.

3. Le consentement et le droit à l'oubli

482. - Le consentement, une forme de renonciation à son droit à l'oubli²⁶³⁰ ? La présence d'un consentement fait écho à la problématique de la renonciation des droits fondamentaux. Soulignant le caractère polysémique du terme « renonciation », Olivier De Schutter et Julie Ringelheim évoque trois types de renonciation. Ainsi, renoncer peut signifier « 1° ne pas

²⁶²⁸ Civ. Gand (réf.), 13 janvier 2000, A&M, 2000/3, p. 326. L'extrait est issu du sommaire.

²⁶²⁹ B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, op. cit., p. 140, n° 288. L'auteur renvoie à G. GATHEM, A. STROWEL, « La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l'indice d'obligations », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 510 et 515.

²⁶³⁰ Les développements proposés relatifs à la renonciation sont brefs. Pour de plus amples développements, voy. notamment P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, coll. de droit international, Paris, Bruylant, 2001 ; O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règle de l'échange », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441 à 482.

exercier une liberté qui nous est reconnue, que nous aurions donc le “droit” d’exercer ; 2° consentir à l’avance à une atteinte à un droit, soit par la conclusion d’une convention prévoyant la possibilité d’une telle atteinte, soit par un engagement unilatéral ; 3° s’abstenir d’agir pour se plaindre d’une atteinte portée à un droit, en d’autres termes, “renoncer” à en obtenir réparation et à réclamer la sanction de l’auteur de la violation. Cette attitude peut se traduire par l’absence de protestation au moment où l’atteinte au droit est commise, par la décision de ne pas introduire d’action en justice ou devant l’autorité compétente, ou encore par l’acceptation d’un règlement amiable mettant fin à la contestation »²⁶³¹. Cette dernière hypothèse paraît être la plus fréquente lorsque des informations d’ordre privé sont diffusés par les médias, le consentement préalable n’étant que rarement obtenu. Cela étant, dans certaines circonstances, une autorisation expresse peut être donnée préalablement à la diffusion des informations. Dans l’hypothèse où la renonciation se fait par un consentement²⁶³², ce dernier doit être libre et éclairé²⁶³³, à l’instar de ce qui a été développé ci-avant.

La Cour européenne des droits de l’homme a reconnu explicitement la faculté²⁶³⁴ de renoncer à certains droits consacrés par la Convention : « [s]ans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer [...], mais il n’en va pas de même de certains autres »²⁶³⁵.

L’article 8 de la Convention fait partie des dispositions dont il est possible de renoncer : une personne peut parfaitement « consentir aux investigations et divulgations relatives à sa vie

²⁶³¹ O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règle de l’échange », *op. cit.*, p. 445. Voy. aussi F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, LGDJ, 1985, p. 47, § 34 (la renonciation s’entend de « procédé juridique traduisant la volonté expresse ou tacite d’un individu de se dépouiller d’une prérogative, de l’abandonner ou de l’abdiquer, alors qu’il pourrait encore la faire valoir »).

²⁶³² Il est déjà intéressant de confronter cette renonciation par le consentement au dispositif mis en place dans le RGPD qui permet de renoncer à un consentement donné préalablement. Cela étant, les conditions du consentement, et notamment son caractère spécial, permettrait en définitive de consacrer le droit de renoncer à un consentement donné (voy. *supra*).

²⁶³³ O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règle de l’échange », *op. cit.*, pp. 456 à 469.

²⁶³⁴ La Cour n’a jamais reconnu l’existence d’un réel droit à renoncer. Dans la contribution précitée d’Olivier De Schutter et Julie Ringelheim, le droit à renoncer est évoqué mais toujours entre guillemets. Voy. aussi A. VERHOUSTRAETEN, *La renonciation aux libertés fondamentale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, mémoire de la Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2015, prom. : Olivier De Schutter, p. 59.

²⁶³⁵ Cour eur. D.H., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, req. 7299/75 et 7496/76. L’arrêt porte sur l’article 6, § 1^{er}, de la Convention, relatif au droit au procès équitable. Cette disposition constitue le terrain de prédilection de la jurisprudence européenne en ce qui concerne la renonciation aux droits fondamentaux (P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l’homme à l’épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 28, n° 37).

privée, que ce soit par manifestation de volonté unilatérale ou pas contrat »²⁶³⁶. Pour Pierre Kayser, « [s]i important soit l'intérêt des personnes à ne pas être victimes d'investigations dans leur vie privée ni de divulgations de celle-ci, il est un intérêt privé à la protection duquel elles peuvent renoncer. Elles peuvent préférer la notoriété de leur vie privée à leur secret »²⁶³⁷. Cette faculté de consentir à la communication d'aspects de sa vie privée engendre de fait une renonciation à la protection accordée par le droit à la vie privée. Philippe Frumer constate à cet égard qu'il existe une certaine « ambiguïté de la notion de renonciation en matière de vie privée. Ne faut-il pas en effet considérer que celui qui fixe les limites dans lesquelles il consent à des divulgations ayant trait à l'intimité de sa vie privée, bien loin de renoncer à celle-ci, ne fait qu'en réglementer l'exercice en choisissant de s'exposer ? »²⁶³⁸. Frédérique Dreifuss-Netter abonde dans le même sens : « l'artiste ou le personnage public qui tolère ou encourage divulgations ou publications le concernant ne renonce qu'à demander réparation de l'éventuel préjudice qui en résulterait. En revanche, non seulement il ne renonce ni explicitement, ni tacitement à son droit de la personnalité, mais au contraire il l'exerce pleinement. Autoriser ou refuser, fixer les limites du respect de la personne constitue la mise en œuvre même du droit, non une renonciation »²⁶³⁹. Ce raisonnement proposé pour les personnages publics doit pouvoir s'appliquer identiquement pour toute personne privée, accédant momentanément à une certaine notoriété.

La renonciation aux garanties de l'article 8 semble découler de l'article 8 lui-même. En effet, cette disposition consacre *implicitement* le droit à l'autonomie personnelle et à l'autodétermination informationnelle, ce droit devant permettre à chacun de renoncer à obtenir une protection de sa vie privée. Or, la faculté de renoncer à la protection des droits fondamentaux s'inscrit pleinement dans cette prérogative juridique²⁶⁴⁰. La Cour européenne des

²⁶³⁶ *Ibidem*, p. 340, n° 460 ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 334, § 267 ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 235, n° 136.

²⁶³⁷ *Ibidem*, p. 235, n° 136.

²⁶³⁸ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 341, n° 462.

²⁶³⁹ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, *op. cit.*, p. 76, § 71. Au départ de ce constat, Philippe Frumer remet en cause le caractère inaliénable du droit à la vie privée : « les aliénations sont admissibles, étant toutefois entendu que toute autorisation donnée à la divulgation d'éléments relevant de la vie privée doit faire l'objet d'une interprétation restrictive » (P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 343, n° 467). L'auteur ajoute encore qu'à l'instar de la notion même de droit à la vie privée, la renonciation à ce droit est un concept protéiforme.

²⁶⁴⁰ O. DE SCHUTTER, J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le rôle de l'échange », *op. cit.*, 456.

droits de l'homme a entériné ce raisonnement, dans des affaires relatives à la protection de l'intégrité physique²⁶⁴¹.

483. - Le consentement ou l'absence de consentement dans la jurisprudence relative à l'oubli. Comme le précise Roseline Letteron, « [d]ans le domaine du droit à l'oubli, le consentement est toujours implicite »²⁶⁴². Certaines décisions évoquent le consentement qui aurait ou non été donné. Dans le cadre de l'affaire *Meurtre aux champs*, titre de l'émission *Strip-Tease* reprenant des images d'une procédure devant la Cour d'assises, l'accusé soutient qu'il n'a pas donné son consentement, ou du moins qu'il ne l'a pas cédé de façon libre et éclairée. Le Tribunal de première instance de Bruxelles constate que même s'il « ne semble pas s'opposer aux prises de vues effectuées à ce moment, il n'est pas établi qu'il aurait explicitement consenti à être filmé même s'il se tourne à une ou deux reprises vers la caméra ». La juridiction souligne en outre le contexte particulier dans lequel ces prises de vue ont eu lieu : « il est manifeste que dans le contexte particulier de la cour d'assises, [l'accusé] n'a pu donner, vu la tension exceptionnelle à laquelle il était soumis, aucun consentement, en tout cas aucun consentement valable ». Ainsi, s'il s'est laissé filmer, c'est essentiellement parce qu'il n'aurait pas souhaité « se montrer agressif » en s'opposant frontalement au fait que des caméras le filment. Le tribunal de conclure que « seul un consentement donné explicitement, avant le procès et en dehors d'un contexte moral contraignant, aurait permis de prendre et ensuite de diffuser les images ». Le raisonnement peut étonner dès lors qu'il s'agit d'une procédure devant une cour d'assises, ce qui témoigne de la gravité des faits commis. Dans ces circonstances, on peut légitimement considérer que le consentement exprès de la personne n'est pas nécessaire. Peut-être la juridiction s'est-elle cependant inscrite dans le seul contexte de la redivulcation ? L'affaire est certes importante mais ne semble pas entrer dans la grande histoire pénale. Cela étant, considérer que l'autorisation donnée aurait permis une redivulcation ultérieure des images s'oppose aux nuances qui viennent d'être données à la notion même de consentement.

²⁶⁴¹ Voy. notamment, Cour eur. D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. 42758/98 et 45558/99 ; Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2346/02 ; Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. 21627/93, 21826/93 et 21974/93.

²⁶⁴² R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 416. Elle ajoute que « [l]e caractère éventuellement implicite du consentement n'a donc pas la même fonction dans le droit à l'oubli et dans le droit au respect de la vie privée. Dans le premier cas, il déroge au principe général du refus de consentir à la divulgation. Dans le cas du droit à l'image, en revanche, l'autorisation tacite est une dérogation au principe de consentement formel, voire éclairé, que le droit positif exige pour permettre la conservation et la diffusion d'informations relatives à la vie privée d'une personne » (p. 418).

Un parallèle peut ici être effectué avec le film *Ni juge ni soumise*, une adaptation cinématographique du style *Strip-Tease*, dont il a déjà été question ci-avant (voy. *supra*). Rappelons que l'une des protagonistes filmées dans le cadre d'une audition effectuée par la juge d'instruction, figure centrale du film, a requis qu'une scène du film soient supprimées. La production, sans attendre une décision judiciaire, lui donne raison en coupant ladite scène. Bien qu'en tant que telle, la question du consentement ne soit pas au cœur de l'argumentation de la plaignante, celle-ci reconnaissant l'avoir donné, l'on peut souligner que cette autorisation a été obtenue juste avant l'audition, soit sur le pas de porte du bureau de la juge d'instruction. L'on pourrait, en reprenant le raisonnement tenu par le Tribunal de première instance, considérer que bien qu'il soit donné explicitement, le consentement aurait été octroyé dans un « contexte moral contraignant ». L'on peut, à cet égard, évoquer un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 31 juillet 2007²⁶⁴³ dont le sommaire indique ceci : « [l]a permission donnée à une équipe de tournage, par des tiers non habilités, de procéder à l'enregistrement de la phase préliminaire d'une enquête constitue une violation du droit à la vie privée du suspect. Le fait qu'aucune objection n'ait été formulée contre la présence d'une équipe de tournage n'y change rien. On ne peut attendre d'un suspect qu'il ait l'audace ou le courage de s'opposer à la présence d'une équipe de tournage qui était présente avec l'assentiment évident des agents de police. La présence d'une équipe de cameramen qui procède à des prises de vue télévisées d'une opération d'investigation judiciaire destinées à un programme d'information viole le secret de l'instruction ». Restons cependant prudent quant à une assimilation trop rapide de cet enseignement aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné pour le film *Ni juge ni soumise*, circonstances précises qui sont n'ont pas été divulguées.

C. Le type de média utilisé pour la nouvelle divulgation²⁶⁴⁴

484. - L'impact du média utilisé sur l'oubli. Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme analyse une limite potentielle à la liberté d'expression, elle se penche notamment sur le type de média utilisé pour véhiculer l'information litigieuse. Cet élément présente en effet un impact, parfois important, sur l'ampleur du préjudice que la personne visée pourrait subir.

²⁶⁴³ Bruxelles (ch. vac. 2^{ème} sect.), 31 juillet 2007, A&M, 2007/5, p. 497.

²⁶⁴⁴ Sur cet élément, nous reprenons les développements proposés dans F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge, op. cit.*, pp. 357 à 359, n° 536.

La prise en compte de cet élément témoigne d'une analyse très concrète proposée par la Cour. En effet, si l'on s'en tient à un raisonnement « puriste », la prise en compte de cet élément ne devrait pas intervenir dans le cadre de l'analyse d'une potentielle faute, mais davantage dans l'analyse de l'ampleur du dommage et de sa réparation. L'on voit ici la difficulté d'associer le développement en trois étapes de la juridiction européenne à notre action en responsabilité extracontractuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil. Cela étant, dans les affaires relatives à l'oubli et à la liberté d'expression, les circonstances particulières de chaque cas d'espèce ont toute leur importance. Cela permet de justifier l'analyse de ce critère à cette étape du processus.

La Cour européenne des droits de l'homme donne quelques éléments concrets, tenant compte en réalité de plusieurs paramètres différents²⁶⁴⁵.

485. - L'incidence de la nature du média. Elle détermine d'abord la nature du média utilisé. La haute juridiction strasbourgeoise estime en effet que « les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus puissants et immédiats que la presse écrite »²⁶⁴⁶. Dans un arrêt rendu le 22 avril 2013, la Cour précise, à propos des médias audiovisuels, qu'« elle reconnaît l'immédiateté et la puissance de ces médias, dont l'impact est renforcé par le fait qu'ils restent des sources familières de divertissement nichées au cœur de l'intimité du foyer. De plus, les choix inhérents à l'utilisation d'Internet et des médias sociaux impliquent que les informations qui en sont issues n'ont pas la même simultanéité ni le même impact que celles qui sont diffusées à la télévision ou à la radio »²⁶⁴⁷. Dans son arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, la Cour admet que son analyse doit prendre en compte « le fait que le roman est une forme d'expression artistique qui, bien que susceptible d'atteindre un lectorat sur une période longue, s'adresse généralement à un public plus restreint que la presse écrite [...]. En conséquence, le nombre de personnes ayant eu connaissance des propos en cause [...] et l'ampleur de l'atteinte aux droits et à la réputation [...] étaient vraisemblablement

²⁶⁴⁵ Ces paramètres ont notamment été relevés par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, *Articles 1 à 6 de la Convention*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 96, n° 431 et 432.

²⁶⁴⁶ Voy., notamment, Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie*, req. 38433/09, § 132 ; Cour eur. D.H., 11 décembre 2008, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, req. 21132/05, § 60 ; Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00, § 39 ; Cour eur. D.H., 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, req. 44179/98, §§ 69 et 74 ; Cour eur. D.H., 19 juin 2003, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99, § 79 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 31.

²⁶⁴⁷ Cour eur. D.H., 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. 48876/08, § 119.

modérés »²⁶⁴⁸. En Belgique, la jurisprudence relative au type de média utilisé n'est pas florissante. Le Tribunal de première instance de Bruxelles rappelle qu'« [i]l convient de tenir compte de l'impact particulier des médias audiovisuels “où la parole et l'image se superposent et sont ressentis dans leur ensemble” »²⁶⁴⁹. La juridiction bruxelloise raisonne en faisant référence à une ordonnance du président du Tribunal de première instance de Bruxelles qui, dans un litige relatif au droit de réponse, soutient qu'« en matière de presse audiovisuelle, le fait, la parole et l'image se superposent et sont ressentis dans leur ensemble ; [...] il ne s'agit donc pas de vérifier l'exactitude de la prise de vues, mais de juger l'impression que la succession des images, assorties de commentaires et d'interviews, a pu donner au téléspectateur [...] »²⁶⁵⁰. Enfin, la doctrine abonde dans le même sens en reconnaissant des effets plus importants et néfastes à la presse audiovisuelle. Stéphane Hoebeke et Bernard Mouffe soutiennent à ce propos que « [p]ar les images les médias[,] audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer »²⁶⁵¹. Ces considérations doctrinales et jurisprudentielles peuvent, le cas échéant, être appliquées à l'analyse de l'oubli d'information. En effet, le fait que la redivulgence d'une émission ou que le rappel d'information soit fait dans la presse audiovisuelle impacte la revendication de l'oubli. Quant à internet, la Cour européenne considère que « les sites internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et que les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit à la vie privée [...], et ce notamment en raison du rôle important que jouent les moteurs de recherche »²⁶⁵². Elle a en outre reconnu que les technologies numériques ont « permis la réalisation de crimes traditionnels et conduit à l'émergence de nouveaux types de crimes »²⁶⁵³, ceux-ci appelant des solutions juridiques sur mesure. Sandrine

²⁶⁴⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02, § 47.

²⁶⁴⁹ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 janvier 2014, *A&M*, 2014/3-4, p. 274. Le jugement se réfère à civ. Bruxelles (prés.), 19 mai 1982, *J.T.*, 1983, p. 152.

²⁶⁵⁰ Civ. Bruxelles (prés.), 19 mai 1982, *J.T.*, 1983, p. 152, note G. LEROY.

²⁶⁵¹ S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, op. cit., p. 98, n° 192. Les auteurs s'appuient sur les enseignements des arrêts suivants : Cour eur. D.H., 19 juin 2003, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99 ; Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. 44647/98 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 31.

²⁶⁵² Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 91. Voy. aussi Cour eur. D.H., 7 juin 2016, *Cicad c. Suisse*, req. 17676/09, § 59 ; Cour eur. D.H., 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. 33014/05, § 63 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. 64569/09, § 133.

²⁶⁵³ S. TURGIS, « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 18.

Turgis parle à ce propos de « l’ambivalence d’internet, qui permet d’espérer le meilleur pour les droits et libertés tout en laissant craindre le pire »²⁶⁵⁴.

486. - L’incidence de la portée territoriale du média. La Cour européenne analyse aussi la portée territoriale du média. Elle constate à cet égard que « the extent to which the report has been disseminated may also be an important aspect, depending on whether newspaper is a national or local one, and whether it has a large or limited circulation »²⁶⁵⁵. A ce propos, dans l’arrêt *Fuchsmann c. Allemagne* duquel l’extrait repris ci-avant est tiré, la Cour soutient que le fait qu’un article soit disponible en ligne et qu’il soit uniquement accessible « as a result of a directed search with an online search engine » aboutit à devoir considérer « that the consequences of the article in Germany were limited » (§ 52). L’affaire concerne un homme d’affaires allemand cité dans un article publié dans le *New York Times* ainsi que sur son site en ligne. Les juridictions allemandes estiment qu’elles peuvent seulement accueillir l’action relative à l’article en ligne, dès lors que pour la version papier, elles ne disposent pas d’une compétence internationale et que le quotidien n’est pas distribué outre-Rhin.

487. - L’incidence du degré de diffusion. La Cour européenne des droits de l’homme prend ensuite en compte le degré de diffusion des propos litigieux. Si la diffusion a lieu lors d’une « heure à grande écoute »²⁶⁵⁶, la Cour aura tendance à considérer le préjudice comme plus important. Lorsque des informations sont disponibles dans des archives en ligne, la Cour indique « qu’à la différence d’un sujet télévisé diffusé à une heure de grande écoute », ces informations ont « une diffusion limitée en raison de leur accessibilité restreinte et de leur emplacement non pas sur les pages consacrées à l’actualité sur les portails Internet des médias concernés, mais dans des rubriques indiquant clairement qu’il s’agissait de reportages anciens »²⁶⁵⁷. Elle ajoute que le degré de diffusion est limité dès lors que les reportages litigieux « n’étaient pas susceptibles d’attirer l’attention de ceux des internautes qui n’étaient pas à la recherche d’informations sur les requérants [...] d’autant qu’une partie des informations était

²⁶⁵⁴ *Ibidem*. L’auteur renvoie à G. COHEN-JONATHAN, « Progrès technique et droits de l’homme : conclusion », *Rev. trim. D.H.*, 2003/54, pp. 724 à 744 ; M. DELMAS-MARTY, « L’ambivalence des nouvelles technologies », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Actes du colloque de 2011 du Réseau droit science et technique, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 8 et 9.

²⁶⁵⁵ Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13, § 50 ; Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00, § 47.

²⁶⁵⁶ Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99, § 79 ; Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00, § 47.

²⁶⁵⁷ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 112.

frappée de restrictions supplémentaires »²⁶⁵⁸. Sur internet, il est en effet possible de monnayer l'accès aux informations ce qui, *in fine*, limite drastiquement leur degré de diffusion. L'on rejoint clairement, ici, la remarque préalablement faite : les réflexions se situent davantage au niveau de l'ampleur du préjudice subi que de l'examen de l'existence d'une faute liée à la redivulgation.

488. - L'incidence du type de chaîne ou d'émission. Le type de chaîne et le type d'émission sont d'autres éléments pris en compte. Dans son arrêt *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, la Cour souligne que les propos sont tenus « sur une chaîne de télévision nationale au cours d'une émission attachée à l'objectivité et au pluralisme et a donc atteint un large public »²⁶⁵⁹. En ce qui concerne la presse écrite, la Cour met cet élément en parallèle avec le critère de la participation au débat d'intérêt général. Dans son arrêt *Hachette Filipacchi associés (Ici Paris) c. France*²⁶⁶⁰, elle soutient que « si l'article 10, § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine, en particulier, du discours politique [...] et, de façon plus large, dans des domaines portant sur des questions d'intérêt public ou général, il en est différemment des publications de la presse dite "à sensation" "de la presse du cœur", laquelle a habituellement pour objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie strictement privée d'une personne [...]. Quelle que soit la notoriété de la personne visée, lesdites publications ne peuvent généralement passer pour contribuer à un débat d'intérêt public pour la société dans son ensemble, avec pour conséquence que la liberté d'expression appelle dans ces conditions une interprétation moins large » (§ 40). Un raisonnement identique tient parfaitement la route dans le cadre de l'analyse d'une demande d'oubli. Le média dans lequel intervient la redivulgation peut avoir un impact important.

Fait encore partie de l'examen de la Cour, le fait que les propos aient été tenus dans une émission télévisée ou radio en direct ou non : le direct empêche en effet l'auteur desdits propos « de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer » avant qu'ils ne soient rendus publics²⁶⁶¹. Le même raisonnement est tenu par la Cour concernant des « assertions orales rapportées par

²⁶⁵⁸ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 112.

²⁶⁵⁹ Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99, § 79 ; Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00, § 47. Dans le même sens, Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00, § 39.

²⁶⁶⁰ Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03.

²⁶⁶¹ Cour eur. D.H., 11 février 2010, *Alfantakis c. Grèce*, req. 49330/07, § 26 ; Cour eur. D.H., 5 juillet 2007, *Lionarakis c. Grèce*, req. 1131/05, § 44 ; Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, *Muslum Gunduz c. Turquie*, req. 35071/97, § 49 ; Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, *Gunduz c. Turquie*, req. 35071/97, § 49 ; Cour eur. D.H., 29 février 2000, *Fuentes bobo c. Espagne*, req. 39293/98, § 46.

la presse, ce qui – on peut le présumer – a réduit, voire éliminé les possibilités pour les requérants de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu’elles ne soient publiées »²⁶⁶². En revanche, l’absence de direct ou le recours à un texte écrit permet une meilleure maîtrise du propos, ce qui implique, selon la Cour, une sévérité plus importante à l’égard des éventuels excès de ces propos. Ceci explique notamment qu’une interdiction de retransmettre en direct les débats judiciaires, alors même que la possibilité existe d’en faire un compte rendu, puisse être justifiée dans des affaires relatives à des crimes odieux survenus dans un contexte familial, vu que la retransmission en direct est susceptible d’influer sur le comportement des participants au procès et nuire à la bonne administration de la justice²⁶⁶³. On pourrait envisager qu’une redivulgaration se fasse dans le cadre d’une émission en direct ce qui pourrait induire une sévérité moins importante de la part des autorités.

489. - L’incidence d’une rediffusion. Enfin, la Cour soutient que des propos qui font l’objet d’une éventuelle rediffusion vont créer des dommages plus importants que des propos qui ont pu conserver une certaine confidentialité – parfois toute relative – en l’absence de multiples rediffusions²⁶⁶⁴. Le critère paraît ici intéressant au regard du droit à l’oubli d’informations journalistiques. La Cour évoque cependant une situation différente : il s’agit d’une émission ou d’un article étant rediffusé à brève échéance par rapport à la diffusion initiale. Dans l’ouvrage *Droit des médias et de la communication*, l’on remettait légèrement en cause cet élément dès lors qu’internet permet, même lorsque l’éditeur n’a pas fait le choix de rediffuser l’émission dans laquelle les propos litigieux ont pu être tenus, une rediffusion à plus grande échelle encore. Autrement dit, la disponibilité sur internet des articles ou émissions implique *de facto* une rediffusion et donc un préjudice plus important. L’on retrouve ici des éléments du droit à l’oubli, la différence étant que le laps de temps plus important dans lequel cette prérogative s’inscrit. Peut-être pourrait-on alors considérer que le dommage n’est pas tant une accentuation du dommage créé initialement par la première divulgation, mais bien un nouveau dommage causé par la redivulgaration, totalement indépendant de l’éventuel dommage initial. Rappelons

²⁶⁶² Cour eur. D.H., 18 avril 2006, *Roseiro Bento c. Portugal*, req. 29288/02, § 43 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 novembre 1999, *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, req. 23118/93, § 48. Voy., pour des propos défendus en conférence de presse et rapportés ensuite par la presse, Cour eur. D.H., 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c. Espagne*, req. 2034/07, § 54 ; Cour eur. D.H., 8 juin 2010, *Andreescu c. Roumanie*, req. 19452/02, § 95. Pour des propos tenus lors d’une réunion et rapportés ensuite par la presse, Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Boldea c. Roumanie*, req. 19997/02, § 58. Pour des propos tenus lors d’une manifestation et rapportés ensuite par la presse, voy. Cour eur. D.H., 22 avril 2010, *Haguenauer c. France*, req. 34050/05, § 51 ; Cour eur. D.H., 1^{er} mars 2005, *Birol c. Turquie*, req. 44104/98, § 30.

²⁶⁶³ Cour eur. D.H. (déc.), 6 mai 2003, *P4 Radio Helle Norge ASA c. Norvège*, req. 76682/01.

²⁶⁶⁴ Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00, § 39 ; Cour eur. D.H., 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, req. 31611/96, § 52.

cependant que le droit à l'oubli implique que la première divulgation soit licite : il peut y avoir un dommage causé, mais dans ce cas, la liberté d'expression a prévalu sur ce préjudice, aboutissant à ce qu'une autorité considère la diffusion comme ne portant pas atteinte au droit à la vie privée.

Chapitre 2. Le lien causal et le dommage

490. - Introduction. Pour qu'une victime d'une atteinte à un droit fondamental puisse obtenir réparation de son préjudice²⁶⁶⁵, il est nécessaire qu'elle démontre, outre l'existence de l'atteinte fautive (voy. les développements du chapitre 1^{er}), les deux autres conditions de la responsabilité aquilienne. D'une part, la démonstration doit porter sur l'existence d'un dommage (Section 1^{ère}) et d'autre part, sur la présence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (Section 2). Dans le présent chapitre, seront rappelés tout d'abord succinctement les grands principes relatifs à ces deux conditions, présentés leurs spécificités dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une atteinte à un droit fondamental, et plus précisément au droit à l'oubli d'informations journalistiques. Les règles de la preuve, en revanche, ne seront pas analysées²⁶⁶⁶.

Section 1^{ère}. Le dommage

§ 1^{er}. Déterminer les contours du dommage

491. - Les définitions²⁶⁶⁷ du dommage. Le dommage est une notion qui n'est pas définie légalement et qui n'a, en tant que tel, reçu que peu d'attention de la part de la doctrine²⁶⁶⁸. Il

²⁶⁶⁵ Dans les développements qui suivent, les termes « dommage » et « préjudice » sont utilisés comme des synonymes. A ce propos, remettant partiellement en cause cette synonymie, voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013, p. 4.

²⁶⁶⁶ Voy. notamment B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., pp. 364 à 387, n° 432 à 454 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. DUBUISSON, N. SIMAR, *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. CUP, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 à 46.

²⁶⁶⁷ Sur les théories liées à la définition du dommage, voy. l'intéressante étude faite par P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in R. ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, pp. 19 à 58, n° 14 à 55.

²⁶⁶⁸ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », op. cit., p. 105 ; P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », op. cit., p. 7, n° 1. Cette dernière auteure évoque toutefois le « regain d'intérêt » que le dommage a connu ces dernières années (voy. les

peut être simplement défini comme le fait d'être privé d'un avantage²⁶⁶⁹, ou comme « tout préjudice, tout désavantage subi par un sujet de droit à la suite d'un ou de plusieurs faits générateurs de responsabilité »²⁶⁷⁰. Certains auteurs considèrent cependant que de telles définitions sont trop « facile[s] » et « dépourvue[s] de signification réelle et donc d'utilité »²⁶⁷¹. Ils leur reprochent de ne présenter qu'un faible degré de juridicité. Compte tenu de cette objection, il faut alors entendre le dommage comme « toute atteinte à un intérêt stable et légitime, perte d'avantage, situation moins favorable qu'avant que la faute ait été commise »²⁶⁷², comme « l'atteinte à un droit (subjectif), une liberté ou un intérêt (légitime) protégé »²⁶⁷³, ou encore comme « toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial [...] pouvant consister en une perte ou en un gain manqué »²⁶⁷⁴. D'autres auteurs perçoivent le dommage « comme la différence négative existant entre deux situations, la première étant celle de la victime après la réalisation du fait dommageable et la seconde celle dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de cet accident »²⁶⁷⁵. Le terme « accident » paraît toutefois mal choisi : lorsque des droits extrapatrimoniaux sont en cause, ledit vocable est plus équivoque. Il

nombreuses références citées en note 2 de sa contribution). Voy. encore L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000, p. 4, n° 1 (« les juristes d'attachant généralement plus à l'étendue des caractéristiques qu'à l'approfondissement de la notion elle-même, tendent à sous-estimer l'importance de la définition du dommage "réparable" »).

²⁶⁶⁹ J.-L. FAGNART, « Définition des préjudices non économiques », in *Préjudices extra-patrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 16 septembre 2004, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, p. 31.

²⁶⁷⁰ L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », *op. cit.*, p. 4. Pour certains auteurs, le dommage ne peut être synonyme du préjudice, le premier terme étant plus large que le second (C.-A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1938, pp. 9 et 10). Cependant, l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil indique que « [l]es termes "dommage" et "préjudice" sont donc considérés comme identiques et sont utilisés dans la version française l'un pour l'autre » (exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 160).

²⁶⁷¹ L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁷² D. DE CALLATAÏ, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 21.

²⁶⁷³ P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », *op. cit.*, p. 9, n° 2, et p. 66, n° 64. Voy. une autre définition proposée par l'auteur : « [l]e dommage doit, selon nous, être défini comme la lésion d'un droit, d'une liberté ou d'un intérêt légitime protégé, cette lésion devant être distinguée de ses conséquences qui peuvent être directes, indirectes, patrimoniales ou extrapatrimoniales » (p. 58, n° 56).

²⁶⁷⁴ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 119, n° 176.

²⁶⁷⁵ L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », *op. cit.*, p. 4. Sur la différence négative, voy. Cass. (aud. plén.), 14 novembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014/11, p. 2597 ; *J.T.*, 2015, p. 221, note B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime » ; *J.L.M.B.*, 2015/6, p. 264, note G. GÉNICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution » ; *J.L.M.B.*, 2015/6, p. 264, note Y. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? » ; *Pas.*, 2014/11, p. 2539 ; *Pas.*, 2014/11, p. 2541 ; *R.W.*, 2014-2015/13, p. 519 ; *R.W.*, 2014-2015/41, p. 1611, note N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life » ; *Rev. dr. santé*, 2014-2015/3, p. 186, note A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet ».

semble qu'il faille préférer l'utilisation du terme « atteinte ». En revanche, la définition concrétise la perte ou le gain manqué : celui-ci est déterminé par la comparaison de deux situations concrètes²⁶⁷⁶. Une telle conception est induite par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, consacrant le principe de la réparation intégrale d'un préjudice, précise qu'il faut qu'*in fine*, la personne lésée se retrouve dans une situation comparable à celle dans laquelle elle aurait été en l'absence de faute²⁶⁷⁷. Enfin, précisons que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile entend intégrer une définition légale du dommage. Un article 5.171, § 1^{er}, propose en effet de définir le préjudice comme les « répercussions économiques ou non-économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé »²⁶⁷⁸.

492. - Les caractéristiques du dommage. La jurisprudence abondante de la Cour de cassation permet de dresser plusieurs caractéristiques essentielles du dommage. Dans un arrêt du 16 janvier 1939, elle affirme que le dommage résulte soit de la lésion d'un droit, soit de la lésion d'un simple intérêt²⁶⁷⁹. Elle précise dans ce même arrêt que « [l']article 1382 ne subordonne pas à l'existence d'un droit muni d'une action en justice, l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite ». A cet égard, lorsque le préjudice porte sur un intérêt, il est traditionnellement requis qu'il soit être stable²⁶⁸⁰ et légitime²⁶⁸¹. La Cour ajoute en effet que

²⁶⁷⁶ Pauline Colson rejette cependant « la méthode de la différence » pour définir la notion de dommage (P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », *op. cit.*, pp. 56 à 58, n° 53 à 55, et p. 65, n° 63).

²⁶⁷⁷ Voy. parmi d'autres, Cass. (1^{ère} ch.), 26 janvier 2017, *A.P.T.*, 2017/3, p. 290 (sommaire) ; *R.G.A.R.*, 2017/7, n° 15404 ; *R.W.*, 2018-2019, p. 261 (sommaire) ; *Bull. ass.*, 2018/2, p. 203 ; Cass. (1^{ère} ch.), 8 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017/4, n° 15377 ; *Chron. D.S.*, 2017/1, p. 39 (sommaire) ; *Bull. ass.*, 2017/3, p. 286 ; Cass. (1^{ère} ch.), 23 octobre 2015, *Pas.*, 2015/10, p. 2418 ; *R.G.A.R.*, 2016/2, n° 15271 ; *R.W.*, 2016-2017, p. 1660 ; *Bull. ass.*, 2016/3, p. 358 ; Cass. (1^{ère} ch.), 5 mai 2011, *A&M*, 2012/5, p. 437 ; *I.C.I.P.*, 2011/1, p. 50 ; *Pas.*, 2011/5, p. 1272 ; *R.C.J.B.*, 2012/3, p. 363, note L. VAN BUNNEN, « Le conflit entre les droits moraux de l'artiste et les droits du propriétaire du support matériel de l'œuvre » ; *R.G.A.R.*, 2012/3, n° 14846, note N. ESTIENNE, « Réparation en nature et responsabilité extracontractuelle » ; *R.G.D.C.*, 2012/6, p. 247, note P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle » ; Cass. (1^{ère} ch.), 20 février 2009, *Pas.*, 2009/2, p. 553 ; *R.G.A.R.*, 2010/7, n° 14665 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1474 (sommaire). Pour d'autres références plus anciennes, voy. L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », *op. cit.*, p. 5, note 4.

²⁶⁷⁸ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁶⁷⁹ Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25. Ce raisonnement est régulièrement repris par la Cour. Voy., entre autres, Cass. (3^{ème} ch.), 17 octobre 2016, *J.L.M.B.*, 2018/23, p. 1072, note G. GENICOT, « La naissance d'un enfant en bonne santé à la suite, soit d'une stérilisation qui échoue, soit d'une IVG qui n'atteint pas son but, ne constitue pas en soi un préjudice pour la mère » ; *R.G.A.R.*, 2017/5, n° 15839, note G. HAARSCHER ; *R.W.*, 2017-2018, p. 859 ; *Rev. dr. santé*, 2016-17/5, p. 299, note G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice ».

²⁶⁸⁰ La condition de stabilité semble cependant ne pas ressortir de la jurisprudence récente et constitue davantage un élément tiré d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation.

²⁶⁸¹ Voy. D. DE CALLATAÏ, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 21. Les auteurs écrivent que « [l']on doit s'interroger sur l'opportunité d'encore accoler les critères de stabilité et de légitimité dans la définition du dommage. Il y a des situations durables dont le temps n'effacera pas l'illicéité et il y a des situations qui, pour éphémères qu'elles soient, n'en nécessitent pas moins protection ».

« les articles 1382 et suivants du Code obligent l’auteur d’un fait illicite à réparer tout dommage certain, autre que la privation d’un avantage illégitime, qui a été causé par ce fait »²⁶⁸². Il faut considérer qu’un dommage est illégitime lorsque la situation dans laquelle se trouve une victime à la suite d’une atteinte à l’un de ses droits ou intérêts est contraire au droit et constitue donc une situation illicite²⁶⁸³. A ce titre, l’article 5.171 de l’avant-projet de loi précité précise qu’« un dommage est réparable s’il résulte d’une atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Le dommage qui résulte d’un fait illicite imputable à la personne lésée n’est pas réparable »²⁶⁸⁴.

Outre la stabilité et la légitimité, le dommage doit être personnel. Il faut avoir personnellement subi l’atteinte à un droit ou à un intérêt pour requérir sa réparation²⁶⁸⁵. Cette caractéristique est reprise à l’article 5.172 de l’avant-projet de loi précité : « [l]e dommage doit résulter de l’atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé » (alinéa 1^{er}), « l’atteinte à un intérêt collectif est réparable dans les cas et conditions déterminées par la loi » (alinéa 2)²⁶⁸⁶.

²⁶⁸² Le raisonnement est, à nouveau, repris par de nombreux arrêts de la Cour de cassation. Voy., par exemple, Cass. (2^{ème} ch.), 19 octobre 2010, *Dr. pén. entr.*, 2011/2, p. 159 ; *Pas.*, 2010/10, p. 2669 ; Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2010, *Amén.*, 2011/1, p. 45 ; *Pas.*, 2010/6-8, p. 1955.

²⁶⁸³ L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », *op. cit.*, p. 17.

²⁶⁸⁴ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l’arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁶⁸⁵ Dans le même sens, voy. l’article 17 du Code judiciaire qui précise que « [l]’action ne peut être admise si le demandeur n’a pas qualité et intérêt pour la former », et l’article 3 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale (*M.B.*, 25 avril 1878, p. 1265) qui dispose que l’« [l]’action pour la réparation du dommage causé par une infraction appartient à ceux qui ont souffert de ce dommage ». Voy. aussi civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 24 avril 2012, *A&M*, 2012/5, p. 469, note (« [u]n simple téléspectateur non personnellement et directement visé par une information n’a pas d’action en justice »).

²⁶⁸⁶ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l’arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018). En ce qui concerne les personnes morales, l’exposé des motifs de l’avant-projet de loi, à propos de cet article 5.172, précise ceci : « [u]ne chose est de se demander si le dommage prétendument subi par la personne morale consiste dans une atteinte à un intérêt protégé par l’ordre juridique, autre chose de déterminer si le demandeur est personnellement titulaire de ce droit ou de cet intérêt et peut le faire valoir en justice. Pour satisfaire à cette condition, il faut vérifier à qui sont attribuées les prérogatives découlant du droit ou de l’intérêt auquel on a porté atteinte. C’est ainsi, par exemple que les actionnaires ne peuvent pas demander réparation de l’atteinte portée fautivement au patrimoine d’une société anonyme. Par contre, lorsque l’atteinte est portée à des biens dont la personne morale est propriétaire, il n’est pas douteux qu’il existe dans son chef un dommage résultant d’une atteinte à un intérêt personnel dont elle peut, seule, demander réparation à l’exclusion de tout autre » (exposé des motifs de l’avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l’arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 155).

Le dommage doit encore être certain²⁶⁸⁷. Cette condition implique qu'un préjudice éventuel ou hypothétique n'est pas réparable²⁶⁸⁸. En revanche, un préjudice futur présentant suffisamment de certitude est suffisant²⁶⁸⁹.

493. - L'évaluation du dommage. Enfin, précisons que l'évaluation du dommage se fait au moment où le juge statue.

§ 2. Les types de dommage

A. Le dommage matériel et le dommage moral

494. - Matériel ou moral, patrimonial ou extrapatrimonial. La distinction entre le dommage moral, qualifié aussi d'extrapatrimonial, et le dommage matériel, qualifié lui de patrimonial, importe dans le cadre d'une action en responsabilité civile extracontractuelle invoquée pour une atteinte à des droits subjectifs. Le dommage matériel est « celui qu'on peut voir, qu'on peut toucher, en un mot le dommage “corporel”, au sens juridique très large du terme, tandis que le dommage moral, c'est celui qui n'atteint que le domaine immatériel, invisible, des pensées et des sentiments : le dommage “incorporel” »²⁶⁹⁰. Le dommage matériel « consiste en une diminution du patrimoine. Avant le fait générateur de responsabilité, le patrimoine du demandeur contenait des valeurs qu'il ne possède plus après »²⁶⁹¹, celui-ci incluant tant le dommage porté aux choses et au patrimoine que le dommage porté au corps. Quant au dommage moral, qui dans la plupart des cas d'application du droit à l'oubli est le seul type de préjudice revendiqué, il s'entend, selon Henri De Page, comme celui « qui frappe la victime dans sa sensibilité physique (souffrances), dans ses sentiments (honneur,

²⁶⁸⁷ D. DE CALLATAÏ, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, op. cit., p. 37. La certitude requise est une certitude judiciaire.

²⁶⁸⁸ L. CORNELIS, I. VUILLARD, « La notion de dommage réparable », op. cit., p. 8.

²⁶⁸⁹ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 257, n° 2826.

²⁶⁹⁰ H. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t° I, Paris, éditions Montchrestien, n° 293, cité par R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 451, n° 3412. Les auteurs poursuivent cependant en soulignant l'inadéquation des termes « matériel » et « moral », prenant pour exemple « les dommages “corporels” pour lesquels on discute la question de savoir s'ils donnent lieu à réparation : telles les souffrances physiques consécutives à un accident, une blessure qui défigure ».

²⁶⁹¹ R.P.D.B., v° Responsabilité, n° 1868.

considération), dans ses affections ‘perte d’un être cher’ »²⁶⁹². Il « s’identifie avec les sentiments de peine, de douleur ou de toute autre souffrance morale »²⁶⁹³. Selon la Cour de cassation, sa réparation « a pour objet l’allègement d’une douleur, d’un chagrin, ou de quelque autre préjudice moral [...] »²⁶⁹⁴.

Des auteurs préfèrent recourir à d’autres appellations pour distinguer les types de dommages. Ainsi, le dommage immatériel, ou non matériel²⁶⁹⁵, est évoqué, celui-ci étant le « préjudice économique résultant de la privation d’avantages liés à l’exercice d’un droit, à la jouissance d’un bien, et notamment : les pertes de marché, de clientèle, de profit, le chômage mobilier ou immobilier, l’arrêt de la production et d’autres préjudices similaires, ainsi qu’éventuellement les frais et dépenses destinés à éviter ou à atténuer les effets de cette privation »²⁶⁹⁶. Sont aussi compris, dans cette appellation, les « dommages financiers qui se manifestent indépendamment de toute destruction d’une chose »²⁶⁹⁷. Ce dommage, pourtant réparable, trouve il est vrai difficilement sa place dans la dyade classique. Il a cependant du sens dans le cadre d’un préjudice causé par une atteinte fautive au droit à l’oubli. Dans cette optique, il paraît davantage applicable pour les personnes morales que les personnes physiques.

Enfin, l’article 5.174 de l’avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil reprend quant à lui la distinction faite entre des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Il précise, en son § 1^{er}, que « [l]e dommage patrimonial comprend toutes les répercussions économiques de l’atteinte. Il inclut les pertes et les dépenses ainsi que le manque à gagner et la réduction de valeur ». Le § 2 indique que « [l]e dommage extrapatrimonial comprend toutes les répercussions non-économiques de l’atteinte. Il inclut notamment les douleurs, souffrances et autres troubles

²⁶⁹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° II, *Les personnes*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1940, p. 896, n° 951.

²⁶⁹³ L. CORNELIS, « Actuele tendensen bij de vergoeding van morele schade », in J.-L. FAGNART, A. PIRE (dir.), *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Actes du colloque du 10 février 1993, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 109 et s. Voy., dans le même sens, V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », *La Semaine Juridique*, édition générale, 2003/26, n° 9, disponible sur le site www.lexis360.fr ; consulté le 29 octobre 2018 (le dommage moral est le « dommage subi par une personne dans ses sentiments »).

²⁶⁹⁴ Cass. (3^{ème} ch.), 20 février 2006, *N.j.W.*, 2006/150, p. 798 ; *Pas.*, 2006/2, p. 413 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 1143 (sommaire).

²⁶⁹⁵ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l’effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d’expression », *A&M*, 2005/1, p. 37, n° 12.

²⁶⁹⁶ J.-L. FAGNART, « Recherches sur le droit de la réparation », in *Mélanges offertes à R.O. Dalcq : responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larciér, 1994, p. 147, n° 19. Voy. aussi J.-M. HAUFERLIN, « Les dommages immatériels », in *Les assurances de l’entreprise*, coll. Faculté de droit de l’Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 161 et s.

²⁶⁹⁷ J.-L. FAGNART, « Recherches sur le droit de la réparation », *op. cit.*, p. 147, n° 19.

psychiques ». Ce dommage extrapatrimonial équivaut donc au dommage moral et constitue, le principal dommage revendiqué par les personnes physiques dans le cadre d'une action en responsabilité civile extracontractuelle tirée d'une atteinte au droit à l'oubli.

495. - Le dommage moral : une présomption ou un élément à prouver ? L'évaluation du dommage moral visant à réparer une atteinte à un des droits de la personnalité laisse entrevoir certaines difficultés. La règle veut que la victime prouve l'existence de son dommage, celui-ci ne découlant pas *ipso facto* de la violation dudit droit. Cela étant, une partie de la jurisprudence semble encline à admettre l'existence du dommage moral dès lors que l'atteinte est constatée, annihilant de la sorte l'apport de sa preuve²⁶⁹⁸. Il est évident qu'une telle perspective est « un avantage appréciable »²⁶⁹⁹ pour la victime, celle-ci pouvant se départir d'apporter la preuve du dommage qu'elle prétend subir. Certains auteurs, tels Henri De Page, appuient ces décisions en reconnaissant un dommage moral en présence d'une « simple lésion d'un droit, même sans préjudice réel, effectif. Le seul fait de porter atteinte à un droit crée un dommage moral pour le titulaire de ce droit »²⁷⁰⁰. Dès lors qu'il y a atteinte à un droit de la personnalité, il y a préjudice moral, à défaut d'en apporter la preuve concrète²⁷⁰¹. Cela revient à reconnaître *in fine* l'existence d'une « présomption de dommage »²⁷⁰² moral. Une telle conception est consacrée en France où l'article 9 du Code civil affirme que « [l]a seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ». Cependant, rappelons qu'un tel dispositif législatif est inexistant en Belgique, avec pour conséquence l'obligation d'appliquer l'article 1382 du Code civil. Ce courant jurisprudentiel et doctrinal justifie cette présomption de dommage moral par un assouplissement des conditions d'application de l'article 1382 du Code civil, celui-ci étant nécessaire compte tenu des difficultés inhérentes à l'évaluation du dommage. Ainsi, quelques auteurs, partisans de cette présomption mais estimant sans doute qu'elle ne respecte *a priori* pas totalement les conditions de mise en œuvre de l'article 1382, semblent nuancer légèrement la théorie. Ils avancent que « dans le domaine de l'atteinte aux droits de la personnalité, compte

²⁶⁹⁸ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, p. 109.

²⁶⁹⁹ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 432, n° 19.

²⁷⁰⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° II, *Les personnes*, *op. cit.*, p. 897, n° 951bis.

²⁷⁰¹ Voy. les références jurisprudentielles et doctrinales citées par E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 433, n° 21, notes 92 et 93.

²⁷⁰² *Ibidem*, p. 434, n° 22. Voy. en ce sens, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 janvier 2011, *A&M*, 2013/3-4, p. 263 (il est indiqué dans la décision qu'« il est établi que la demanderesse a subi un dommage à évaluer, puisque tant son droit à la vie privée que son droit à l'image ont été violés ». Voy. une décision relative au droit à l'oubli allant en ce sens, civ. Neuchâtel (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182 (« [p]ar ailleurs, il est admis en général que lorsque la faute est établie, il existe un dommage moral »).

tenu de leur vulnérabilité, [...] une présomption de fait d'un préjudice moral, mais il ne s'agit nullement d'une règle selon laquelle l'atteinte à un droit de la personnalité emporte un dommage »²⁷⁰³. La formule paraît cependant quelque peu contradictoire...

Dans la rigueur du droit, cette présomption de dommage est contraire aux principes relatifs à l'application de l'article 1382 du Code civil. Néanmoins, il faut admettre qu'une telle présomption permet d'effacer en partie les difficultés d'évaluation du préjudice moral subi. Elle semble acceptable pour autant qu'elle n'aboutisse à n'octroyer, en guise de réparation par équivalent, qu'un euro symbolique. En règle générale, cette réparation suffit aux demandeurs, ceux-ci estimant que la seule reconnaissance de la faute et le jugement qui en découle constituent déjà une réparation adéquate. La tendance jurisprudentielle actuelle démontre cependant que la réparation demandée est de plus en plus souvent supérieure à cet euro symbolique. Difficile dès lors de pouvoir encore justifier la présomption de dommage : lorsque des sommes importantes sont en jeu, il paraît essentiel que ces montants soient corrélatifs au préjudice subi, celui-ci devant donc être démontré. La tendance actuelle ne paraît donc plus pouvoir justifier la présomption de dommage.

B. Le dommage causé à une personne décédée

496. - L'atteinte à la mémoire. Dans les développements concernant la titularité du droit à l'oubli d'informations journalistiques, il a été précisé que ce droit pourrait être envisagé pour des personnes décédées²⁷⁰⁴. Dès lors que la mise en œuvre de cet oubli s'inscrit dans une application de l'article 1382 du Code civil, il faut que ses trois conditions d'application soient réunies. En ce qui concerne le dommage, et notamment le fait qu'il doit être personnel, quelques précisions peuvent être apportées.

497. - Le dommage par ricochet. Il est intéressant, comme point de départ de nos réflexions sur cette problématique, de partir de l'article 450 du Code pénal. Son alinéa 1^{er} indique que les délits d'atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes « commis envers des

²⁷⁰³ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 434, n° 22. L'auteur cite B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privéleven », *R.W.*, 1988-1989, p. 497, n° 28 ; A. VAN OEVELEN, « Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen », in K. RIMANQUE, (coord.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 424.

²⁷⁰⁴ Voy. *supra*.

particuliers, à l'exception de la dénonciation calomnieuse, ne pourront être poursuivis que sur la plainte de la personne qui se prétendra offensée » ; le second alinéa ajoute que « [s]i la personne est décédée sans avoir porté plainte ou sans y avoir renoncé, ou si la calomnie ou la diffamation a été dirigée contre une personne après son décès, la poursuite ne pourra avoir lieu que sur la plainte de son conjoint, de ses descendants ou héritiers (légaux) jusqu'au troisième degré inclusivement ». Un tel raisonnement est-il transposable civilement : le fait de pouvoir, comme le précise l'article 450, poursuivre pénalement pour protéger l'honneur d'une personne décédée permet-il de requérir une réparation civile pour cette atteinte ? La réponse à cette question doit nécessairement prendre en compte le fait que l'action civile nécessite un préjudice personnel pour obtenir réparation. Il va évidemment de soi qu'une personne décédée ne peut plus, à titre personnel, revendiquer un dommage²⁷⁰⁵. Cela étant, cette caractéristique n'exclut pas, en réalité, que l'on puisse revendiquer un préjudice par ricochet. Comme l'indique très justement Roger Dalcq, « l'outrage à la mémoire d'un mort n'engendre pour son auteur une obligation de réparer que dans les cas où cet acte illicite cause un préjudice aux vivants, par exemple aux membres de la famille qui souffrent d'un dommage par répercussion dans leur honneur, réputation ou considération à la suite des outrages portés à la mémoire de leur parent défunt »²⁷⁰⁶. Il s'agit donc d'obtenir la réparation pour un dommage « qui affecte d'autres personnes par suite des liens qu'elles entretiennent avec la victime primaire, par contrecoup du dommage affectant celle-ci, sans que l'événement fautif les atteigne de manière immédiate »²⁷⁰⁷. Il s'agit du « préjudice éprouvé à titre personnel par une ou plusieurs personnes du fait du dommage subi personnellement et directement par une autre personne »²⁷⁰⁸. Selon la Cour de cassation, « [l]orsque, tout en étant des dommages qu'ils subissent personnellement, les préjudices réclamés sont des préjudices éprouvés par répercussion qui trouvent leur source dans les liens de famille et d'affection qui unissaient les proches à la victime décédée, le droit à réparation, est affecté par la responsabilité personnelle de la victime dans la mesure où l'auteur

²⁷⁰⁵ La question a, cependant, suscité quelques controverses. Voy. à cet égard R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., pp. 306 à 309, n° 2981 à 2987.

²⁷⁰⁶ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 336, n° 3073.

²⁷⁰⁷ P. VAN OMESLAGHE, *Droit des obligations*, t° II, *Sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1552.

²⁷⁰⁸ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessure », in B. DUBUISSON (dir.), *Le dommage et sa réparation*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 181, n° 4. Voy. encore la définition proposée par Bernard Dubuisson et Pauline Colson : « le préjudice par répercussion (ou par ricochet) est celui qui est subi par une autre personne que la victime directe en raison d'une atteinte portée directement aux droits et intérêts de celle-ci (B. DUBUISSON, P. COLSON, « Nomenclature des préjudices réparables. Rapport belge », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles 2015, p. 612.

de la faute aurait pu l'opposer à la victime pour lui refuser l'indemnisation de son propre préjudice »²⁷⁰⁹. Quelques critiques sont portées à l'encontre du critère de rattachement proposé par la Cour²⁷¹⁰, portant que les seuls « liens de famille et d'affection » sont trop étroits²⁷¹¹. L'avant-projet de loi leur répond – peut-être seulement en partie – en inscrivant, à l'article 5.175, que « [l]e dommage par ricochet est un dommage propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préalablement à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou un lien d'affection suffisamment étroit »²⁷¹².

498. - Le préjudice *ex haerede*. Le dommage par ricochet doit être distingué du préjudice *ex haerede* de par son caractère personnel. En effet, alors que le dommage par ricochet est « personnel à celui qui en réclame réparation »²⁷¹³, le préjudice *ex haerede* répond à une autre logique, celle d'une « action successorale »²⁷¹⁴. Généralement d'ordre moral, il se comprend comme « l'ensemble des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux que la victime directe a subis personnellement entre le fait dommageable et son décès. Si, au moment du décès de la victime directe, ces dommages n'ont pas encore été indemnisés, le droit d'en obtenir la réparation se transmet avec le patrimoine du défunt dans le chef de ses héritiers »²⁷¹⁵. Le préjudice *ex haerede* vise la réparation d'un dommage causé à une personne décédée et non encore réparé, celui-ci se transmettant aux héritiers²⁷¹⁶. L'article 450 du Code pénal paraît s'inscrire plus volontiers dans la philosophie de ce dommage *ex haerede*.

499. - La preuve du dommage. Ainsi, il y a préjudice pour les proches d'une personne décédée « si l'atteinte portée à la considération du défunt leur a personnellement causé un

²⁷⁰⁹ Cass. (2^{ème} ch.), 16 février 2011, *Pas.*, 2011/2, p. 529 ; *R.G.A.R.*, 2012/1, n° 14814.

²⁷¹⁰ Voy. notamment B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 362, n° 429.

²⁷¹¹ Rappelons que l'article 450 précité du Code pénal est lui aussi restrictif quant aux personnes pouvant agir en justice.

²⁷¹² Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018). La version précédente évoquait un « lien de droit ou de fait ». L'actuelle disposition ajoute que « [l]e responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe ».

²⁷¹³ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, p. 183, n° 9.

²⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 184, n° 9.

²⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 183, n° 9. Voy. aussi R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, p. 485, n° 3524 (l'action *ex haerede*, « c'est l'action poursuivie par les héritiers de la victime d'un accident, en réparation du préjudice subi par leur auteur avant son décès »).

²⁷¹⁶ On parle d'un préjudice *haereditario* (N. SIMAR, L. DE ZUTTER, I. MATERNE, M. FIFI, « Questions sur le décès », in B. DUBUISSON (dir.), *Le dommage et sa réparation*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 90), les héritiers agissant *iure successionis* et non *iure proprio* (N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, p. 184, n° 9).

dommage par répercussion »²⁷¹⁷. La difficulté réside cependant dans la preuve du lien de causalité entre la faute commise et le dommage par ricochet subi. En outre, alors qu’au pénal, la liste des personnes pouvant agir en justice est limitative, tel ne serait moins le cas au civil. L’excellente analyse faite à ce propos par Roger Dalcq indique que « [l]’outrage envers la mémoire du défunt peut causer un préjudice à d’autres personnes, même en l’absence de toute intention de leur nuire de la part de l’auteur de l’outrage, même s’il ignorait leur existence. La seule question sera toujours de savoir si la personne qui poursuit la condamnation civile de l’auteur de l’outrage a personnellement subi un préjudice causé par cet outrage et donnant naissance dans son chef à un droit à réparation »²⁷¹⁸. Cependant, plus le degré de parenté est éloigné, plus la preuve du dommage, de son caractère personnel et certain, ainsi que du lien de causalité s’avèrera complexe à apporter.

C. Le dommage causé à une personne morale

500. - L’atteinte aux intérêts de la personne morale. Reconnaître l’oubli pour une personne morale implique de lui reconnaître l’existence d’un préjudice. Autrement dit, on s’interroge sur le principe même de cette reconnaissance, notamment quant au caractère personnel du dommage subi. Cette reconnaissance semble cependant aujourd’hui largement acquise²⁷¹⁹ – quoique la controverse doctrinale ne soit jamais éloignée²⁷²⁰, celle-ci évoquant notamment la

²⁷¹⁷ *Ibidem*, n° 3075.

²⁷¹⁸ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 337, n° 3078. Voy. aussi la comparaison faite entre la situation belge (n° 3077 et 3078) et la situation française (n° 3076).

²⁷¹⁹ M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l’image des personnes physiques et d’image de marque des personnes morales », in *Droits de la personnalité*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2013, p. 92. Voy. en outre les références citées par cet auteur en note 167 ; V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », op. cit., n° 1 et 3.

²⁷²⁰ Voy. notamment R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », op. cit., p. 4/5, n° 7, et spécifiquement les référence en note 36 ; V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », op. cit., n° 1 et 3 (l’auteur évoque le préjudice moral et la personne morale comme « un couple juridique improbable », posant notamment la question d’une « dérive anthropomorphique de la personnalité morale ») ; V. WESTER-OUISSE, « Préjudice moral des personnes morales : quand “la perversion de la cité commence par la fraude des mots” », note sous Cass. fr. (ch. comm.), 15 mai 2012, n° 11-10.278, *La semaine juridique*, édition générale, 2012/39, disponible à l’adresse suivante, www.lexis360.fr, consulté le 29 octobre 2018 ; V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l’homme aux droits de l’homme », *La semaine juridique*, édition générale, 2009/10-11, disponible à l’adresse suivante, www.lexis360.fr, consulté le 29 octobre 2018 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 311, n° 2995.

personne morale comme totalement anthropomorphe²⁷²¹ – et est confirmée notamment dans quelques textes ainsi que par les juridictions européennes et nationales.

501. - Le préjudice d'une personne morale dans la réglementation. Plusieurs textes européens paraissent admettre plus ou moins clairement qu'une personne morale puisse subir un dommage moral. Ainsi, l'article 14, § 2, de la directive sur la protection des secrets d'affaires précisent que doit être réparé, « le préjudice moral causé au détenteur de secrets d'affaires du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires »²⁷²². L'article 13 de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle va dans le même sens en indiquant que les dommages et intérêts devant être fixés en cas d'atteinte au titulaire d'un droit intellectuel doivent prendre en compte le préjudice moral causé²⁷²³.

En Belgique, l'article 5.144 de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil indique que les dispositions qu'elle organise « s'appliquent tant aux personnes morales, privées et publiques, qu'aux personnes physiques, à moins que le contraire ne découle de la loi ou que cette application ne soit incompatible avec la nature de la personne morale »²⁷²⁴. Les personnes morales sont dès lors capables de revendiquer un préjudice moral. L'adoption de cette réforme dote donc la Belgique d'une disposition claire reconnaissant l'existence d'un dommage moral au profit des personnes morales.

²⁷²¹ Voy. les développements proposés *supra*, et relatifs à la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes morales. Voy. encore E. DREYER, « Du caractère fondamental de certains droits », *Revue de la Recherche Juridique*, 2006/2, p. 1 (l'auteur évoque une « perte de substance des droits fondamentaux » ainsi qu'une « banalisation des droits fondamentaux dont la dimension éthique s'efface derrière l'efficacité technique. Le pragmatisme semble l'emporter sur le dogmatisme initial ») ; P. CONTE, « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in J.-H. ROBERT, S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie pénale*, coll. Colloques, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 109 (s'interrogeant sur la quasi unanimité visant à reconnaître aux personnes morales des droits fondamentaux, l'auteur avance deux explications plausibles : « non seulement la peur de ne pas paraître “moderne”, mais aussi ce conformisme dont est porteur le positivisme exacerbé, naturellement enclin à faire confondre l'être de la loi avec le devoir-être »).

²⁷²² Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite, *J.O.*, L 157 du 15 juin 2016, p. 1. Le « détenteur de secrets d'affaires » est défini comme étant « toute personne physique ou morale qui a le contrôle d'un secret d'affaires de façon licite » (article. 2, 2), de la directive). Voy. l'article XI.336/5 du Code de droit économique qui transpose cette disposition de la directive et évoque le « droit à réparation de tout préjudice » subi par le détenteur (la transposition s'est faite par l'article 18 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018, p. 64584).

²⁷²³ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 157 du 30 avril 2004, p. 45. Voy. aussi le considérant n° 26 de la directive.

²⁷²⁴ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018). Voy. aussi *supra*.

502. - Le préjudice d'une personne morale dans la jurisprudence européenne. Quant à la jurisprudence européenne, le Tribunal de l'Union européenne, dans un arrêt du 8 novembre 2011, évoque un « préjudice immatériel » visant à réparer une atteinte à l'image et à la réputation de la requérante, personne morale (§ 59). Pour Marc Isgour, « le Tribunal de l'Union européenne admet, dans des termes qui sont sans doute plus pertinents pour une société, l'existence d'un dommage moral lié à une violation de l'image de marque d'une personne morale »²⁷²⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens²⁷²⁶ : elle confirme l'existence d'un dommage moral pour les personnes morales dans sa jurisprudence *Comingersoll SA c. Portugal* du 6 avril 2000²⁷²⁷. L'arrêt mentionne que « [l]a Cour ne peut donc exclure, au vu de sa propre jurisprudence et à la lumière de cette pratique, qu'il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire. Il faut également réaffirmer que la Convention doit être interprétée et appliquée de manière à garantir des droits concrets et effectifs. Puisque la principale forme de réparation que la Cour peut octroyer est de nature pécuniaire, l'efficacité du droit garanti par l'article 6 de la Convention exige qu'une réparation pécuniaire puisse être octroyée aussi pour dommage moral, y compris à une société commerciale » (§ 35). Dans une affaire contre la Belgique²⁷²⁸, les requérants invoquent « le préjudice subi du fait des critiques des médias et du monde politique [...], de l'acharnement des autorités [...] et des conséquences de [leur] condamnation sur [leur] image » ainsi que « l'atteinte à l'image d'un hôpital qu'on a voulu présenter comme guidé par l'appât du gain » (§ 45). La Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention, donnant gain de cause aux requérants. Dans son arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*²⁷²⁹,

²⁷²⁵ M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », *op. cit.*, p. 93.

²⁷²⁶ Voy. pourtant Cour eur. D.H., 27 février 1992, *Manifattura FL c. Italie*, req. 12407/86, § 22 (« [e]n ce qui concerne l'octroi d'une somme pour préjudice matériel, il ne ressort pas du dossier que les conditions voulues se trouvent réunies. Quant au tort moral allégué, à supposer que Manifattura FL, société commerciale, ait pu en éprouver un, le constat de violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) lui fournit en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 50 (art. 50) »).

²⁷²⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 avril 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, req. 35382/97.

²⁷²⁸ Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith Cavell c. Belgique*, req. 32576/96.

²⁷²⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req. 38433/09. Voy. encore, Cour eur. D.H., 26 octobre 2010, *Rock Ruby Hotels LTD c. Turquie*, § 36 ; Cour eur. D.H., 22 avril 2008, *Demades c. Turquie*, req. 16219/90, § 29 ; Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Xenides-Arestis c. Turquie*, req. 46347/99, § 47.

elle estime que « les violations constatées des articles 10 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 ont inévitablement causé à la requérante une incertitude prolongée dans la conduite des affaires et des sentiments d'impuissance et de frustration [...]. A cet égard, elle rappelle qu'elle peut octroyer une réparation pécuniaire pour dommage moral à une société commerciale. Ce type de dommage peut en effet comporter, pour une telle société, des éléments plus ou moins “objectifs” et “subjectifs”. Peuvent notamment être pris en considération la réputation de l'entreprise, mais également l'incertitude dans la planification des décisions à prendre, les troubles causés à la gestion de l'entreprise elle-même, dont les conséquences ne se prêtent pas à un calcul exact, et enfin, quoique dans une moindre mesure, l'angoisse et les désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société » (§ 221). En l'espèce, la Cour oblige l'Italie à verser une somme de 10 000 000 d'euros « pour dommage matériel et moral ».

Toutefois, la Cour semble aller à contresens de sa jurisprudence précédente dans son arrêt *Uj c. Hongrie*²⁷³⁰. Elle y déclare que « there is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension. In the instant application, the reputational interest at stake is that of a State-owned corporation; it is thus a commercial one without relevance to moral character » (§ 22). Certains commentateurs estiment que « cet arrêt pourrait devenir révolutionnaire si la teneur de la solution qu'il adopte [est] mise à profit afin de réserver la réparation d'un préjudice moral aux seules personnes physiques »²⁷³¹. Romuald Pierre abonde dans le même sens que la Cour, soutenant que « si on admet volontiers que tout sujet de droit peut subir un préjudice autre que matériel, il semble moins opportun de le qualifier de moral »²⁷³². Il poursuit cette analyse en démontrant qu'une personne morale « n'ayant pas de dimension “morale” au sens de “psychologique”, le préjudice non matériel qu'elle subit est tout autant dépourvu de caractère “moral” et reste objectif car résidant dans le fait même de la violation. Ainsi, et pour tenir compte de l'“assensibilité” des personnes morales, il a été proposé de qualifier leur préjudice extrapatrimonial de “préjudice social objectif”. Ce dernier devrait prioritairement être sanctionné par le constat de violation du

²⁷³⁰ Cour eur. D.H., 19 juillet 2011, *Uj. C. Hongrie*, req. 23954/10. Sur cet arrêt, voy. les développements proposés *supra*.

²⁷³¹ Voy. notamment M. ISGOUR, « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », *op. cit.*, p. 93 ; R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », *op. cit.*, p. 4/5, n° 7.

²⁷³² *Ibidem*.

droit à la réputation, l'allocation de dommages-intérêts "punitifs" étant exceptionnellement envisageable »²⁷³³. Dans cette optique, l'arrêt *Uj c. Hongrie* pourrait être compris comme refusant l'octroi de dommages moraux du fait même de leur condition de personne morale. Faut-il voir la révélation d'un simple problème terminologique²⁷³⁴ ou d'une remise en cause plus large de la faculté pour les personnes morales d'obtenir réparation d'un préjudice moral ? A la lecture de la jurisprudence, l'on plaide davantage pour le problème terminologique. Cela étant, il semble que seule l'atteinte à la réputation de la personne morale puisse encore constituer ce préjudice moral²⁷³⁵, *a contrario* d'une atteinte subie par les personnes physiques constituant cette personne morale²⁷³⁶ sauf « lorsque la personne morale a pour objet la défense des intérêts moraux de ses membres ou a reçu une habilitation légale en ce sens »²⁷³⁷. Il s'agit de reconnaître ce que Roger Dalcq dénomme « l'action sociale »²⁷³⁸. Permettre une indemnisation plus importante aboutirait à transformer l'allocation de dommages et intérêts en une réelle peine privée, à l'instar des dommages et intérêts punitifs²⁷³⁹. Il faut en effet distinguer

²⁷³³ *Ibidem*. L'auteur s'inspire de R. PIERRE, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé : contribution à l'étude de l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., n° 112 et s. ; J.-F. FLAUSS, « Le contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : Eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ? », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 155.

²⁷³⁴ Véronique Wester-Ouisse reprend les propos d'Yves Guyon qui soutient que « cette terminologie n'est guère satisfaisante, car on ne voit pas ce que la morale vient faire ici » (Y. GUYON, *Droit des affaires*, t° 1, *Droit commercial générale et sociétés*, Paris, Economica, 2000, n° 127, cité par V. WESTER-OUISSSE, « Le préjudice moral des personnes morales », op. cit., n° 1).

²⁷³⁵ Cette solution n'est pourtant pas tout à fait admise par l'ensemble de la doctrine. Véronique Wester-Ouisse estime ce point de vue contestable dès lors qu'« [u]ne personne morale est une technique juridique inaccessible aux sentiments et leurs prétendus intérêts et volontés propres relèvent de stratégies politiques ou managériales » (V. WESTER-OUISSSE, « Préjudice moral des personnes morales : quand "la perversion de la cité commence par la fraude des mots" », op. cit., p. 3/6 ; V. WESTER-OUISSSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », op. cit., n° 1). Toutefois, voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 311, n° 2994 (« [a]insi, on ne conçoit pas qu'une société puisse invoquer une atteinte à des sentiments d'affection. Mais si l'être moral n'a pas de cœur, il possède un honneur, et toute atteinte portée à sa considération ou à sa réputation peut constituer un dommage d'ordre moral »).

²⁷³⁶ La question du caractère personnel du dommage se pose en de telles circonstances. Roger Dalcq pose à cet égard la question suivante : « [L]es intérêts des associés doivent-ils être considérés comme absorbés dans le groupe ou conservent-ils leur individualité ? » (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 309, n° 2988, ainsi que pp. 310 et 311, n° 2993).

²⁷³⁷ V. WESTER-OUISSSE, « Préjudice moral des personnes morales : quand "la perversion de la cité commence par la fraude des mots" », op. cit., p. 3/6 ; V. WESTER-OUISSSE, « Le préjudice moral des personnes morales », op. cit., n° 16) ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 309, n° 2933.

²⁷³⁸ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 311, n° 2996.

²⁷³⁹ Cet aspect punitif est aussi évoqué dans le cadre des difficultés à évaluer le dommage moral : « [L]e risque est en effet que les juges, devant la difficulté de déterminer l'étendue du dommage moral, proportionnent la condamnation à la gravité de la faute, donnant ainsi à la condamnation civile le caractère d'une peine privée [...]. On doit [...] constater que beaucoup d'auteurs, partisans de la réparation du dommage moral, fondent au moins partiellement leur opinion sur l'idée que le juge trouvera ainsi le moyen de sanctionner la gravité de la faute » (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 456, n° 3428).

nettement le dommage subi par la personne morale de celui de ses membres : il n'y a pas lieu à obtenir réparation « lorsqu'il s'agit d'un dommage par ricochet dont la nature fait qu'il disparaît lorsque le premier dommage, qui est la cause du second, est réparé. Ainsi, bien que le préjudice causé à l'être moral entraîne indirectement un préjudice pour les associés par la diminution de la valeur de leurs titres qui en est la conséquence, il ne naît néanmoins aucun droit à réparation dans leur chef parce que ce préjudice disparaît dès que le dommage est réparé dans le chef de la société. Les actionnaires ne peuvent pas agir, même si la société s'abstient de réclamer personnellement réparation du préjudice qui lui est causé. Cette décision les lie en vertu du contrat de société et le préjudice qu'ils subiraient dans ce cas ne trouverait pas sa cause dans la faute du tiers mais bien dans le contrat de société lui-même. Le dommage qui est uniquement une conséquence de leur qualité d'actionnaire ne donne pas naissance dans leur chef à un droit à réparation à charge du tiers responsable »²⁷⁴⁰. Ce raisonnement peut être partagé.

503. - Le préjudice d'une personne morale dans la jurisprudence belge. Quant à la jurisprudence belge²⁷⁴¹, la Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer que « [l]'intérêt propre d'une personne morale, dont celle-ci doit justifier pour exercer une action en justice, ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux, spécialement son patrimoine, son honneur et sa réputation »²⁷⁴². La dimension extrapatrimoniale du dommage, à l'exception des droits moraux – ceux-ci renvoyant essentiellement aux droits d'auteur – semble donc étrangère aux personnes morales. En outre, la Cour de cassation invalide la réparation requise par une personne morale lorsque l'atteinte est portée à son objectif social ou aux intérêts des membres qui la composent. Dans un arrêt du 19 septembre 1996, elle affirme que « [l]e seul fait qu'une personne morale ou une personne physique poursui[ve] un but, fût-il statutaire, n'entraîne pas la naissance de l'intérêt propre dont

²⁷⁴⁰ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 312, n° 2997.

²⁷⁴¹ Pour d'autres décisions belges, voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., pp. 309 à 336, n° 2988 à 3072 ; M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », op. cit., pp. 109 et 110. Pour des décisions françaises, voy. V. WESTER-OUISSE, « Le préjudice moral des personnes morales », op. cit., n° 7 ; V. WESTER-OUISSE, « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », op. cit., n° 4 et s.

²⁷⁴² Cass. (3^{ème} ch.), 4 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 265 ; *Pas.*, 2008/2, p. 320 ; *R.A.B.G.*, 2008/11, p. 635, note R. VERBEKE, « Het begrip 'eigen belang' van een rechtspersoon in de zin van artikelen 17 en 18 Ger.W. » ; *R.W.*, 2010-2011, p. 197 (sommaire) ; *Chron. D.S.*, 2008/8, p. 485 (sommaire) ; *R.D.J.P.*, 2008/4, p. 222, note C. IDOMON, « Het persoonlijk belang van een rechtspersoon om een rechtsvordering voor de hoven en rechtbanken in te stellen ». Voy. aussi les développements proposés *supra* relatifs à la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes morales.

cette personne doit justifier pour exercer une action en justice »²⁷⁴³. La jurisprudence de la Cour de cassation belge balise la reconnaissance du dommage moral des personnes morales, sans refuser celui-ci.

§ 3. Le dommage causé dans le cadre d'une atteinte au droit à l'oubli

504. - Le dommage causé par l'atteinte du droit à l'oubli. En droit des médias, lorsqu'une atteinte à un droit de la personnalité existe, « la jurisprudence aura le plus souvent tendance à reconnaître chez le demandeur l'existence d'un [...] préjudice moral. [...] Il est toutefois beaucoup moins fréquent de voir des juges octroyer, sur la base d'une simple atteinte à un droit de la personnalité, une indemnisation pour le dommage matériel »²⁷⁴⁴, d'autant qu'il est généralement difficilement démontrable. En ce qui concerne le droit à l'oubli, comme l'expose joliment Nathalie Mallet-Poujol, lorsqu'une information devient préjudiciable par l'écoulement du temps, le préjudice subi est « un trouble d'une nature très particulière, trouble dans la 'temporalité informationnelle' – pourrait-on dire – qui rend la publication manifestement illicite sans que l'information ait été illicite à l'époque où elle a été livrée au public. Là encore, le média internet, s'il ne révolutionne pas les raisonnements sur le fond, les bouscule quelque peu et contraint le juriste à trouver des solutions plus adaptées »²⁷⁴⁵. Ces solutions adaptées s'inscrivent essentiellement dans le mode de réparation adéquat, propre au droit à l'oubli d'informations. En effet, le passage par le droit de la responsabilité extracontractuelle ne constitue pas, en soi, une innovation : elle se justifie à plusieurs égards compte tenu notamment de l'exclusion possible de la réglementation relative à la protection des données. Le dommage découlant de ce « trouble de la 'temporalité informationnelle' » est essentiellement moral, à l'instar de toute autre atteinte à un droit de l'homme. La jurisprudence relative au droit à l'oubli est quasiment unanime à ce propos : seul un dommage moral est soulevé. Quant à son évaluation, elle s'inscrit parfaitement dans les difficultés évoquées ci-avant (voy. *supra*). Lorsque l'euro symbolique est requis, le principe d'une présomption de dommage moral est admis. En revanche, cette présomption doit laisser place à une démonstration concrète et précise

²⁷⁴³ Cass. 19 septembre 1996, *Bull.*, 1996, p. 830 ; *J. dr. jeun.*, 1997, p. 129 ; *Pas.*, 1996, I, p. 830 ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 105, note O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative » ; *R.W.*, 1997-1998, p. 775. Voy. encore Cass., 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, p. 129 ; *Bull.*, 1992, p. 129 ; *R.W.*, 1991-1992, p. 919.

²⁷⁴⁴ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 700, n° 1013.

²⁷⁴⁵ Propos tenus par Nathalie MALLET-POUJOL, rapportés par E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », op. cit., p. 92.

du dommage prétendument subi lorsque la demande de réparation porte sur un montant plus élevé. Cependant, il demeure une difficulté dans la détermination de l'ampleur du préjudice, celle-ci ne pouvant avoir pour conséquence la non reconnaissance de l'existence d'une atteinte fautive au droit à l'oubli. Il s'agit là de deux conditions distinctes du mécanisme de la responsabilité aquilienne. Tout au plus, elle doit mener à un mode de réparation en nature (voy. *infra*).

Section 2. Le lien causal

505. - Introduction. La causalité est une condition essentielle dans l'application de l'article 1382 du Code civil. Jean-Luc Fagnart écrit à ce propos que « sans causalité, il n'y a pas de responsabilité »²⁷⁴⁶. En effet, elle « apparaît [...] comme le lien qui unit le responsable à la victime, la faute au dommage »²⁷⁴⁷. Elle « n'est pas quelque chose qui se voit et se touche, mais un rapport déduit des circonstances de fait, une opération de l'esprit »²⁷⁴⁸. Le concept n'est généralement pas défini davantage en doctrine.

§ 1^{er}. Les théories de la causalité

506. - La théorie de l'équivalence des conditions. Actuellement, la théorie appliquée est celle de l'équivalence des conditions²⁷⁴⁹. Elle implique de se poser une question simple : « savoir si, sans la faute, le dommage se serait réalisé tel qu'il s'est produit. Si la réponse est affirmative, le lien de causalité n'existe pas. Si elle est négative, le lien de causalité est établi »²⁷⁵⁰. La Cour de cassation valide régulièrement le choix de cette théorie²⁷⁵¹. Sa première

²⁷⁴⁶ J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080, n° 2. Voy. aussi J.-L. FAGNART, « La causalité », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, partie I, titre I, livre 11, p. 13, n° 2 (l'auteur écrit que « [s]ans lien causal, il n'y a pas de responsabilité »). Dans cette contribution, Jean-Luc Fagnart écrit, à propos de la terminologie, que « la causalité est le “rapport qui unit la cause à l'effet”. Si la causalité est un rapport, l'expression “lien de causalité” est sans doute redondante. L'expression fait cependant partiedu langage courant des juristes » (*ibidem*, n° 3, la référence étant issue du *Petit Larousse*, grand format, 1992, p. 195).

²⁷⁴⁷ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, p. 96, n° 2333.

²⁷⁴⁸ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t° II, Paris, LGDJ, 1951, p. 6, n° 459.

²⁷⁴⁹ Imaginée en Allemagne par Maximilian von Buri, elle est ensuite intégrée dans le droit français.

²⁷⁵⁰ J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *op. cit.*, n° 3 et 11. Dans le même sens, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 322, n° 388.

²⁷⁵¹ Voy., entre autres, Cass. (3^{ème} ch.), 23 mai 2016, *R.W.*, 1017-2018, p. 668 ; Cass. (3^{ème} ch.), 6 juin 2011, *Pas.*, 2011/6-8, p. 1599 ; *J.J.Pol.*, 2013/1, p. 7 ; Cass. (3^{ème} ch.), 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009/9, p. 1952 ; *Chron. D.S.*,

consécration s'est faite dans un arrêt du 4 décembre 1950 : la Cour affirme que « [l]e juge du fond peut considérer comme cause chaque circonstance sans laquelle le fait ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit »²⁷⁵².

Pourtant, cette théorie n'est pas exempte de critiques. Ainsi, Roger Dalcq observe qu'elle conduit, dans certaines circonstances, « à des solutions qui, sur un plan humain, paraissent injustes et inéquitables, alors que la théorie de la causalité adéquate ou de la causalité efficiente, permettraient parfois une solution qui apparaît plus juste »²⁷⁵³. Ces deux autres théories proposent d'établir le lien causal différemment. L'un des problèmes récurrents de la théorie de l'équivalence des conditions est la possibilité de remonter très loin dans la chaîne des causes d'un préjudice, aboutissant à des solutions parfois aberrantes²⁷⁵⁴. Comme l'expose Jean-Luc Fagnart, « [l]a théorie de l'équivalence des conditions ne permet pas de choisir parmi les causes dont le pouvoir causal est le plus important. Il n'y a pas de cause suffisante, pas de cause normale, pas de cause déterminante. Toutes les conditions nécessaires sont de même valeur. Sans l'une d'elles, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit »²⁷⁵⁵. La Belgique semble isolée dans son application d'une unique théorie pour déterminer l'existence du lien de causalité et « résoudre l'immense variété des questions qui peuvent se poser dans le domaine de la causalité. [...] La plupart des pays environnants utilisent cumulativement deux tests : le premier est effectivement celui de l'équivalence des conditions [...] et le deuxième fait intervenir plusieurs facteurs destinés précisément à justifier, le cas échéant, la rupture du lien causal pour des considérations de justice ou d'équité (prévisibilité, éloignement du dommage, nature de l'intérêt protégé...) »²⁷⁵⁶.

2010/5, p. 286 (sommaire) ; R.D.C., 2010/1, p. 90 (sommaire) ; Cass. (1^{ère} ch.), 23 avril 2009, *N.j.W.*, 2010/230, p. 698, note S. GUILIAMS, « Eenzelfde schade of andere schade bij pluraliteit van aansprakelijken » ; *Pas.*, 2009/4, p. 996 ; R.A.B.G., 2009/17, p. 1201 ; R.A.B.G., 2010/20, p. 1359, note E. DE KEZEL, « Het opzettelijk belemmeren van het recht op toegang tot de cassatierechter: aanleiding tot schadevergoeding ? » ; Cass (1^{ère} ch.), 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010/42, p. 2006, note C. PARMENTIER, « La théorie de l'alternative légitime » ; *Pas.*, 2008/12, p. 3013 ; R.G.A.R., 2009/4, n° 14500.

²⁷⁵² Cass., 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201 ; R.G.A.R., 1952, n° 4906.

²⁷⁵³ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 170, n° 2554.

²⁷⁵⁴ Henri De Page écrit à cet égard qu'une application stricte et précise de la théorie de l'équivalence des conditions aboutit à « rendre Adam responsable de tous les désordres de l'humanité » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° II, *Les personnes*, op. cit., p. 915, n° 964). Dans un sens identique, voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 326, n° 392.

²⁷⁵⁵ J.-L. FAGNART, « La causalité », op. cit., p. 64, n° 154 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., pp. 103 et 104, n° 2356.

²⁷⁵⁶ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 326, n° 392.

L'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil retient, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la théorie de l'équivalence des conditions. L'article 5.162, alinéa 1^{er}, de ce projet indique que « [l]e dommage doit être réparé si un fait générateur de responsabilité en est la cause. Tel est le cas lorsque le dommage ne serait pas survenu sans ce fait ou si le fait en question est la seule explication possible du dommage ». Cependant, l'alinéa 2 de cette même disposition ajoute un correctif, répondant notamment aux critiques faites à l'encontre du critère de la condition *sine qua non*. Il dispose qu'« il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il peut être tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité et de la circonstance que celui-ci n'a pas augmenté de manière significative à la survenance du dommage »²⁷⁵⁷. L'objectif est clair : éviter que l'on puisse, de manière déraisonnable, appliquer la théorie de l'équivalence des conditions.

507. - Les théories de la causalité adéquate et de la causalité efficiente. Deux autres théories existent. La première est celle de la causalité adéquate²⁷⁵⁸. Les arrêts de la Cour de cassation laissent entrevoir une certaine souplesse quant à l'application de cette théorie qui implique que soit prise en compte « la cause qui explique adéquatement la survenance du dommage »²⁷⁵⁹. Autrement dit, une faute constitue la cause d'un préjudice lorsque « d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de vie, ce fait [est] en soi propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, en sorte que sa survenance paraît, de façon générale, favorisée par le fait en question »²⁷⁶⁰. Il n'est pas tout à fait certain que la Cour de cassation rejette « radicalement » cette théorie²⁷⁶¹. Dans plusieurs décisions, elle semble concevoir que la

²⁷⁵⁷ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁷⁵⁸ La théorie de la *causa proxima* se rapproche de la théorie de la causalité efficiente.

²⁷⁵⁹ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 34, n° 61.

²⁷⁶⁰ H. DESCHENEUX, « Norme et causalité en responsabilité civile », in *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse*, Recueil offert au Tribunal fédéral suisse à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisse, Bâle 1975, p. 399.

²⁷⁶¹ B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 746, n° 2 ; J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », in P. MANDOUX, O. KLEES (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, p. 40, n° 3. Voy. cependant Cass. (1^{ère} ch.), 23 septembre 2011, *Pas.*, 2011/9, p. 2034 (la Cour de cassation rejette clairement la théorie de la causalité adéquate).

causalité adéquate puisse solutionner les excès de la théorie de l'équivalence des conditions²⁷⁶². Le test de la causalité efficiente est la seconde théorie. Il s'agit en réalité d'une variante de la causalité adéquate. Son principe veut que « [s]i parmi les conditions qui ont produit un dommage, on trouve une faute et une condition nécessaire mais imprévisible pour l'auteur de la faute, seule cette condition imprévisible sera retenue comme cause, à l'exclusion de la faute »²⁷⁶³. Pour Jean-Luc Fagnart, cette théorie « prétend faire la distinction entre la cause et les conditions nécessaires. Une condition ne produit pas le dommage, mais elle permet à la cause efficiente de le produire »²⁷⁶⁴. La Cour de cassation rejette clairement cette théorie depuis un arrêt du 19 mars 1951²⁷⁶⁵.

508. - La théorie de l'alternative légitime. Afin de contrer les difficultés d'application de la théorie de l'équivalence des conditions, une dernière théorie est développée et semble accueillie explicitement par la jurisprudence de la Cour de cassation²⁷⁶⁶. Il s'agit de la théorie de l'alternative légitime qui « consiste à remplacer le comportement fautif de l'auteur du dommage non par l'absence dudit comportement mais par le comportement licite. Il convient alors de vérifier si le dommage serait survenu de la même façon dans l'hypothèse où le comportement reproché aurait été licite »²⁷⁶⁷. Rafaël Jafferalli précise que « [l]a théorie de l'alternative légitime s'inscrit dans le contexte, plus large, de la théorie de l'équivalence des conditions. Si la nature exacte des liens entre ces deux théories demande encore à être précisée, il est en tout cas certain que la première n'a pas vocation à remplacer entièrement la seconde, mais tout au plus à la nuancer »²⁷⁶⁸.

²⁷⁶² Voy. à titre d'illustration, Cass. (1^{ère} ch.), 24 mars 2005, *Pas.*, 2005/3, p. 703 ; *R.G.A.R.*, 2007/7, n° 14282.

²⁷⁶³ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, p. 110, n° 2378.

²⁷⁶⁴ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 38, n° 74.

²⁷⁶⁵ Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 493.

²⁷⁶⁶ Voy. notamment Cass. (2^{ème} ch.), 28 mai 2008, *R.A.B.G.*, 2009/10, p. 655, note N. VAN DE SYPE, « Causaal verband en het rechtmatig alternatief » ; *N.j.W.*, 2009/195, p. 80, note I. BOONE, « Rechtmatig alternatief bij de beoordeling van het oorzakelijk verband » ; *For. ass.*, 2008/86, p. 132, note J.-L. FAGNART, « La notion de causalité et le contrôle de la Cour de cassation » ; Cass. (2^{ème} ch.), 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007/12, p. 2385 ; *J.T.*, 2008/6301, p. 160 ; *J.L.M.B.*, 2010/42, p. 2005 ; Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997/I, p. 405. Ce dernier arrêt est consacré comme étant l'arrêt de principe visant à reconnaître ladite théorie.

²⁷⁶⁷ B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *op. cit.*, p. 748, n° 7. Voy. aussi J. DE CODT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », *op. cit.*, pp. 54 à 57, n° 20 à 22 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Le concept de l'« alternative légitime » en droit de la responsabilité civile », in *La justice : enjeux et perspectives pour demain*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 131 à 137 ; R. JAFFERALLI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », in F. GLANSDORFF (dir.), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97 à 164 ; C. PARMENTIER, « La théorie de l'alternative légitime », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010/42, pp. 2009 à 2011.

²⁷⁶⁸ R. JAFFERALLI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », *op. cit.*, p. 102, n° 4.

§ 2. Les caractéristiques de la causalité

509. - Les caractéristiques. Trois caractéristiques de la causalité doivent encore être relevées. D'abord, préciser que ce lien de causalité n'est pas toujours direct. Pour Henri De Page, « il suffit qu'il soit indirect, dès l'instant où il apparaît comme nécessaire, c'est-à-dire qu'il est certain que le dommage est une conséquence, médiate peut-être, mais inévitable de la faute, qu'en d'autres termes, sans la faute, le dommage, quelle que soit la manière dont il se présente, ne se serait pas réalisé »²⁷⁶⁹. Sans doute est-ce cette caractéristique qui conduit à des situations inappropriées en termes de causalité. La Cour de cassation valide pourtant ce raisonnement dans un arrêt du 5 mars 1953. Elle admet que l'article 1382 du Code civil « ne distingue pas entre la faute qui a causé directement le dommage et celle qui ne l'a causé qu'indirectement ; qu'il faut et qu'il suffit qu'entre la faute et le dommage, existe un lien revêtant un caractère de nécessité »²⁷⁷⁰. Ensuite, la causalité doit être certaine : en cas de doute quant à l'existence du lien de causalité, il ne peut y avoir condamnation à réparation du préjudice²⁷⁷¹. Enfin, il est admis que « [s]i la concordance temporelle n'implique pas la causalité, l'éloignement dans le temps ne l'exclut pas. Le fait que le dommage ne se soit manifesté que plus tard, n'exclut pas qu'il soit en relation causale directe avec la faute »²⁷⁷². Roger Dalcq écrit à cet égard qu'il n'y a pas lieu de confondre coïncidence et causalité : « [l]a première n'est qu'une juxtaposition de faits due au hasard, la seconde implique au contraire un enchaînement des faits qui suppose que la cause soit la condition de la conséquence. Le juge doit dans chaque cas apprécier si les faits ne révèlent que l'existence d'une simple coïncidence ou s'il est permis d'en déduire la certitude d'un rapport de causalité »²⁷⁷³.

²⁷⁶⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° II, *Les personnes*, op. cit., p. 907, n° 960. Dans le même sens, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 142, n° 2475.

²⁷⁷⁰ Cass., 5 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 516 ; *J.T.*, 1953, p. 514, note P.-M. BOLLAND ; *R.C.J.B.*, 1955, p. 185, note H. DE PAGE, « La relation causale en matière de responsabilité civile ». Le principe avait d'ores et déjà été abordé préalablement – mais pas aussi clairement – par la Cour. Voy. notamment Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 493 ; Cass., 13 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 189 ; Cass., 3 mai 1861, *Pas.*, 1861, I, p. 397.

²⁷⁷¹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 323, n° 388 ; J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », op. cit., n° 29 et s.

²⁷⁷² J.-L. FAGNART, « La causalité », op. cit., p. 65, n° 158.

²⁷⁷³ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 131, n° 2443.

§ 3. Le lien de causalité et le droit à l'oubli

510. - Le lien de causalité dans la jurisprudence relative au droit à l'oubli. Dans la jurisprudence relative au droit des médias, la condition du lien de causalité est rarement évoquée : d'ailleurs, lorsque la victime se limite à revendiquer la réparation d'un dommage moral, « le lien causal ne fera pas l'objet d'un débat »²⁷⁷⁴. Quelques décisions sont intéressantes notamment parce qu'elles prennent en compte, dans leur analyse du lien de causalité, l'importante médiatisation subie par la victime. Une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 20 février 2007 rappelle que « le lien de causalité, qui doit être prouvé par la victime, entre la faute et le dommage est établi dès que le juge constate que le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* sans cette faute ». Et de conclure que la perte de clientèle invoquée comme dommage n'est pas « en lien causal avec la faute [...] puisque l'inculpation de M. [X] dans un dossier pénal médiatisé à l'extrême apparaît être la cause d'une perte de clients potentiels ». En l'espèce, le dommage matériel est ici justifié par le fait pénal ayant donné lieu à une médiatisation intense.

Dans un sens inverse, et à propos d'un dommage moral, le Tribunal de première instance de Charleroi, le 9 décembre 1998, rejette l'argument visant à considérer qu'une perquisition médiatisée par des enquêteurs est la cause principale du préjudice : « en l'espèce, le dommage subi par les demandeurs est imputable à l'article incriminé et les défendeurs en doivent la réparation intégrale, même si d'autres causes ont pu concourir à sa survenance, dès lors qu'il ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* sans la faute dont ils doivent répondre »²⁷⁷⁵. Tenant un raisonnement quasiment identique, le Tribunal de première instance de Nivelles réduit à un franc symbolique l'indemnisation du dommage moral, considérant que l'atteinte à l'honneur du demandeur « a été principalement provoquée par le mandat d'arrêt qui lui a été décerné et par les commentaires que ce mandat a suscités dans tous les organes de presse et dans l'opinion publique » et « que l'article litigieux n'est pas responsable de cette atteinte à l'honneur »²⁷⁷⁶. A la différence des affaires relatives au droit à l'oubli, ces arrêts concernent la licéité de la première divulgation de l'information litigieuse, et non sa redivulcation. Le raisonnement ne prend pas en compte l'aspect temporel et confirme

²⁷⁷⁴ K. LEMMENS, « la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », note sous Cass., 23 mai 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 445, n° 28 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *op. cit.*, p. 49, n° 12 ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 423.

²⁷⁷⁵ Civ. Charleroi, 9 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 923 (somm.) ; *A&M*, 2000/1-2, p. 145.

²⁷⁷⁶ Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A&M*, 1998/2, p. 157.

finalement que l'on ne peut se plaindre d'une médiatisation issue d'une enquête criminelle ou d'une procédure pénale.

Quant aux décisions relatives au droit à l'oubli d'informations, il importe de relever que le Tribunal de première instance de Liège, dans l'arrêt précité du 3 novembre 2014²⁷⁷⁷, s'interroge sur l'existence du lien de causalité. Selon l'éditeur, « le préjudice subi par l'intimé trouverait uniquement sa cause dans les faits infractionnels de 1994 ainsi que dans l'indexation que fait Google des articles du journal Le Soir ». Autrement dit, il n'existerait aucun lien de causalité entre le refus d'anonymiser et le préjudice subi. Ce dernier trouverait sa cause dans l'infraction commise à l'époque. Le tribunal refuse ce raisonnement. Il admet, au contraire, que si la demande d'anonymisation avait reçu réponse favorable, « les moteurs de recherche tels que Google ne renseigneraient pas l'existence de l'article litigieux et aucune atteinte quelconque au droit à l'oubli et à la réputation de l'intimé ne serait à déplorer ». L'existence du lien de causalité est par conséquent établie. La Cour d'appel de Liège²⁷⁷⁸, dans cette même affaire, confirme totalement cette analyse : « [l]es décisions fautives des appelantes de maintenir en ligne, de manière non anonymisée, les articles litigieux sont en lien causal nécessaire avec le préjudice [...]. Sans cette décision, l'indexation des articles litigieux disparaîtrait, que la recherche sur base du nom de l'intimé soit faite à partir du moteur de recherche interne d'un des éditeurs ou à partir d'autres moteurs de recherche, et aucune atteinte quelconque au droit à l'oubli et à la réputation de l'intimé ne serait à déplorer. Le comportement fautif des appelantes est bien la condition *sine qua non* du préjudice réclamé [...] ». On le perçoit rapidement, la problématique est autre que celle visée dans les décisions précédentes. Le contenu n'est pas contesté : seul le fait que des informations soient maintenues en ligne sans être anonymisées constitue le préjudice.

Chapitre 3. La réparation adéquate de la violation d'un droit extrapatrimonial

511. - Introduction. L'article 1382 du Code civil a pour objectif la réparation d'un préjudice. Il offre une fonction essentielle au pouvoir judiciaire, celle d'apprécier et de déterminer

²⁷⁷⁷ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

²⁷⁷⁸ Liège (civ., 20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *J.T.*, 2016, p. 710, note ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note.

souverainement, s'appuyant sur les éléments factuels propres à chaque espèce, non seulement l'existence d'un préjudice mais aussi son étendue. Certes, c'est à la victime d'apporter la preuve de cette condition d'existence de l'action en responsabilité civile extracontractuelle, la preuve étant notamment tirées de ces éléments factuels²⁷⁷⁹. L'avant-projet visant à réformer les règles relatives à la responsabilité civile dans le Code civil indique à cet égard que la nature et l'étendue du dommage « se déterminent en comparant la situation de fait dans laquelle se trouvait la personne lésée avant l'atteinte et la situation de fait dans laquelle elle se trouve après celle-ci »²⁷⁸⁰.

Après le développement des principes généraux applicables à la réparation (Section 1^{ère}), une rapide analyse des modes de réparation est proposée (Section 2). Ensuite, une forme particulière de dommage, impliquant elle-aussi réparation, est appréhendée, le *chilling effect* (Section 3). Enfin, des modes de réparation seront passés en revue afin de déterminer leurs avantages et inconvénients dans le cadre précis d'une atteinte fautive au droit à l'oubli d'informations journalistiques (Section 4).

Section 1^{ère}. Principes généraux

512. - Introduction. La doctrine reconnaît plusieurs principes²⁷⁸¹ (la réparation intégrale, la réparation *in concreto*, l'évaluation du dommage au moment où le juge statue), ceux-ci permettant notamment de préciser les contours de l'action des juges.

513. - Le premier principe : la réparation intégrale. Le premier vise la réparation intégrale du préjudice, c'est-à-dire la réparation de tout le dommage, « mais rien que le dommage »²⁷⁸². Ce principe est régulièrement rappelé par la Cour de cassation qui affirme qu'« [e]n vertu des

²⁷⁷⁹ A ce propos, voy. civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 24 avril 2012, *A&M*, 2012/5, p. 469, note. La décision indique que « [d]ans le cadre d'une action fondée sur l'article 1382 C. Civ. concernant la responsabilité de la presse audiovisuelle dans un litige relatif à la liberté d'expression, l'absence de preuve de dommage rend sans pertinence l'examen d'une éventuelle faute ». Voy. aussi les développements proposés *supra* relatif à la présomption d'existence d'un dommage moral en cas d'atteinte à un droit de la personnalité.

²⁷⁸⁰ Article 5.171, § 1^{er}, al. 2, de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁷⁸¹ Trois sont repris dans les développements qui suivent. Il en existe d'autres qui sont moins pertinents à évoquer dans le cadre de cette thèse.

²⁷⁸² R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Deuxième partie », *R.C.J.B.*, 1995, p. 771, n° 192.

articles 1382 et 1383 du Code civil, celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de réparer intégralement ce dommage, ce qui implique le rétablissement du préjudicié dans l'état où il serait demeuré si l'acte dont il se plaint n'avait pas été commis »²⁷⁸³. Il s'agit de remettre la victime dans « l'état hypothétique dans lequel [elle] serait resté ou, plus exactement, se serait retrouvé »²⁷⁸⁴. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle consacre d'ailleurs explicitement ce principe à l'article 5.179 visant la réparation intégrale : « [l]es dommages sont réparés intégralement en tenant compte de la situation concrète de la personne lésée »²⁷⁸⁵.

Deux commentaires relatifs à ce premier principe évoqué peuvent encore être proposés.

D'abord, la réparation intégrale d'un dommage moral subi à la suite d'une atteinte à un droit de la personnalité peut être remise en cause : « quelle que soit la réparation, celle-ci ne pourra jamais compenser entièrement les souffrances, elle pourra cependant les atténuer »²⁷⁸⁶. D'autant qu'il faudra préalablement quantifier précisément ces souffrances. Koen Lemmens pose à cet égard la question suivante : « comment [...] évaluer en termes matériels l'ampleur du dommage moral, donc non matériel ? » ; et de répondre de la sorte : « [c]onstatons qu'une telle démarche est vouée à l'échec : on ne peut réparer en valeurs monétaires des préjudices qui ne sont ni monnayables ni commerciabiles »²⁷⁸⁷. A ce propos, la Cour d'appel de Bruxelles rappelle « qu'un dommage moral ne peut être réparé en argent, ce dommage n'ayant pas d'équivalent pécuniaire. Il est exact que l'allocation de dommages et intérêts ne constitue qu'une réparation imparfaite de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation et ne suffit pas à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée sans la faute dommageable. C'est également le cas pour d'autres types de dommage : un handicap physique ou la perte d'un souvenir de famille, par exemple. L'auteur du dommage doit cependant réparer le préjudice subi. La victime peut légitimement estimer que l'allocation d'une indemnité contribuera à la réparation de son

²⁷⁸³ Cass. (1^{ère} ch.), 22 juin 2017, *For. ass.*, 2018/180, p. 4, note J. FAGNART, « Les efforts accrus, concept inutile et confus » ; *R.G.A.R.*, 2017/7, n° 15405 ; *Bull. ass.*, 2018/2, p. 201.

²⁷⁸⁴ I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage. Rapport belge », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 443, n° 2.

²⁷⁸⁵ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁷⁸⁶ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁸⁷ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 37, n° 12. L'auteur cite K. RAES, *Het recht van de samenleving*, Bruxelles, V.U.B.-Press, 1999, p. 148.

dommage. Il serait particulièrement inéquitable de lui refuser toute indemnité sous prétexte qu'il n'existe pas de meilleure solution. Il est exact [...] que les dommages et intérêts doivent tenir compte de l'importance du dommage subi et ne peuvent avoir pour but de punir leur auteur »²⁷⁸⁸.

Ensuite, en matière de presse, dès lors qu'il n'existe pas de responsabilité pénale effective²⁷⁸⁹, le risque est important que le juge soit amené à contrebalancer cette absence par des dommages et intérêts punitifs. Le Tribunal de première instance de Liège rappelle à ce propos que « la somme versée à la victime ne peut jamais être une façon de punir le responsable, mais seulement un mode d'indemnisation »²⁷⁹⁰.

Le Tribunal de première instance de Liège, dans une décision du 15 décembre 1999, a correctement résumé les deux commentaires proposés : « [s]'il est certain que le préjudice moral de cette famille, offerte en pâture à l'opinion publique sans raison sérieuse, est important, il n'en reste pas moins que les revendications financières émises sont excessives. Ce type de dommage est difficilement indemnisable, l'argent ne compensant jamais la vraie souffrance morale. Notre droit ne connaît pas les dommages et intérêts "punitifs". C'est la condamnation publique du procédé qui constituera l'essentiel de la réparation morale. En outre, notre système juridique, au contraire d'autres, ne prend en considération les dommages moraux que fort chichement. Les sommes allouées par les juridictions ne représentent pas une véritable réparation mais s'intègrent dans un système de valeurs données, qu'il s'agisse de valeurs morales, sociales, économiques, fiscales ou autres encore. Les demandeurs ne perdront pas de vue que si les défendeurs avaient froidement assassiné l'un des leurs, les dommages qu'ils songeraient à réclamer, compte tenu de la jurisprudence habituelle, seraient bien moins élevés que leurs actuelles revendications. Il convient de garder raison et de conserver une certaine échelle de valeurs »²⁷⁹¹.

514. - Le deuxième principe : la réparation *in concreto*. De l'article 5.179 précité du nouveau Code civil découle un deuxième principe, celui de la réparation *in concreto* du

²⁷⁸⁸ Bruxelles (9^{ème} ch.), 27 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2008/18, p. 785.

²⁷⁸⁹ Sur ce sujet, voy. notamment F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 723 à 728, n° 1042 à 1046.

²⁷⁹⁰ Civ. Liège (6^{ème} ch.), 21 septembre 1999, *Journ. proc.*, 1999/384, p. 29 ; *A&M*, 2000/1-2, p. 155, obs. F. JONGEN. *A contrario*, voy. civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A&M*, 1998/2, p. 157.

²⁷⁹¹ Civ. Liège, 15 décembre 1999, *A&M*, 2000/2, p. 160.

dommage. Lorsque les juridictions exécutent une appréciation *in concreto*, du dommage, elles doivent « fixer la réparation en tenant compte du préjudice réellement souffert et non accorder à la victime ce qui constituerait une réparation normale de son préjudice. En l'absence d'éléments suffisamment précis permettant au juge de fixer l'indemnisation à l'exacte mesure du préjudice subi, l'évaluation du dommage se fera *ex aequo et bono* »²⁷⁹². Pour ce faire, plusieurs critères sont pris en compte²⁷⁹³, certains ayant déjà été soulevés dans l'analyse de la faute²⁷⁹⁴. Il s'agit notamment de « la nature du média²⁷⁹⁵, la nature des activités de la personne visée, son identité, le tirage de la revue, l'impact et l'audience de l'émission, l'éventuel démenti qui aurait suivi la diffusion de l'information litigieuse, les rectifications faites par la presse qui pourraient avoir atténué voire réparé le dommage subi²⁷⁹⁶ »²⁷⁹⁷, le comportement de la victime²⁷⁹⁸, etc. Le juge devra « évaluer avec le plus de précision possible les effets de l'information diffusée auprès du public et déterminer avec le même soin l'étendue de celui-ci. Or, l'opération peut s'avérer particulièrement délicate, pour ne pas dire impossible, quand on connaît les difficultés de définir avec une certaine rigueur la perception, la prise de conscience, l'impact ou la mémorisation d'une information ainsi que le nombre de personnes informées et la qualité du public ayant reçu l'information. Des critères purement comptables ou financiers,

²⁷⁹² Civ. Bruxelles (14^e ch.), 24 avril 2012, *A&M*, 2012/5, p. 469, note.

²⁷⁹³ Civ. Bruxelles (14^{me} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 15 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1620.

²⁷⁹⁴ A cet égard, voy. *supra*, nos commentaires visant à souligner que certains éléments mis en exergue dans l'analyse de la faute trouvent une place plus adéquate dans l'analyse et la quantification du dommage.

²⁷⁹⁵ Voy. civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509 ; civ. Bruxelles, 22 décembre 1996, *C.D.P.K.*, 1997, p. 666, note D. VOORHOOF, « Onnauwkeurige gerechtsverslaggeving op de BRTN terechtgewezen », *erratum C.D.P.K.*, 1998, p. 256 (« [d]ans l'estimation de l'indemnisation, il faut tenir compte d'une part de l'impact du média par lequel l'information a été diffusée, et d'autre part de la considération et de la position professionnelle de la demanderesse »).

²⁷⁹⁶ Bruxelles, 16 février 2001, *Journ. proc.*, 2001/411, p. 22 ; *A&M*, 2002/3, p. 282 ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.590 ; civ. Bruxelles, 2 avril 1996, *J.T.*, 1996, p. 314 : « [a]ttendu que l'avis rectificatif [...] n'est pas de nature à supprimer l'existence de la faute ; qu'il peut uniquement avoir une incidence sur le montant du dommage subi ; que ce dommage subsiste cependant puisque tous les lecteurs de l'article [...] n'ont pas nécessairement lu [le rectificatif] ».

²⁷⁹⁷ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 700, n° 1014.

²⁷⁹⁸ Voy. par exemple, T.G.I. Paris, 28 avril 1998, *Légipresse*, n° 156, 1998, III, p. 159 (cité par S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., op. cit., p. 690, n° 956). Le tribunal relativise l'importance du préjudice moral subi par Emad Fayed à propos d'un article présentant « le baiser volé de Dodi et Diana », compte tenu « de la célébrité de la princesse Diana qui avait elle-même contribué à sa médiatisation extrême, ce qui interdisait à Emad Fayed de penser que sa relation amoureuse avec une telle personnalité pourrait rester secrète ; de la diffusion préalable de ces mêmes photos dans la presse internationale, notamment en Angleterre, le journal *Paris Match* n'étant donc pas à l'origine de la révélation de cette liaison ; du contenu même des photographies qui ne présentaient aucun caractère choquant ou scandaleux mais donnaient simplement l'image d'un couple heureux, en vacances ».

des sondages ou l'aide d'experts en communication ne seront généralement pas suffisants pour appréhender parfaitement le dommage causé »²⁷⁹⁹.

515. - Le troisième principe : le moment de l'évaluation du dommage. Enfin, le troisième principe concerne le moment à prendre en compte pour déterminer le dommage. La Cour de cassation oblige « le juge à se placer au moment où il statue pour évaluer le dommage », ce qui ne doit toutefois pas lui interdire « de calculer le montant principal de l'indemnité à une date antérieure s'il considère qu'à celle-ci, le dommage était déjà certain et évaluable et pouvait dès lors donner lieu à réparation, ni d'allouer dans ce cas sur ce montant des intérêts compensatoires pour réparer le dommage complémentaire résultant du paiement différé de l'indemnité principale »²⁸⁰⁰. Ce principe initié par la jurisprudence est traduit dans l'avant-projet de réforme à l'article 5.181 qui porte sur le « [m]oment de la détermination de l'étendue du dommage » et indique que « [l]'étendue du dommage est déterminée à la date la plus proche du moment où celui-ci sera effectivement réparé »²⁸⁰¹.

Section 2. Le choix du mode de réparation

516. - Le choix de la réparation : en nature ou par équivalent. Le choix de la réparation appartient à la victime ainsi qu'ensuite à l'autorité judiciaire : le juge doit en effet « choisir le mode de réparation le plus approprié au cas qui lui est soumis »²⁸⁰². Ce choix n'est pas exclusif : le cumul des réparations en nature et par équivalent est admis lorsque la première n'est pas suffisante pour permettre une réparation intégrale du dommage subi²⁸⁰³. Comme l'indique Daniel de Callatay et Nicolas Estienne, « [u]n certain nombre de décisions, rendues principalement en matière de responsabilité de la presse, font application de cette possibilité de “panachage” : elles considèrent qu'une réparation en nature sous la forme d'une publication de la décision n'est pas suffisante pour assurer la réparation intégrale et elles accordent par

²⁷⁹⁹ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, *op. cit.*, p. 690, n° 955.

²⁸⁰⁰ Cass. (2^{ème} ch.), 26 octobre 2005, *Arr. cass.*, 2005/10, p. 2045 ; *Pas.*, 2005/9-10, p. 2044 ; *R.G.A.R.*, 2007/4, n° 14245. Voy. aussi Cass., 17 janvier 1929, *Pas.*, 1931, I, p. 99.

²⁸⁰¹ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁸⁰² D. DE CALLATAY, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 481.

²⁸⁰³ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, p. 745, n° 4153.

conséquent en plus à la victime des dommages et intérêts »²⁸⁰⁴. Ce choix du mode de réparation ne semble pas totalement libre dès lors qu'il est « limité par le droit qui doit être reconnu à la personne responsable de réparer en nature le préjudice qu'elle a causé. Si le responsable offre une réparation en nature, le juge doit faire droit à cette proposition »²⁸⁰⁵. La Cour de cassation confirme d'ailleurs que la réparation en nature est « le mode normal de réparation »²⁸⁰⁶ lorsque l'une des parties la propose et que son exécution n'est pas impossible ou ne constitue pas un abus de droit²⁸⁰⁷.

L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle indique, par un article 5.180, § 1^{er}, que « [l]a réparation des dommages patrimoniaux tend à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu » (alinéa 1^{er})²⁸⁰⁸. Son alinéa 2 ajoute que « [l]a réparation des dommages extrapatrimoniaux vise à accorder à la personne lésée une juste et adéquate compensation des douleurs, souffrances et autres troubles psychiques subis par elle ». Le § 2 précise lui que « [l]a réparation a lieu en nature ou sous forme de dommages et intérêts »²⁸⁰⁹. Les dispositions suivantes proposées dans l'avant-projet apportent quelques éclaircissements complémentaires.

517. - La réparation du dommage moral. Alors que la réparation du dommage matériel n'a jamais réellement été mise en cause, tel n'a pas toujours été le cas pour la réparation du dommage moral. Historiquement, le droit romain déjà reconnaît la possibilité de revendiquer la

²⁸⁰⁴ D. DE CALLATAÏ, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, op. cit., pp. 481 et 482.

²⁸⁰⁵ P. WÉRY, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 66, n° 7.

²⁸⁰⁶ Cass. (3^{ème} ch.), 3 avril 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 293 ; *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, note P. DION, Y. STEVENS, « Herstel 'in natura' in het sociaizekerheidsrecht: een (on)gewenste exoot ? ».

²⁸⁰⁷ Voy. l'article 5.182, § 2, de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018). Il porte que « [s]i la personne lésée la demande, la réparation en nature est accordée, sauf si elle est impossible, si elle constitue un abus de droit, si elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine ».

²⁸⁰⁸ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018).

²⁸⁰⁹ L'exposé des motifs se limite à préciser que le choix posé par la disposition est une « solution conforme à l'état actuel de notre droit » (exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 175). Voy. toutefois l'article 5.182 qui permet d'une part à la personne lésée de requérir une réparation en nature et d'autre part, au responsable, de la proposer.

réparation d'une atteinte à l'honneur. Pour autant, certaines théories se sont développées pour restreindre ladite réparation, s'interrogeant sur le fait de pouvoir « envisager de le dédommager par une réparation *matérielle* ? »²⁸¹⁰. Koen Lemmens part en effet du principe que « ce type de dommage ne donne pas lieu à une réparation en termes monétaires »²⁸¹¹, soulignant son instrumentalisation possible. Il constate qu'« [u]ne fois accepté que les douleurs morales prêtent à une indemnisation monétaire, la voie à un marchandage des valeurs morales est entièrement ouverte. Il s'ensuit, dès lors, qu'au lieu de mieux les protéger, on en a affaibli la protection ! »²⁸¹². Cela étant, l'auteur reconnaît que « ces dédommagements à titre moral sont sinon inévitables, pour le moins utiles. [...] En l'occurrence, les considérations pratiques l'emportent sur celles de nature plus théorique. Il ne peut y avoir un seul principe fondamental : sans paiement de dommages et intérêts pour dommage moral, la vie privée resterait dépourvue d'une protection efficace »²⁸¹³. Koen Lemmens reconnaît *in fine* la nécessité d'une réparation. D'autres auteurs admettent la réparation du dommage moral, mais seulement partiellement²⁸¹⁴.

Des théories ont été développées en ce sens. L'une d'elles est intéressante en ce qu'elle renvoie notamment aux controverses relatives à la question de la reconnaissance et de la réparation du préjudice moral d'une personne morale²⁸¹⁵. Deux auteurs avancent l'idée selon laquelle le dommage moral peut être réparé à la condition qu'il présente un contrecoup matériel²⁸¹⁶. Un dommage moral « pur » ne pourrait donc être réparé. Cette théorie trouve notamment du sens lorsqu'elle est appliquée au bénéfice des personnes morales. Lorsque ces dernières souffrent d'un préjudice moral, il s'agit généralement d'un préjudice ayant ce contrecoup matériel : l'image de marque est atteinte et engendre une crainte d'une baisse de la clientèle. Tel semble moins être le cas lorsqu'il est question du dommage moral d'une personne physique. Une deuxième théorie s'inscrit dans cette même perspective : elle constate que le dommage moral n'est réparable que lorsqu'il porte sur « la partie “sociale” du patrimoine moral

²⁸¹⁰ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, coll. de thèses, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 392, n° 545, et p. 394, n° 549 (« n'est-il pas un paradoxe que de vouloir réparer en valeurs monétaire des préjudices qui ne sont ni monnayables ni commerciabiles ? »).

²⁸¹¹ *Ibidem*.

²⁸¹² *Ibidem*, pp. 394 et 395, n° 551.

²⁸¹³ *Ibidem*, p. 526, n° 803 et 804.

²⁸¹⁴ Les théories doctrinales qui ne reconnaissent aucune réparation ne seront pas évoquées, celles-ci n'étant plus du tout d'actualité.

²⁸¹⁵ Voy., à cet égard, les développements proposés sur la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales (*supra*).

²⁸¹⁶ E. MEYNIAL, « De la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire », *Revue pratique de droit français*, 1884 ; A. ESMEIN, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *Rev. trim. civ.*, 1903, pp. 5 et s. Ces références sont citées par R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, op. cit., p. 454, n° 3422.

– honneur, réputation, considération, etc. » et non lorsqu’il concerne « sa partie affective, atteinte aux sentiments d’affection »²⁸¹⁷. Les auteurs justifient cette restriction par une impossibilité de – ou par des difficultés plus importantes à – quantifier et justifier le dommage affectif. La difficulté ne paraît toutefois pas plus insurmontable que celle intervenant pour déterminer le dommage « social ».

Il est paradoxal de souligner que ces hésitations quant à la réparation des préjudices moraux se sont développés malgré l’existence d’une jurisprudence claire de la Cour de cassation qui, déjà dans un arrêt du 17 mars 1881, reconnaît explicitement « que le mot *dommage* dont se sert le législateur dans les articles 1382 et suivants du Code civil est un terme général qui s’applique au dommage moral comme au dommage matériel et qu’il appartient au juge du fond de vérifier si le dommage moral est appréciable »²⁸¹⁸. Les incertitudes, tirées du fait que lesdites dispositions demeurent muettes quant aux types de dommage visés²⁸¹⁹, sont levées. Cela étant, la Cour admet parfaitement que l’euro symbolique puisse constituer la réparation adéquate : « l’arrêt qui, sans confondre le préjudice matériel et le préjudice moral pouvant résulter d’un même acte fautif, tient le second pour seul établi, justifie légalement, sur la base d’une appréciation de fait de l’étendue de ce dommage et des mesures de nature à le réparer intégralement, sa décision de réduire au franc symbolique les dommages et intérêts alloués »²⁸²⁰.

Enfin, il importe de relever l’article 5.184, § 2, de l’avant-projet de réforme des dispositions relatives à la responsabilité civile, en ce qu’il vise la réparation d’une atteinte à un droit de la personnalité : « [L]orsque le responsable, dans le but de réaliser un profit, à intentionnellement violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou a intentionnellement porté atteinte à son honneur ou à sa réputation, le juge peut évaluer le dommage sur la base du

²⁸¹⁷ E. TREBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, t° II, Paris, Auguste Durand, 1854, n° 129 ; M. MANGIN, *Traité de l’action publique et de l’action civile en matière criminelle*, t° I, Paris, 1837, n° 123. Ces références sont citées par R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, pp. 454 et 455, n° 3424.

²⁸¹⁸ Cass., 17 mars 1881, *Pas.*, I, p. 163.

²⁸¹⁹ Voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t° II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, *op. cit.*, Larcier, p. 454, n° 3421. L’auteur démontre que « les auteurs du Code civil n’avaient à l’esprit que les dommages pécuniaires, corporels ou matériels ; ils ne paraissent pas avoir songé au préjudice moral », tout en ajoutant néanmoins que « malgré l’existence de précisions dans les textes, on peut considérer que, la réparation du dommage moral étant la tradition dans l’ancien droit, le législateur se serait expliqué de manière expresse s’il avait entendu l’exclure ».

²⁸²⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 12 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10, p. 400, note F. JONGEN, « Préjudice moral, préjudice matériel et sécurité juridique ».

montant des profits ou d'une partie de ceux-ci si ce montant excède manifestement celui qui serait accordé pour la réparation du dommage patrimonial ou extrapatrimonial »²⁸²¹. L'exposé des motifs vise en réalité ce que l'on nomme la faute lucrative. Il permet de comprendre cette disposition qui a vocation à empêcher « que la personne lésée n'obtienne qu'une indemnisation presque symbolique alors que le responsable a empoché un bénéfice considérable. Pour que cette disposition s'applique, il est toutefois requis que le responsable ait agi avec l'intention de réaliser un profit. Il faut aussi que [...] la violation des droits de la personnalité ou que l'atteinte à la réputation ou à l'honneur ait eu lieu intentionnellement. Dans ce cas, la disposition permet à la personne lésée de réclamer à la fois un dédommagement pour le préjudice moral et, en complément la cession de tout ou partie du bénéfice »²⁸²². On ne peut s'empêcher d'y voir là une forme de réparation punitive, le préjudice étant calculé au regard des gains retirés de l'atteinte au droit de la personnalité. Un tel procédé paraît se heurter au principe même de la réparation civile, telle qu'elle est perçue en Belgique, voire plus largement dans le droit continental.

Section 3. Le chilling effect

518. - Introduction. Le *chilling effect* se conçoit comme un effet d'intimidation. Des mesures peuvent être prises à l'encontre d'un média, ces mesures ayant un tel effet. Cet effet d'inhibition peut avoir des conséquences importantes sur le droit à la liberté d'expression : craignant que des mesures puissent être prises à leur encontre, les médias s'autocensurent. Cet effet constitue

²⁸²¹ Voy., en France, l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, disponible à l'adresse suivante, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf. L'article énonce qu'« [e]n matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile » (al. 1^{er}).

²⁸²² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, pp. 184 et 185. L'exposé poursuit de la sorte : « La personne lésée pourra donc encore demander une indemnisation visant à lui transférer tout ou partie du bénéfice mais seulement dans la mesure où ce montant excède manifestement le montant de l'indemnité accordée pour le dommage extrapatrimonial. Le montant accordé pour ce dommage viendra donc en déduction du montant du bénéfice à transférer. On évite ainsi que la personne lésée puisse obtenir en plus du dommage moral, le montant total du profit réalisé ce qui permettrait de s'enrichir de manière disproportionnée à la suite du comportement illicite du responsable. En vue de déterminer le montant du bénéfice à transférer, le juge doit tenir compte du bénéfice net réalisé, le responsable par le biais de l'activité concernée, ce qui signifie que seuls les coûts qu'il a exposés spécifiquement pour obtenir le bénéfice, à l'exclusion des frais généraux, peuvent être déduits du bénéfice ».

un préjudice qui donne éventuellement lieu à réparation ou, du moins, qui est concrètement pris en compte dans l'évaluation de la réparation la plus adéquate.

519. - Le *chilling effect* et son influence sur le droit de la responsabilité aquilienne. La réparation d'une atteinte au droit à la vie privée et au droit à l'oubli pose non seulement des questions d'évaluation, mais soulève aussi la problématique de l'effet dissuasif et inhibiteur sur la liberté d'expression. Selon Koen Lemmens, « le fait de sanctionner ou de supprimer certains types de discours, pour légitime que cela puisse paraître, peut avoir un effet dissuasif sur le justiciable en ce que celui-ci pourrait bien se garder de faire des déclarations qui ne ressemblent que très vaguement aux expressions sanctionnées »²⁸²³. Ceci s'inscrit dans des décisions « en matière de diffamation ou de respect de la vie privée par exemple, [qui] ont pour effet de refroidir les ardeurs des journalistes (le prétendu mais non moins populaire “chilling effect”), de les inhiber au point de priver le public d'informations importantes »²⁸²⁴. *A priori* perçu négativement, cet effet est salubre pour certains en ce qu'il permet de calmer « la “surchauffe” des salles de rédaction »²⁸²⁵. Sans conteste, le *chilling effect* est double et contradictoire : il est non seulement perçu comme une entrave supplémentaire à la liberté d'expression des médias et des journalistes, mais il permet aussi de renforcer – certes peut-être à outrance – les obligations de ces médias et journalistes et d'améliorer leur qualité d'enquête²⁸²⁶. En cela, l'on peut considérer que l'effet dissuasif est voulu et s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la responsabilité aquilienne²⁸²⁷. Koen Lemmens semble considérer le *chilling effect* comme indispensable et inhérent à la difficulté de départir précisément le discours protégé par la liberté d'expression de celui qui ne l'est pas : si « on érige en mur de Berlin la frontière entre le domaine du *protected speech* et celui du *unprotected speech*, les justiciables s'abstiendront de se servir des formes de discours qui voisinent trop la frontière de l'interdit. De ce fait,

²⁸²³ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 34, n° 5.

²⁸²⁴ M.-F. BERNIER, *Le « chilling effect » : une corymbe bien davantage qu'une réalité*, Chaire de recherche en éthique du journalisme, disponible à l'adresse suivante, www.crej.ca/publications/chilling.pdf, mis en ligne le 19 octobre 2012, consulté le 1^{er} novembre 2018, p. 1.

²⁸²⁵ M.-F. BERNIER, *Le « chilling effect » : une corymbe bien davantage qu'une réalité*, *op. cit.*, p. 2. L'auteur renvoie aux travaux de David Lepofsky.

²⁸²⁶ En ce sens, P. SORMANY, *Le métier de journaliste*, Montréal, Boréal, 2011, p. 491 ; K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 34, n° 6 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 397, n° 557.

²⁸²⁷ Pour Koen Lemmens, ce caractère double aboutit à distinguer « les effets dissuasifs qui visent précisément à faire respecter les interdits et les obligations » de ceux « que l'on rejette par peur d'introduire sinon l'autocensure » (K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 34, n° 6). Et de conclure en appelant « les premiers les effets dissuasifs primaires et les seconds les effets dissuasifs secondaires » (*ibidem*).

l'autocensure s'installera dans le domaine du *protected speech* »²⁸²⁸. Le *chilling effect* assure une certaine perméabilité nécessaire à cette frontière entre le discours autorisé et l'interdit. Il s'inscrit comme un outil nécessaire dans cette zone intermédiaire (voy. *infra*).

520. - Le *chilling effect* dans la jurisprudence européenne. Certaines décisions européennes évoquent ce *chilling effect*. L'arrêt *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 2005²⁸²⁹ en constitue un bel exemple. La décision concerne une condamnation pour diffamation prononcée par les juridictions anglaises à l'encontre de l'auteur d'un pamphlet proférant des accusations de crime de guerre. L'auteur est condamné au paiement d'une somme quasiment trois fois plus importante que celle jamais allouée au Royaume-Uni pour des cas de diffamation. Dans son examen de la proportionnalité de l'indemnité²⁸³⁰, la Cour rappelle que « toute décision accordant des dommages-intérêts doit présenter un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'atteinte causée à la réputation » (§ 48). Elle indique encore que « [l]e jury avait été exhorté à ne pas punir le requérant, mais seulement à accorder un montant qui indemniserait Lord Aldington de son préjudice moral » (§ 48). La Cour européenne conclut à la violation de l'article 10 de la Convention en affirmant qu'« [u]ne indemnité de pareille ampleur doit être spécialement ouverte à critique là où le droit matériel interne applicable à l'époque ne prévoit pas lui-même d'exigence de proportionnalité » (§ 48). Selon Koen Lemmens, le fait même pour la Cour de se pencher sur la seule indemnité sans que la condamnation de l'auteur ne soit contestée constitue une reconnaissance du *chilling effect* : « [e]n effet, là où l'on accepte en principe la condamnation pour diffamation et où l'atteinte à la liberté d'expression est considérée comme légitime, la contestation de l'ampleur des dommages-intérêt ne se situe pas dans le cadre d'un débat sur la protection due à la liberté d'expression et sur la marge qu'il faut lui concéder, tant il est vrai qu'elle tient principalement au principe général de droit de la proportionnalité, principe indépendant s'il en est. En d'autres termes, la question n'est pas de savoir si la liberté d'expression a été violée (ou non) mais de savoir s'il y a un lien proportionnel entre la faute et la sanction »²⁸³¹. L'effet dissuasif découle de l'excessivité des dommages et intérêts demandés – malgré le fait que les *punitive damages* soient reconnus en droit anglais –,

²⁸²⁸ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 34, n° 5. L'auteur illustre ses propos par un graphique intéressant.

²⁸²⁹ Cour eur. D.H., 13 juillet 2005, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, req. 18139/91.

²⁸³⁰ Les conditions de légalité (§§ 36 à 44) et de légitimité (§ 45) sont validées par la Cour. Précisons que le fait même que l'auteur du pamphlet soit considéré comme responsable et condamné par les juridictions anglosaxonnes ne fait pas l'objet d'une analyse par la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁸³¹ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 36, n° 10.

ceux-ci ayant pour la Cour pour effet de dissuader les justiciables d'abuser de leur droit à la liberté d'expression.

Dans ce premier arrêt, la Cour met en lumière l'effet dissuasif sans pour autant le nommer. Dans d'autres, elle est plus claire, en indiquant notamment que « [l]a Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque [...] les mesures prises ou sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime »²⁸³². Dans son arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018²⁸³³, « la Cour observe que la Cour fédérale de justice a pointé le risque d'un effet dissuasif sur la liberté d'expression de la presse en cas d'accueil de demandes telles que celle des requérants, en particulier le risque que les médias, faute de moyens suffisants en personnel et en temps pour examiner pareilles demandes, soient amenés à ne plus inclure dans leurs reportages d'éléments identifiants susceptibles de devenir ultérieurement illicites. La Cour constate que les requérants ne demandent pas que les médias vérifient leurs archives de manière systématique et permanente, mais qu'ils procèdent à une telle vérification uniquement en cas de demande individuelle expresse. Cela étant, elle ne saurait écarter l'existence du risque pour la presse dont a fait état la Cour fédérale de justice. En effet, l'obligation d'examiner à un stade ultérieur la licéité d'un reportage à la suite d'une demande de la personne concernée, qui implique, comme l'a souligné le Gouvernement à juste titre, une mise en balance de tous les intérêts en jeu, comporterait le risque que la presse s'abstienne de conserver des reportages dans ses archives en ligne ou qu'elle omette des éléments individualisés dans des reportages susceptibles de faire l'objet d'une telle demande. Tout en reconnaissant l'importance des droits d'une personne ayant fait l'objet d'une publication disponible sur Internet, ces droits doivent aussi être mis en balance avec le droit du public à s'informer sur des événements du passé et de l'histoire contemporaine, notamment à l'aide des archives numériques de la presse. La Cour

²⁸³² Voy. notamment Cour eur. D.H., 19 janvier 2016, *Görmüş et autres c. Turquie*, req. 49085/07, § 41 ; Cour eur. D.H., 16 octobre 2012, *Smolorz c. Pologne*, req. 17446/07, § 36 ; Cour eur. D.H., 12 avril 2012, *Martin et autres c. France*, req. 30002/08, § 66 ; Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *Cornelia Popa c. Roumanie*, req. 17437/03, § 34 ; Cour eur. D.H., 6 octobre 2009, *Kuliś et Różycki c. Pologne*, req. 27209/03, § 37 ; Cour eur. D.H., 2 avril 2009, *Kydonis c. Grèce*, req. 24444/07, § 32 ; Cour eur. D.H., 14 février 2008, *July et SARL Libération c. France*, req. 20893/03, § 67 ; Cour eur. D.H., 17 janvier 2008, *Vasilakis c. Grèce*, req. 25145/05, § 49 ; Cour eur. D.H., 6 décembre 2007, *Katrami c. Grèce*, req. 19331/05, § 38 ; Cour eur. D.H., 2 novembre 2006, *Standard Verlags GmbH c. Autriche*, req. 13071/03, § 49 ; Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas c. Grèce*, req. 65545/01, § 42 ; Cour eur. D.H., 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, req. 46572/99, § 38 ; Cour eur. D.H., 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, req. 38432/97, § 58 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 64 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 35.

²⁸³³ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

rappelle à cet égard qu'elle doit faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'elle est appelée à examiner, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, des mesures ou des sanctions infligées à la presse qui sont de nature à dissuader celle-ci de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime » (§§ 103 et 104)²⁸³⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme constate et reconnaît l'existence et les dangers du *chilling effect*. Elle considère que son analyse doit entrer dans la balance des intérêts devant être effectuées par les autorités judiciaires. Il semble que cette prise en compte doit se faire au moment d'évaluer le dommage et sa réparation, pour éventuellement aboutir à n'octroyer qu'un euro symbolique. L'existence d'une potentielle atteinte fautive ne peut être influencée par cet élément : ce n'est que lorsque l'atteinte au droit est constatée que cet effet dissuasif peut être avancé pour permettre aux juridictions de proposer la réparation la plus adéquate.

521. - Le *chilling effect* et le contentieux de la responsabilité aquilienne en Belgique. Sans entrer dans de larges considérations, et en suivant le raisonnement proposé par Koen Lemmens²⁸³⁵, l'effet dissuasif semble être correctement appréhendé par le droit belge. Lorsqu'aucune sanction n'est prononcée, il s'inscrit dans le standard du journaliste *bonus pater familias*, ce concept laissant une certaine marge de manœuvre pour « publier tout ce qui relève du domaine protégé [par la liberté d'expression] sans devoir se livrer à l'autocensure ». Quant à l'effet dissuasif lorsqu'une sanction est prononcée, il est intégré dans la question de la proportionnalité de la mesure : la réparation d'un dommage se doit d'être proportionnée au préjudice subi. La réparation est intégrale, mais doit couvrir tout le dommage. Face à l'existence d'un dommage moral, le rôle dévolu à la proportionnalité est primordial, restreignant le *chilling effect*. Sauf à recourir à une réparation symbolique, « la proportionnalité constitue le seul rempart contre les indemnisations trop élevées. C'est donc dans le cas où le juge belge serait amené à accorder une indemnisation trop élevée pour réparer un préjudice moral que le principe de proportionnalité prend toute son importance : il protège la liberté d'expression contre des condamnations trop sévères et il évite que la réparation aquilienne ne devienne une sanction

²⁸³⁴ Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 41, Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 64.

²⁸³⁵ K. LEMMENS, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *op. cit.*, pp. 39 et 40, n° 19 à 21. L'on suit son raisonnement dans l'ensemble du paragraphe. Toutes les idées développées sont dès lors issues de la contribution de cet auteur.

privée ». Si l'on pousse davantage encore le raisonnement de la proportionnalité, il devrait incomber au juge, pour un dommage X, « de vérifier s'il est pertinent, nécessaire et proportionné d'accorder une indemnité de X »²⁸³⁶. Selon Koen Lemmens, ce raisonnement correspond à la transposition, en droit belge, de celui que la Cour européenne des droits de l'homme propose dans l'arrêt précité *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*²⁸³⁷.

Cette rapide analyse permet de constater que le *chilling effect* reçoit, en droit belge, des réponses adéquates à travers des moyens mis en œuvre dans le cadre de l'application de la responsabilité aquilienne. Il s'agit de principes clés – tant la notion de journaliste suffisamment prudent et diligent que la notion de proportionnalité – qui interviennent à deux moments différents dans l'application des conditions de la responsabilité et qui ont vocation à limiter – voire contrecarrer – les effets dissuasifs. Ces principes permettent en outre de participer à la démarcation entre le discours autorisé et le discours non autorisé, sans pour autant recourir à « un mur de Berlin ».

Section 4. La réparation d'une atteinte à un droit de la personnalité

522. - Introduction. Les grands principes applicables à la réparation ont été brièvement rappelés, compte tenu du fait que les trois conditions de mise en œuvre de l'article 1382 du Code civil sont réunies. Il importe, tout en ayant ces éléments en tête, de les appliquer aux atteintes fautives aux droits de la personnalité à travers quelques considérations générales (§ 1^{er}) et ensuite, de s'interroger sur le mode adéquat de réparation lorsqu'il s'agit d'une atteinte fautive au droit à l'oubli d'informations journalistiques (§ 2).

§ 1^{er}. Quelques considérations générales

²⁸³⁶ K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », *op. cit.*, p. 447, n° 30. L'auteur analyse audacieusement l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mai 2011 (Cass. (3^{ème} ch.), 23 mai 2011, *Pas.*, 2011/5, p. 1404 ; *R.A.B.G.*, 2011/17, p. 1208, note S. BERNEMAN, « De uitzondering bevestigt de regel: niet ieder nieuw middel tot cassatie is onontvankelijk ! » ; *R.C.J.B.*, 2012/3, p. 425, note K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/4, p. 904), estimant qu'il insère dans le processus de la responsabilité aquilienne « une étape supplémentaire. Il ne suffit donc plus que le juge établisse une faute, un préjudice et un lien causal entre les deux. En plus, il faut qu'il vérifie, au moment d'allouer l'indemnité, que celle-ci est proportionnée au but poursuivi (et donc non plus au préjudice) ».

²⁸³⁷ Cour eur. D.H., 13 juillet 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, req. 18139/91.

523. - La réparation des dommages résultant d'une atteinte à un droit de la personnalité : qu'en disent les textes ? La résolution 1165 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée invite les Etats membres à se doter de législation afin de « garantir la possibilité d'intenter une action civile pour permettre à la victime de prétendre à des dommages et intérêts, en cas d'atteinte à sa vie privée », de « rendre les directeurs de publication et les journalistes responsables des atteintes au droit au respect de la vie privée commises par leurs publications au même titre qu'ils le sont pour la diffamation », et d'« envisager des sanctions économiques à l'encontre des groupes de presse qui portent atteinte à la vie privée de façon systématique »²⁸³⁸. Le texte requiert que des mesures législatives soient prises afin que des actions judiciaires puissent être menées adéquatement par les victimes d'atteinte au droit à la vie privée, aboutissant à sanctionner les fautifs. A défaut de dispositions particulières, l'article 1382 du Code civil permet en droit belge de répondre à ces recommandations.

Un autre texte du Conseil de l'Europe est intéressant : il s'agit de la résolution 1577 visant à dépénaliser la diffamation. Le texte invite les Etats membres à « garantir que le droit civil apporte une protection effective de la dignité de la personne affectée par la diffamation », à « instaurer des plafonds raisonnables et proportionnés en matière de montants de dommages et intérêts dans les affaires de diffamation, de sorte qu'ils ne soient pas susceptibles de mettre en péril la viabilité même du média poursuivi », ainsi qu'à « prévoir des garanties législatives adéquates contre des montants de dommages et intérêts disproportionnés par rapport au préjudice réel subi »²⁸³⁹.

Enfin, signalons encore l'existence de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il dispose que « [s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». La Cour, sur ce fondement a déjà considéré que « le requérant a subi, en raison de la violation constatée, un dommage moral qui ne peut pas être

²⁸³⁸ Point 14, i), ii), et iv) de la résolution 1165(1998) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, adoptée le 26 juin 1998.

²⁸³⁹ Points 17.3., 17.8. et 17.9. de la résolution 1577(2007) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée Vers une dépénalisation de la diffamation, adoptée le 4 octobre 2007.

réparé par le simple constat de violation qu'elle formule. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, elle octroie au requérant la somme de 20 000 EUR pour préjudice moral »²⁸⁴⁰.

524. - La réparation des dommages résultant d'une atteinte à un droit de la personnalité : de l'euro symbolique aux montants excessifs. En ce qui concerne le dommage matériel, sa réparation n'est quasiment jamais accordée lorsque le préjudice découle d'une atteinte à un droit de la personnalité, ceci s'expliquant par la difficulté d'en apporter la preuve. Dans certaines décisions, la réparation d'une perte de clientèle est admise²⁸⁴¹, de même que celle visant la « pertes de chance d'accroître la clientèle »²⁸⁴². Une indemnisation a en outre déjà été accordée au motif d'une « vulgarisation de [l']image professionnelle » et de « la crainte pour [l']avenir professionnel »²⁸⁴³.

Quant au dommage moral, l'on observe que les juges belges restent peu enclins à octroyer une réparation financière allant au-delà de l'euro symbolique, celui-ci étant régulièrement postulé directement par le demandeur²⁸⁴⁴. L'euro symbolique permet au juge de ne pas s'aventurer dans l'évaluation plus précise du préjudice moral : cela étant, cet euro ne constitue, « le plus souvent, que la reconnaissance de la violation d'un droit » sans pour autant remplir réellement un « objectif indemnitaire »²⁸⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même soutenu que « le simple constat de violation ne suffit pas à réparer »²⁸⁴⁶, semblant

²⁸⁴⁰ Cour eur. D.H., 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c. Espagne*, req. 2034/07, § 72. Voy. aussi Cour eur. D.H., 3 avril 2012, *Manzanas Martin c. Espagne*, req. 17966/10, § 67 (à propos de l'article 14 de la Convention) ; Cour eur. D.H., 13 juillet 2010, *Tendam c. Espagne*, req. 25720/05, § 68 (à propos de l'article 6 de la Convention) ; Cour eur. D.H., 22 février 2005, *Novosseletski c. Ukraine*, req. 47148/99, §§ 121 et 122 (à propos de l'article 8 de la Convention).

²⁸⁴¹ Sur la perte de clientèle, voy. civ. Tournai (1^{re} ch.), 22 novembre 2010, *A&M*, 2011/1, p. 109. Voy. encore, sur la notion de « perte d'une clientèle potentielle », civ. Bruxelles (14^e ch.), 20 février 2007, *A&M*, 2007/4, p. 393. Le juge ne fait toutefois pas droit à la demande d'indemnisation, estimant qu'il n'y avait pas de lien causal entre la faute et le dommage.

²⁸⁴² Civ. Liège, 24 juin 1997, *A&M*, 1997/3, p. 319.

²⁸⁴³ Bruxelles (ch. supplémentaire B), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 167.

²⁸⁴⁴ M. ISGOUR, « La presse, sa liberté et ses responsabilités », in *Média et droit*, coll. Recyclage en droit, 2008, Louvain-la-Neuve, Anthemis, pp. 109-110, n° 63.

²⁸⁴⁵ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, pp. 117 et 118. L'auteur poursuit son raisonnement en voyant, dans cette manière de faire, une potentielle confusion entre la fonction indemnitaire tirée de la responsabilité civile et la fonction symbolique issue, elle, de la responsabilité pénale. A ce propos, voy. aussi. F. JONGEN, « Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels », in B. DUBUISSON, P. JADOUL (dir.), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil : questions d'actualité*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, p. 203.

²⁸⁴⁶ Cour eur. D.H., 3 mai 2011, *Sipoș c. Roumanie*, req. 26125/04, § 43. Voy. aussi l'opinion dissidente du Juge Myjer. Ce dernier indique qu'« [i]l est clair que la Convention ne garantit ni le droit à la vengeance privée ni l'actio popularis [...]. Lorsqu'un justiciable choisit la voie de la justice pénale, il se peut tout à fait – compte tenu des exigences spécifiques du droit pénal – que le résultat final soit un acquittement. Pour ma part, je pense qu'un

refuser la seule fonction symbolique que cet euro pourrait présenter. Cela étant, la Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer le contraire, tout étant question d'espèces. L'euro symbolique n'est cependant pas systématique, certaines juridictions belges ayant accordé des montants supérieurs²⁸⁴⁷, « sans pour autant dépasser quelques milliers d'euros »²⁸⁴⁸. En réalité, l'on peut constater une évolution dans les montants alloués à la réparation d'un dommage moral. Ainsi, avant 1997, les juges se limitent à octroyer l'euro symbolique – à l'époque le franc – voire à accorder davantage, tout en restant dans des proportions extrêmement limitées. En revanche, après 1997, la tendance est toute autre : les juges n'hésitent plus à concéder des montants importants, ceux-ci étant déterminés généralement *ex aequo et bono*²⁸⁴⁹ en s'appuyant sur une série de critères (d'aggravation ou de minoration²⁸⁵⁰) relevés par la jurisprudence²⁸⁵¹.

525. - Quand la réparation du dommage moral prend la forme d'une peine privée.

L'article 1382, dans sa mise en œuvre, a une fonction réparatrice. Certes, on ne peut lui dénier totalement sa fonction moralisatrice. Il n'a, en principe, aucune fonction punitive. Pourtant,

justiciable qui engage une procédure pénale pour insulte et diffamation (avec constitution de partie civile dans un but punitif et/ou indemnitaire) pour se voir ensuite signifier un acquittement définitif, doit soit en rester là soit tenter de suivre la voie ordinaire de la procédure civile, ne serait-ce que pour obtenir une réparation symbolique ou pour protéger sa réputation ». Le juge semble donc s'opposer au constat produit par la Cour européenne.

²⁸⁴⁷ Voy., par exemple, civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 27 mars 2012, *A&M*, 2012/6, p. 602 ; civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 20 novembre 2007, *inédit*, cité par M. ISGOUR, « La presse, sa liberté et ses responsabilités », *op. cit.*, p. 112, n° 67, note 111 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 septembre 2007, *A&M*, 2007/5, p. 505 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 26 juin 2007, *A&M*, 2007/5, p. 495 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 1^{er} juin 2007, *A&M*, 2007/5, p. 493 ; Bruxelles (21^{ème} ch.), 14 décembre 2006, *A&M*, 2007/3, p. 277 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 novembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 390 ; Liège (3^{ème} ch.), 13 mai 2002, *A&M*, 2002/6, p. 530 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 9 novembre 2001, *A&M*, 2002/6, p. 527 ; *A.J.T.*, 2001-02, p. 707 ; *J.T.*, 2002, p. 167 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 418 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/6, p. 524 ; civ. Bruxelles, 30 mars 1999, *A&M*, 2000/1, p. 102 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1609.

²⁸⁴⁸ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, pp. 703 et 704, n° 1022 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 127.

²⁸⁴⁹ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, pp. 434 et 435, n° 25. Voy. les références jurisprudentielles proposées par l'auteur (notes 107 à 120). Voy. encore, sur cette analyse des montants, aboutissant au même constat que l'auteur citée, M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, pp. 121 à 126 ; B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, coll. pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 234 à 248, n° 182 à 186 ; D. DE CALLATAÏ, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, *op. cit.*, pp. 483 à 495.

²⁸⁵⁰ M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, pp. 114 et 115. L'auteur liste plusieurs critères.

²⁸⁵¹ Voy. notamment civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45. La décision énonce que « dans l'appréciation du dommage et de sa nécessaire réparation, le tribunal devra avoir égard : à la gravité des atteintes portées à l'honneur et à la réputation de la personne mise en cause et à leur répétition ; aux répercussions que celles-ci peuvent provoquer tant dans sa vie professionnelle, académique que privée ; au fait que la personne incriminée est tenue au silence et au devoir de réserve, ne pouvant exprimer ses moyens de défense ; à l'aggravation du préjudice dû au refus de publier intégralement le droit de réponse sollicité à plusieurs reprises ; au fait que le dommage est irréparable en nature ».

lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice moral par l'allocation de dommages et intérêts, et lorsque ceux-ci ne se limitent pas à l'euro symbolique, il peut être difficile de ne pas y voir une telle fonction. En effet, le préjudice réellement subi ne semble plus être l'élément pris en compte pour évaluer la réparation : entre en jeu la gravité de la faute subie par la victime. Certains auteurs, essentiellement français, reconnaissent que l'article 1382 aboutit à infliger une peine privée²⁸⁵². Dans son *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu définit cette peine comme « la perte infligée à titre de sanction punitive, dans les cas spécifiés par la loi, à l'auteur d'agissements frauduleux en général, accomplis au détriment d'un cocontractant ou cohéritier dont le profit va à la victime de ces agissements, laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi »²⁸⁵³. Reconnaître l'existence d'une fonction punitive – et donc du *chilling effect* qui en découle – va à l'encontre du principe général qui veut que la réparation couvre le dommage, rien que le dommage, mais tout le dommage. En outre, « [l]a peine privée doit alors être calculée de manière à être suffisamment efficace pour dissuader le fautif de toute récidive, à l'inverse du montant de l'indemnité qui ne peut dépasser la valeur de la perte de la victime »²⁸⁵⁴. Or, cette optique est celle réservée *a priori* au droit pénal. Il y a ici confusion entre la fonction indemnificatrice du droit de la responsabilité aquilienne et la fonction punitive du droit pénal. Sans doute cette évolution peut-elle s'expliquer par l'absence d'une responsabilité pénale effective en droit des médias et de la presse. Cette carence ne peut, être palliée par une déformation, dans ce domaine juridique précis, de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil. La Cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de rappeler cette distinction « entre l'indemnisation d'un préjudice et la sanction d'un comportement culpeux sous la forme du paiement d'une somme d'argent. Statuant sur la base de l'article 1382 du Code civil, il n'appartient pas aux cours et tribunaux de prononcer des condamnations dissuasives de poursuivre dans la voie de pratiques journalistiques répréhensibles ; ce faisant, ils octroieraient aux victimes la réparation d'un dommage qu'ils n'ont pas subi »²⁸⁵⁵.

Il y a lieu, pour éviter que la réparation se mue en une peine privée, de supprimer les difficultés liées à l'évaluation du dommage moral voire, mais cela semble à l'heure actuelle un

²⁸⁵² Voy. les références citées par E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 435, n° 26, note 123 ; M. ISGOUR, « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », *op. cit.*, p. 106. Voy. encore, sur la peine privée en droit français, E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias. Presse. Télévision. Internet*, coll. Droit & Professionnels, 3^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2012, pp. 558 à 563, n° 1100 à 1108.

²⁸⁵³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., Paris, PUF, 2007, v° *Peine privée*.

²⁸⁵⁴ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 435, n° 26.

²⁸⁵⁵ Bruxelles, 3 avril 2003, *A&M*, 2003/4, p. 303 ; *R.G.A.R.*, 2004/8, n° 13909.

vœu juridique pieu, de rétablir l'effectivité de la responsabilité pénale des médias. Pourquoi ne pas au moins envisager d'aiguiller les autorités judiciaires en proposant « des forfaits dus en cas de méconnaissance du respect dû aux droits de la personnalité »²⁸⁵⁶. A l'instar de ce qui se fait pour la réparation d'un préjudice corporel²⁸⁵⁷ ou dans le cadre des lois anti-discrimination²⁸⁵⁸, il pourrait être possible de proposer une grille forfaitaire visant la réparation du préjudice moral subi à la suite d'une atteinte à un droit de la personnalité²⁸⁵⁹. Un tel procédé aurait le double avantage non seulement de baliser les réflexions des juges confrontés aux difficultés de l'évaluation *ex aequo et bono*, mais aussi d'assurer plus globalement une certaine cohérence entre les décisions et d'objectiver le processus de réparation. Il permettrait en outre d'éviter que le dommage moral soit, à l'avenir, instrumentalisé dans un but de gain financier.

526. - La reconnaissance du dommage dans les décisions relatives au droit à l'oubli. En ce qui concerne les décisions relatives au droit à l'oubli, le dommage moral est généralement reconnu. Ainsi, le Tribunal de première instance de Neufchâteau, le 25 janvier 2013²⁸⁶⁰, s'interroge quant à l'existence d'un dommage moral dans le chef du demandeur, médecin, « du

²⁸⁵⁶ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 436, n° 27.

²⁸⁵⁷ Voy. ce qui est appelé le « Tableau indicatif », disponible notamment à l'adresse suivante, http://www.fcgb-bgwf.be/documents/Tabl_Ind_2016_Fr.pdf (consulté le 15 décembre 2018). Le tableau reprend, en guise de préambule, la citation suivante : « (Le) nouveau Tableau Indicatif n'est pas la panacée permettant de calculer rapidement et immédiatement un dommage corporel, pas plus qu'il ne constitue une norme contraignante quant au mode de calcul de ce dommage. Le Tableau se limite à indiquer une voie permettant de déterminer un dommage » (J.-H. TASSET, M. VAN WILDERODE, J. GEYSEN, W. PEETERS, « Tableau Indicatif 2016 », *J.J.P.*, mars 2017, p. 6). Voy. aussi la réparation forfaitaire organisée à l'article XI.336/5, § 2, du Code de droit économique (l'article est inséré dans le Code par l'article 18 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018, p. 64584, cette loi ayant vocation à transposer la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaire) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite, *J.O.U.E.* L 157, 15 juin 2016, p. 1).

²⁸⁵⁸ Les lois dites anti-discrimination organisent en effet une réparation forfaitaire du préjudice moral. Ainsi, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes (*M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031), indique en son article 23, § 2, 1° que « hors l'hypothèse visée ci-après, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 euros ; ce montant est porté à 1300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telle la gravité particulière du préjudice moral subi ». La loi contient d'autres dispositions relatives à la réparation du dommage moral. Voy., dans le même sens, l'article 18, § 2, 1°, de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre certaines formes de discriminations, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016 ; l'article 16, § 2, 1°, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, p. 9928. Voy., à ce propos, P. WAUTELET, « Les garanties de la non-discrimination : sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination », in P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, coll. CUP, Liège Anthemis, 2009, p. 247.

²⁸⁵⁹ Voy. aussi, sur ce sujet, K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 527 et 528, n° 805 à 807. L'auteur évoque la possibilité de déterminer des dommages et intérêts en vue de réparer le dommage moral, sans pour autant qu'ils s'apparentent à des dommages et intérêts punitifs.

²⁸⁶⁰ Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182. Voy., *supra*.

fait du maintien en ligne de l'article non anonymisé » dont la réparation réclamée est limitée à l'euro symbolique. Le tribunal affirme que le demandeur « bénéficie du droit à l'oubli. La possibilité pour quiconque d'avoir connaissance des faits dont il a été l'auteur en 1994 a pour effet de permettre des jugements de valeur qui ne se justifient plus et de donner une image qui ne correspond plus à la réalité. Une telle présentation cause un dommage moral au demandeur [un médecin ayant causé un accident mortel de la circulation]. Ce dommage est d'autant plus réel que l'accès est particulièrement aisé. Ainsi, toute personne qui souhaite, avant de consulter le demandeur, en qualité de médecin, avoir des renseignements professionnels qui le concernent pourra constater avant tout qu'il a été l'auteur d'un accident mortel en état d'intoxication alcoolique en 1994 ». La décision reconnaît que « [c]e dommage en tant que tel est difficilement quantifiable. La somme d'un euro est néanmoins justifiée par sa seule existence »²⁸⁶¹. L'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 25 septembre 2014²⁸⁶² confirme la décision du 25 janvier 2013. La présence de l'article non anonymisé en ligne est assurément une « source d'un préjudice, à tout le moins moral, dans le chef de l'intimé ». La Cour prend en outre en considération la profession de la personne revendiquant son droit à l'oubli : « [u]ne telle situation permet en effet à un large public, dont font nécessairement parties les patients, les collègues et les connaissances de l'intimé, d'avoir facilement connaissance de son passé judiciaire et est ainsi de nature à le stigmatiser, à nuire gravement à sa réputation et à la priver de la possibilité de se resocialiser normalement alors qu'il a, depuis de nombreuses années, purgé sa peine et été réhabilité par la justice ».

§ 2. La réparation adéquate en cas d'atteinte au droit à l'oubli d'informations journalistiques

527. - Introduction. Dans ces derniers développements, il importe de mettre en exergue les différents modes de réparation potentiellement applicables aux préjudices commis à la suite d'une atteinte fautive au droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ces propos doivent

²⁸⁶¹ Sur la reconnaissance d'un dommage moral, sans qu'il soit davantage explicité, voy. civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

²⁸⁶² Liège (civ., 20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

permettre de savoir concrètement ce qu'il y a lieu de requérir lorsqu'une action en responsabilité civile extracontractuelle est introduite sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Concrètement, plusieurs voies sont envisageables et sont successivement analysées : l'obtention, pour la victime, de dommages et intérêts (A.) ; la publication de la décision judiciaire relative au droit à l'oubli (B.) ; l'ajout d'une mention afin d'indiquer au public la revendication faite d'un droit à l'oubli (C.) ; la suppression définitive de l'information (D.) ; l'anonymisation de l'information litigieuse (E.) ou sa pseudonymisation (F.) ; voire encore son déréférencement (F.).

A. L'allocation de dommages et intérêts

528. - L'adéquation réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : les dommages et intérêts ? *A priori*, la réparation d'une atteinte fautive au droit à l'oubli pourrait aboutir à des dommages et intérêts. Ce mode de réparation découle logiquement du recours à l'action en responsabilité extracontractuelle visée à l'article 1382 du Code civil. Bien qu'elle n'implique pas d'office l'allocation de dommages et intérêts, une telle réparation pécuniaire est monnaie courante. Cela étant, nous avons déjà eu l'occasion de souligner les difficultés inhérentes à la détermination du (ou des) préjudice(s) subi(s), généralement moraux, ainsi que leur évaluation. A cet égard, pour Thibaut Verbiest et Etienne Wéry, « dans la mesure où le préjudice est notamment calculé en fonction de l'audience potentielle, la violation du droit sur Internet devrait donner lieu à des valorisations élevées »²⁸⁶³, plus importantes donc que dans le cadre des médias traditionnels. Cependant, dans le cadre spécifique du droit à l'oubli, ce raisonnement ne peut être tout à fait suivi, essentiellement parce qu'une autre voie aboutit à une réparation plus adéquate²⁸⁶⁴, permettant de se passer des dommages et intérêts, ou de les limiter à l'unique euro symbolique – en guise de reconnaissance de la violation.

La jurisprudence offre quelques précisions sur cette potentielle voie de réparation. Dans le cadre d'une demande de droit à l'oubli portant sur la rediffusion d'un reportage télévisuel, celui-ci impliquant la nouvelle diffusion du nom d'un voleur, estimant que celle-ci est

²⁸⁶³ T. VERBIEST, E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 120, n° 229.

²⁸⁶⁴ Voy. *infra*, l'anonymisation et la pseudonymisation.

préjudiciable pour sa réinsertion sociale, le juge considère que le préjudice causé, « exclusivement moral » doit être réparé par l'allocation de dommages et intérêts²⁸⁶⁵. Cependant, il relève « [q]ue, faute pour les demandeurs de justifier avoir subi réellement et effectivement un préjudice supérieur, leur dommage sera adéquatement indemnisé par l'octroi d'une somme limitée à 1 F[ranc] à titre définitif ». Le Tribunal de première instance, dans son jugement du 20 septembre 2001²⁸⁶⁶, concède 100 000 francs belges de dommages et intérêts (plus ou moins 2500 euros), soulignant non seulement l'atteinte au droit à l'image, mais surtout l'impossibilité de recouvrer l'anonymat nécessaire à la resocialisation du détenu demandeur. Quant à l'affaire relative au droit à l'oubli et ayant mené à l'arrêt de la Cour de cassation belge²⁸⁶⁷, seul un euro symbolique est octroyé en plus de l'anonymisation : ces deux modes de réparations « sont entièrement justifiés et répareront adéquatement le préjudice subi »²⁸⁶⁸. En règle générale, ce panachage des modes de réparation est suffisant, sauf circonstances particulières. L'octroi de cet euro symbolique s'inscrit dans une dimension de reconnaissance de la faute commise. En cela, nous convenons bien volontiers céder à la théorie qui veut que l'atteinte fautive commise implique l'existence d'un dommage moral, sans devoir apporter davantage de preuve (voy. *supra*). Comme indiqué, cette présomption ne semble cependant admissible que lorsque le montant de la réparation ne dépasse pas la valeur du symbole.

B. L'obligation de publier la décision judiciaire

529. - L'adéquante réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : la publication de la décision ? Aucun texte légal, en matière de responsabilité des médias et de la presse, n'évoque la possibilité de recourir comme moyen de réparation à la publication, partielle ou intégrale, de la décision de justice. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer cette diffusion comme un moyen, parmi

²⁸⁶⁵ Civ. Namur (1^{ère} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000/4, p. 471. La décision refuse en outre la publication du jugement (voy. *infra*).

²⁸⁶⁶ Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *R.G.D.C.*, 2002/3, p. 162 ; *Juristenkrant*, 2001/37, p. 1, note D. VOORHOOF, « Ook gevangene heeft recht op vergetelheid ».

²⁸⁶⁷ Voy. *supra*.

²⁸⁶⁸ Liège (civ., 20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. Montero, Q. Van Enis, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ». Dans le même sens, civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182.

d'autres, permettant la réparation du préjudice subi²⁸⁶⁹. Ainsi, comme l'exprime Koen Lemmens, il s'agit de « la manière la plus adéquate de réparation, du moins du point de vue du droit de la responsabilité civile, puisque la réparation en nature, en tant que *restitutio in integrum*, devrait constituer le moyen principal de réparation. Sous cet angle, l'on peut s'étonner que dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la presse, la publication (ou la lecture) du jugement ne sont pas automatiquement ordonnée »²⁸⁷⁰. Pour François Jongen et Alain Strowel, « si une personne s'estime lésée par la publication d'une information, n'est-il pas logique que son dédommagement ait lieu au même endroit et devant le même public en prenant la forme d'une réponse officielle aux accusations considérées comme mensongères ou illégales ? »²⁸⁷¹. Koen Lemmens poursuit son raisonnement en le nuancant : « [a]près, l'on peut s'interroger sur la capacité d'une telle publication de réparer *intégralement* le dommage. La jurisprudence reste divisée : certains juges vont considérer qu'il suffit de publier le jugement (en version intégrale ou uniquement le dispositif) et de prononcer le dédommagement symbolique d'un seul euro. D'autres juges en revanche prononceront en sus de la publication du jugement un dédommagement substantiel, déterminé cependant *ex aequo et bono*. Il va de soi que les circonstances propres à chaque affaire jouent un rôle déterminant dans cette appréciation »²⁸⁷².

Dans la jurisprudence, trois tendances se dessinent²⁸⁷³. Certaines juridictions apprécient ce mode de réparation²⁸⁷⁴. Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles souligne « que la publication du dispositif du présent jugement dans le journal [...] constitue un mode de

²⁸⁶⁹ D. DE CALLATAY, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, op. cit., p. 481. Voy., parmi de nombreuses décisions, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 8 novembre 2011, A&M, 2012/2-3, p. 261 ; civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, A&M, 2008/6, p. 509 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 septembre 2007, A&M, 2007/5, p. 505 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 26 juin 2007, A&M, 2007/5, p. 495 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 novembre 2006, A&M, 2007/4, p. 390 ; civ. Gand (1^{ère} ch.), 19 novembre 2003, A&M, 2004/4, p. 384 ; Liège (3^{ème} ch.), 13 mai 2002, A&M, 2002/6, p. 530 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 23 décembre 1999, A&M, 2000/1, p. 138 ; civ. Bruxelles, 2 avril 1996, J.T., 1996, p. 314.

²⁸⁷⁰ K. LEMMENS, « la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », op. cit., pp. 445 et 446, n° 27.

²⁸⁷¹ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 707, n° 1025.

²⁸⁷² K. LEMMENS, « la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », op. cit., pp. 445 et 446, n° 27.

²⁸⁷³ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 701 et 702, n° 1016 et 1017.

²⁸⁷⁴ Voy., parmi de nombreuses décisions, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 8 novembre 2011, A&M, 2012/2-3, p. 261 ; civ. (4^{ème} ch.), 9 novembre 2016, A&M, 2016/4, p. 355 ; civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, A&M, 2008/6, p. 509 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 septembre 2007, A&M, 2007/5, p. 505 ; Bruxelles (9^{ème} ch.), 26 juin 2007, A&M, 2007/5, p. 495 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 novembre 2006, A&M, 2007/4, p. 390 ; civ. Gand (1^{ère} ch.), 19 novembre 2003, A&M, 2004/4, p. 384 ; Liège (3^{ème} ch.), 13 mai 2002, A&M, 2002/6, p. 530 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 23 décembre 1999, A&M, 2000/1, p. 138 ; civ. Bruxelles, 2 avril 1996, J.T., 1996, p. 314.

réparation du dommage parfaitement adapté, dans la mesure où elle assurera à cette réparation une publicité équivalant à celle dont a bénéficié l'article fautif »²⁸⁷⁵. C'est en effet ce souci de publicité équivalente qui est avancé par les juridictions pour justifier la publication : l'on touche un public identique à celui qui a pris connaissance de l'information litigieuse²⁸⁷⁶. Les juges estiment que la publication, exigée dans un ou plusieurs journaux²⁸⁷⁷, en version papier voire sur internet, est un mode adéquat et suffisant. D'autres considèrent la publication de la décision comme un moyen de réparation superflu et inefficace, soit compte tenu du délai séparant la date de la publication originelle de celle du prononcé du jugement²⁸⁷⁸, soit parce que le média concerné a déjà utilement apporté une réparation au préjudice²⁸⁷⁹. Enfin, un troisième courant jurisprudentiel refuse une telle publication, l'estimant contre-productive²⁸⁸⁰. Ces juges prennent en considération la nouvelle médiatisation que la diffusion implique, alors même que l'information ne fait plus partie de l'actualité et qu'elle pourrait être à nouveau préjudiciable pour la personne visée. La publication a un effet totalement contraire à celui qui est recherché dans la réparation du préjudice puisqu'elle aggrave le dommage subi. Le Tribunal de première instance de Bruxelles souligne qu'« [e]n ce qui concerne la condamnation à publier le jugement, il n'est pas démontré dans quelle mesure pareil moyen contribue à la réparation du dommage. Au contraire, en publiant ce jugement, le risque est grand que la presse utilise cette publication

²⁸⁷⁵ Civ. Bruxelles (77^{ème} ch.), 2 février 2016, *A&M*, 2016/3, p. 279.

²⁸⁷⁶ On retrouve la même philosophie dans l'exigence de périodicité requise pour le droit de réponse. Voy. la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 8 juillet 1961, p. 5573.

²⁸⁷⁷ Pour des décisions limitant la publication dans le seul journal dans lequel l'article litigieux est publié, voy. civ. Bruxelles (77^{ème} ch.), 2 février 2016, *A&M*, 2016/3, p. 279 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45. En revanche, des décisions exigent la publication dans plusieurs journaux : civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 septembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 8 ; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1220 ; civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen ».

²⁸⁷⁸ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 396, n° 554 ; B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, op. cit., pp. 249 et 250, n° 188 ; F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 701, n° 1017 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 18 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 433 ; Comm. Bruxelles (prés.), 20 avril 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 296 ; Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 156 ; Gand, 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; civ. Bruxelles, 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001 (à propos d'une relation litigieuse, le juge refuse la diffusion du jugement compte tenu du fait que « le souvenir de celle-ci étant vraisemblablement effacé auprès de la plupart des personnes »). On remarque ici que l'écoulement du temps, critère évoqué ci-avant (voy. *supra*) a un impact sur la détermination de la réparation adéquate.

²⁸⁷⁹ Voy., parmi d'autres, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 16 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004/18, p. 793 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 septembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 8 ; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1220 ; civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264, note F. JONGEN ; civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen » ; civ. Liège (réf.), 24 septembre 1982, *J.L.M.B.*, 1982, p. 419 ; Bruxelles (2^{ème} ch.), 14 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 451.

²⁸⁸⁰ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 701, n° 1017.

pour à nouveau informer sur les faits qui, en soi, ne sont plus des faits d'actualité. Egalement, bien que certains passages, formulations et considérations dans un article de presse sont à déplorer, une injonction de publier le jugement de condamnation ne va pas contribuer à apaiser les esprits »²⁸⁸¹.

Il est clair que la publication d'une décision judiciaire ne représente aucunement une voie adéquate de réparation pour ce qui concerne la violation du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Koen Lemmens écrit à cet égard que cette diffusion, « *in extenso* ou en partie, [est] difficilement conciliable avec le droit à l'oubli »²⁸⁸². La victime serait en effet une nouvelle fois victimisée, ce qui aboutirait à la léser davantage encore et à subir une nouvelle divulgation censée réparer son dommage. L'effet est exactement l'inverse. Etonnamment, le Tribunal de première instance de Namur, le 17 novembre 1997²⁸⁸³, constatant que le rappel de faits est inapproprié, condamne non seulement à la réparation du dommage moral par un euro symbolique, mais aussi à la publication du jugement prononcé dans le journal litigieux ou tout autre quotidien, aux frais des défendeurs. En revanche, la même juridiction, deux ans plus tard²⁸⁸⁴, souligne qu'« une publication dans la presse faisant allusion à une émission publiée voici près de deux ans et relative à des faits remontant à 12 ans au jour du présent jugement serait en réalité une “réparation” pire que le mal... il y a lieu d'allouer des dommages-intérêts ». Dans une affaire relative à la condamnation d'un ancien militaire pour assassinat, ce militaire ayant ensuite été acquitté, il a été jugé que la publication requise du jugement est « loin d'offrir [au demandeur] une réparation adéquate de son préjudice, [et] risque au contraire de réactiver les passions suscitées par cette affaire. Que de plus, la large médiatisation [...] de la décision définitive de la cour militaire acquittant M. [X] du chef d'assassinat et requalifiant les faits en homicide involontaire a suffi à rencontrer le souci légitime de publicité de M. [X] à cet égard »²⁸⁸⁵.

²⁸⁸¹ Civ. Bruxelles (20^e ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391. Dans le même sens, civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 janvier 2011, *A&M*, 2013/3-4, p. 263 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 16 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004/18, p. 793 ; civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 septembre 2002, *A&M*, 2002/6, p. 537 ; civ. Bruxelles, 17 janvier 1975, *J.T.*, 1975, p. 441. Voy. aussi B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, op. cit., p. 249, n° 188.

²⁸⁸² K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 396, n° 554.

²⁸⁸³ Civ. Namur (1^{ère} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998/18, p. 781, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse ». La décision est en outre intéressante en ce qu'elle vise à réparer le préjudice moral « résultant d'une présentation inutilement péjorative de leur proche, décédé à l'occasion de faits totalement étrangers à sa condamnation ». Il s'agit donc de la reconnaissance d'un droit à l'oubli d'informations journalistiques pour des proches d'une personne décédée (voy. *supra*).

²⁸⁸⁴ Civ. Namur (1^{ère} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000/4, p. 471.

²⁸⁸⁵ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 décembre 2003, *A&M*, 2004/4, p. 372.

C. L'insertion d'une mention

530. - L'adéquate réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : l'ajout d'une mention accompagnant l'information litigieuse ? Pour Frédéric Krenc et Françoise Tulkens, ces auteurs analysant la protection des données et le droit à l'oubli au regard de la jurisprudence européenne strasbourgeoise, une solution acceptable sur le plan de la proportionnalité de la mesure serait d'insérer « un avertissement entourant l'article litigieux »²⁸⁸⁶. Ils rappellent que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de valider de telles mesures lorsque des articles diffusent des propos considérés comme étant diffamatoires. Dans l'arrêt *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*²⁸⁸⁷, « la Cour estime [...] que, lorsqu'un journal a été informé de l'introduction d'une action en diffamation au sujet d'un article publié dans la presse écrite, l'insertion obligatoire d'un avertissement adéquat visant l'article en question dans les archives Internet où il figure ne saurait passer pour une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression » (§ 47). Quentin Van Enis rejoint les auteurs précités en consacrant la contextualisation d'une information passée. Il estime que « l'ajout d'indications permettant de “contextualiser” une information passée d[oit] toujours être privilégié afin de respecter l'exigence de nécessité que doit rencontrer toute ingérence dans le droit à la liberté d'expression, et ce, quand bien même l'information litigieuse présenterait un caractère diffamatoire avéré »²⁸⁸⁸. Une telle solution doit être préférée à l'anonymisation, jugée trop radicale²⁸⁸⁹.

Toutefois, Frédéric Krenc et Françoise Tulkens émettent une réserve : « [l']on peut toutefois douter de l'adéquation de cette solution dans le cas précis où l'information n'est pas

²⁸⁸⁶ F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 301, n° 27.

²⁸⁸⁷ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03. Voy. aussi, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, §§ 66 et 67.

²⁸⁸⁸ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 194, n° 15. Voy. en outre Q. VAN ENIS, « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du *Times* devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03, *R.D.T.I.*, 2009/37, p. 98.

²⁸⁸⁹ L'auteur précité s'appuie notamment sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'opposent à un « retrait du domaine public de toutes traces de publications passées » (Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65). Cela étant, anonymiser n'aboutit pas à une suppression pure et simple des traces de publications passées. A ce sujet, voy. *infra*.

illicite mais est “devenue préjudiciable par le simple écoulement du temps” »²⁸⁹⁰. Ils confirment, certes à demi-mot, que l’anonymisation constitue une voie de réparation proportionnée, répondant dans ces circonstances au principe de proportionnalité véhiculé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme.

Cet ajout d’une mention n’est pas adéquat. Il présente, certes dans une moindre mesure, la même contre-productivité que la diffusion de la décision. Il aboutit finalement à ajouter des informations sur une victime qui cherche exactement le contraire : se faire oublier. En outre, se pose la question du contenu de cette mention : dès lors que le contenu de l’information en ligne n’est pas contesté, que faut-il intégrer dans cette mention ? A nouveau, si elle se limite à indiquer que la personne visée revendique son droit à l’oubli sur les informations litigieuses, l’effet recherché par ladite personne est réduit à néant. Il faut ici distinguer clairement l’oubli d’information d’un éventuel droit de rectification ou droit de réponse. Il s’agit de prérogatives distinctes²⁸⁹¹.

D. La suppression de l’information

531. - L’adéquate réparation dans le cadre du droit à l’oubli d’informations journalistiques : la suppression de l’information litigieuse ? Rien n’empêche un juge d’ordonner la suppression – ou la dépublication²⁸⁹² – de l’information litigieuse, et donc plus largement de son support, que cette suppression soit totale ou partielle²⁸⁹³. Une proposition belge de résolution visant à garantir le droit à la vie privée virtuelle et à instaurer un droit à

²⁸⁹⁰ F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l’oubli », *op. cit.*, p. 301, n° 27. Les auteurs font référence à E. DEFREYNE, « Le droit à l’oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 92.

²⁸⁹¹ Sur ce sujet, voy. E. CRUYSMANS, « La protection de la réputation en ligne : droit de réponse, droit de rectification, droit à l’oubli », in C. DE TERWANGNE, Q. VAN ENIS (dir.), *L’Europe des droits de l’homme à l’heure d’Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 369 et s.

²⁸⁹² M.-F. BERNIER, M. DIONNE, *Le « droit à l’oubli », le nouveau défi éthique des médias*, *op. cit.*, p. 3/11.

²⁸⁹³ Voy. aussi civ. Anvers (5^{ème} ch. B), 21 décembre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 557 ; *A&M*, 2001/2, p. 271, note ; *Mediaforum*, 2001, p. 100, note D. VOORHOOF ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1560. La décision indique, à propos d’une interdiction de diffusion que « [l]’article 1382 du Code civil peut servir de base pour prononcer une interdiction de publication, mais alors uniquement comme une forme de réparation d’un préjudice en nature. Ceci implique qu’une interdiction de publication ne peut être prononcée qu’à l’encontre de celui qui est, au plan civil, reconnu responsable de l’infraction [...]. Une interdiction de distribution d’une publication ne peut être prononcée que si cette mesure présente un effet utile. A défaut d’effet utile, l’interdiction ne vise plus à indemniser ou à prévenir un préjudice et elle ne peut plus s’appuyer sur l’article 1382 du Code civil. En l’absence de base légale, une interdiction de publication enfreindrait d’ailleurs l’article 10.2 de la Convention européenne des droits de l’homme ».

l'oubli numérique requiert du Gouvernement fédéral non seulement qu'il instaure un droit à l'oubli numérique, mais aussi qu'il permette « à tout individu concerné de demander le retrait d'Internet de tout article de presse qui ne reposerait sur aucuns faits établis et qui ne serait que l'expression de rumeurs ou d'élucubrations partisanses »²⁸⁹⁴. Bien que la proposition de résolution s'inscrive dans le cadre du droit à l'oubli, cette demande semble davantage s'inscrire dans le droit à la protection de la vie privée dans le domaine numérique. Le retrait concernerait davantage les articles illicitement diffusés.

Cela étant, l'on peut rejoindre notamment Bernard Mouffe qui souligne « qu'une telle mesure ne nous apparaît que très rarement légitime »²⁸⁹⁵. L'auteur évoque trois raisons pour justifier son propos. La première est intellectuelle : « le retrait ou l'amputation d'une œuvre de l'esprit, quelle qu'elle soit, doit rester une mesure exceptionnelle qui ne peut se justifier qu'en cas d'atteinte grave aux droits d'autrui »²⁸⁹⁶. La Cour d'appel de Paris résume parfaitement cette position : « une mesure aussi attentatoire à la liberté de la presse qu'un retrait d'un magazine ne saurait être prononcée qu'en cas d'atteinte intolérable à la vie privée, insusceptible de faire l'objet d'une autre mesure de remise en état ou de réparation »²⁸⁹⁷. Selon Frédéric Krenc et Françoise Tulkens, la suppression « constitue une mesure trop radicale, qui risque, dans la plupart des cas, d'échouer au test de proportionnalité et partant d'emporter violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme »²⁸⁹⁸. C'est d'ailleurs ce qu'a déjà pu souligner la Cour européenne des droits de l'homme : « ce n'est pas le rôle des autorités judiciaires de s'engager dans la réécriture de l'histoire en ordonnant le retrait du domaine public de toutes les traces de publications passées qui ont pu être jugées constituer des atteintes injustifiées à la réputation d'individus »²⁸⁹⁹. La deuxième raison est économique, l'auteur assimilant ce retrait à des dommages et intérêts punitifs, l'impact économique d'une telle mesure étant fortement attentatoire pour le média²⁹⁰⁰. Enfin, la troisième raison est sociologique. Bernard Mouffe souligne qu'il « faut tenir compte du fait que, dans notre période de

²⁸⁹⁴ Proposition de résolution du 13 juillet 2012 déposée par Laurent Louis visant à garantir le droit à la vie privée virtuelle et à instaurer un droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2011-2012, n° 2360/001, p. 6.

²⁸⁹⁵ B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, *op. cit.*, p. 255, n° 196.

²⁸⁹⁶ *Ibidem*. Voy. les exemples cités par l'auteur en note 1282.

²⁸⁹⁷ C.A. Paris, 12 mai 2000, *Légipresse*, 2000/176, I, p. 142. Dans le même sens, E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 92 ; M.-F. BERNIER, M. DIONNE, *Le « droit à l'oubli », le nouveau défi éthique des médias*, *op. cit.*, pp. 5/11 et 6/11.

²⁸⁹⁸ F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 300, n° 27.

²⁸⁹⁹ Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65.

²⁹⁰⁰ B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, *op. cit.*, p. 256, n° 196 ; civ. Bruxelles (réf.), 21 mars 2001, *A&M*, 2002/1, p. 75.

surabondance d'informations, les atteintes causées passent d'autant plus inaperçues du public et s'effacent d'autant plus rapidement avec le temps »²⁹⁰¹. L'argument semble cependant ne pas suffisamment prendre en compte le droit au respect de la vie privée pour donner un poids trop important à la liberté d'expression et à la surabondance des informations qu'elle permet. Cela étant, l'on reconnaît que l'oubli peut intervenir grâce à cette surabondance : nous avons eu l'occasion d'écrire, avec Alain Strowel, que « la mémoire numérique est encore affaiblie face à la quantité des données stockées, aboutissant *de facto* à diluer les informations dans la masse et à réduire, comme dans d'autres cas d'inflation, la valeur des unités (ici d'information) »²⁹⁰².

532. - L'interdiction de diffusion dans la jurisprudence. La jurisprudence a cependant déjà accordé l'interdiction de diffuser des images. Ainsi, en 1995, dans une décision dans laquelle le droit à l'oubli est invoqué, il est décidé d'interdire de diffuser des images, dans l'attente d'une décision au fond²⁹⁰³. La décision souligne en outre, pour d'autres images, que « les occultations des voix et des visages [...] paraissent suffire à éviter une atteinte grave, susceptible de pouvoir causer un préjudice irréparable, au droit au respect de la vie privée ». Dans son jugement du 30 juin 1997, le Tribunal de première instance reconnaît l'existence du droit à l'oubli et consent à interdire « toute diffusion des films intitulés “Meurtre aux champs” et “Peur sur les champs” tant que les demandeurs n'auront pas consenti à cette diffusion, sous peine d'une astreinte [...] » ainsi que « toute communication des films litigieux au public, tout reproduction et toute cession des droits, sous peine d'une astreinte [...] »²⁹⁰⁴. Dans la décision du Tribunal de première instance de Bruxelles du 20 septembre 2001, le juge accorde l'interdiction de diffuser, vendre, et mettre en location le film litigieux sans l'accord du demandeur²⁹⁰⁵.

Cette interdiction est en revanche refusée par le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans un jugement du 2 décembre 2003²⁹⁰⁶, confirmé ensuite par un arrêt de la Cour

²⁹⁰¹ B. MOUFFE, *La responsabilité civile des médias*, *op. cit.*, p. 256, n° 196. L'auteur s'appuie sur D. BARRELET, *Droit de la communication*, Berne, Staempfli, 198, p. 393. Voy., à cet égard, M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », *op. cit.*, p. 454 ; E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Oubli, déréférencement et anonymisation », *op. cit.*, p. 213, n° 1.

²⁹⁰² E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Oubli, déréférencement et anonymisation », *op. cit.*, p. 214, n° 1.

²⁹⁰³ Bruxelles (réf., 9^{ème} ch.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47. Voy. *supra*.

²⁹⁰⁴ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710. Voy. *supra*.

²⁹⁰⁵ Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *R.G.D.C.*, 2002/3, p. 162 ; *Juristenkrant*, 2001/37, p. 1, note D. VOORHOOF, « Ook gevangene heeft recht op vergetelheid ». Voy. aussi les développements relatifs au caractère préventif ou répressif d'une telle interdiction, le juge concluant au caractère répressif d'une telle réparation du préjudice, celle-ci étant dès lors autorisée constitutionnellement.

²⁹⁰⁶ Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 décembre 2003, *A&M*, 2004/4, p. 372. Voy. encore, bien que le droit à l'oubli n'est pas été clairement revendiqué, civ. Anvers (réf.), 24 novembre 2010, *A&M*, 2011/4-5, p. 565.

d'appel le 27 avril 2007²⁹⁰⁷. Un ancien militaire, condamné pour assassinat et ensuite acquitté, considère qu'un article est à l'origine d'une dépréciation de son image. Il est notamment souligné que l'article, dont le caractère fautif est clairement reconnu, demeure accessible pour le public via les archives informatiques, ceci justifiant sa suppression, ou du moins que l'article ne puisse plus être consulté. Le Tribunal de première instance refuse cette demande, soutenant « qu'il n'appartient pas au tribunal de céans de refaire l'histoire et de faire disparaître l'article litigieux des archives – de papier ou informatiques – du journal *Le Soir* »²⁹⁰⁸. Le tribunal reconnaît par conséquent le caractère excessif de la demande et semble admettre que l'épisode judiciaire dont le demandeur est acteur s'inscrit dans l'histoire judiciaire belge. Cela étant, il faut souligner que la décision poursuit en considérant « [q]ue l'offre des défendeurs paraît satisfaisante et de nature à rencontrer le troisième chef de demande » du demandeur. Ils proposent que soit inséré « dans ces archives informatiques un renvoi à la publication » d'un article paru en première page du même quotidien et relatant l'acquittement de cet ancien militaire. Autrement dit, l'éditeur s'engage à créer un hyperlien entre l'article litigieux relatant la condamnation du demandeur et un autre article – ayant fait l'objet d'une publicité plus discrète au moment de sa publication – évoquant son acquittement. Il ne faut donc pas simplement constater le refus de la suppression : ce refus est motivé par le fait qu'une autre proposition faite par les défendeurs permet une réparation du préjudice subi et limite le potentiel préjudice futur. En outre, l'affaire ne s'inscrit pas clairement dans la revendication d'un droit à l'oubli : il s'agit davantage de contester la précision des informations accessibles en ligne.

533. - La suppression de l'information, une solution inappropriée à l'oubli. La brève analyse de ces décisions permet *in fine* d'apporter une légère nuance à ce refus de voir la suppression de l'information concrétiser une revendication d'oubli. L'interdiction de diffusion, qui ne doit pas être assimilée à la suppression du support, paraît remplir l'objectif du droit à l'oubli lorsqu'il s'agit des médias traditionnels (presse écrite ou audiovisuelle). L'information ne sera plus diffusée offrant une protection du droit à la vie privée de la victime. En revanche, l'information reste disponible puisque son support n'a pas été détruit. Le droit à l'information paraît ainsi être garanti. En revanche, lorsque l'on touche aux archives numériques, une telle interdiction, qui prend alors en réalité la forme d'une suppression, ne paraît pas être une réparation adéquate. En effet, pour reprendre le test de proportionnalité effectué par la Cour

²⁹⁰⁷ Bruxelles (9^{ème} ch.), 27 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2008/18, p. 785.

²⁹⁰⁸ Dans le même sens, Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65.

européenne des droits de l'homme, une telle mesure, bien qu'elle permette de réparer l'atteinte fautive au droit à l'oubli, crée une restriction trop importante du droit à la liberté d'expression.

E. L'anonymisation de l'information

534. - L'adéquation réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : l'anonymisation²⁹⁰⁹ ? L'anonymisation – ou la dé-identification des données²⁹¹⁰ – constitue un nouveau mode de réparation apparu notamment dans les premières décisions visant à reconnaître le droit à l'oubli. L'anonymisation, c'est le « fait d'anonymiser, son résultat »²⁹¹¹. Anonymiser c'est rendre quelque chose anonyme. *In fine*, l'adjectif « anonyme » signifie « [d]ont on ignore le nom, ou qui ne fait pas connaître son nom », « [dt]ont le, la responsable n'a pas laissé son nom ou l'a caché »²⁹¹².

1. L'anonymisation dans la réglementation

535. - L'anonymisation définie par la réglementation. Dans son sens juridique, l'anonymat a donc pour objectif non pas la disparition d'une information mais seulement son « inaccessibilité aux personnes non habilitées à en avoir connaissance »²⁹¹³, consacrant en réalité non pas un droit à l'oubli pur et simple mais davantage un droit au secret ou à la discrétion. Ce sens ne paraît plus être tout à fait correct depuis l'apparition du processus de pseudonymisation. En effet, l'anonymisation doit, à l'heure actuelle et compte tenu notamment des indications proposées par le RGPD (voy. *infra*), s'entendre comme suit : « [a]nonymisation is a way of *modification* of personal data with the result that there is/remains *no connection* of data *with an individual* »²⁹¹⁴. Une information est anonymisée lorsque « tous les éléments identifiants ont été supprimés d'un ensemble de données à caractère personnel. Les

²⁹⁰⁹ Sur l'anonymisation, voy. *supra*.

²⁹¹⁰ Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, lignes directrices adoptées le 23 janvier 2017 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel à l'ère des mégadonnées, pt 6.

²⁹¹¹ www.larousse.fr, v° *Anonymisation*, consulté le 19 novembre 2018.

²⁹¹² Le Petit Robert, v° *Anonyme*.

²⁹¹³ R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 409.

²⁹¹⁴ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A practical Guide*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 13.

informations ne doivent plus contenir aucun élément qui soit susceptible au moyen d'un effort raisonnable, de servir à réidentifier la ou les personnes concernées ».

Les textes législatifs ne définissent pas l'anonymisation. La directive 95/46/CE²⁹¹⁵, en son considérant n° 26, se limite à le mentionner. Elle indique « que, pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne ; que les principes de la protection ne s'appliquent pas aux données rendues anonymes d'une manière telle que la personne concernée n'est plus identifiable ; que les codes de conduite [...] peuvent être un instrument utile pour fournir des indications sur les moyens par lesquels les données peuvent être rendues anonymes et conservées sous une forme ne permettant plus l'identification de la personne concernée ». Le Groupe de travail « Article 29 », dans son avis sur les techniques d'anonymisation²⁹¹⁶, tire de ce considérant une « définition conceptuelle de l'anonymisation » : « pour rendre des données anonymes, il faut en retirer suffisamment d'éléments pour que la personne concernée ne puisse plus être identifiée. Plus précisément, les données doivent être traitées de façon à ne plus pouvoir être utilisées pour identifier une personne physique en recourant à "l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en oeuvre", soit par le responsable du traitement, soit par un tiers »²⁹¹⁷. Quant au RGPD, seul son considérant n° 26 évoque les informations anonymes pour les exclure de son champ d'application. En effet, « [l]e présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y

²⁹¹⁵ Le processus d'anonymisation est encore visé dans la directive « vie privée et communications électroniques » (directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37. Voy. le considérant n° 16 ainsi que les articles 6, § 1^{er}, et 9, § 1^{er}, de la directive).

²⁹¹⁶ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014, 0829/14/FR, WP216, disponible sur le site http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_fr.htm. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007, WP 136, pp. 19, 20 et 23. Enfin, sur les techniques d'anonymisation, voy. encore P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A practical Guide*, op. cit., p. 13. Ces derniers auteurs distinguent deux catégories de techniques : « 1. *Randomisation* : it consists of altering the accuracy of data in order to remove the strong link between the data and the individual. If the data becomes sufficiently uncertain, it can no longer refer to a specific individual. 2. *Generalisation* : it consists of generalising/diluting the attributes of data subjects by modifying the respective scale or order of the data (i.e. a region rather than a city, a month rather than a week) ». Les auteurs ajoutent encore ceci : « [a]s the EU does not provide for a standard of successful anonymisation, a combination of randomisation and generalisation techniques should be considered for stronger privacy guarantees » (*ibidem*, p. 14).

²⁹¹⁷ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, avis 05/2014 précité, p. 6. La définition est axée sur le dispositif en matière de protection des données à caractère personnel.

compris à des fins statistiques ou de recherche »²⁹¹⁸. Encore faut-il que l'anonymisation soit efficiente. S'appuyant tant sur les travaux du Groupe « Article 29 » que sur le considérant précité, un rapport français relatif à l'*open data* des décisions de justice définit l'anonymisation comme un « [p]rocessus consistant à traiter des données à caractère personnel afin d'empêcher totalement et de manière irréversible l'identification d'une personne physique. L'anonymisation suppose qu'il n'y ait plus aucun lien possible entre l'information concernée et la personne à laquelle elle se rattache. L'identification devient alors totalement impossible »²⁹¹⁹.

Il existe une autre définition proposée dans le cadre de la norme internationale ISO 29100 qui concerne les technologies de l'information, les techniques de sécurité et le cadre privé²⁹²⁰. L'anonymisation s'entend du « processus par lequel des informations personnellement identifiable (IPI) sont irréversiblement altérées de telle façon que le sujet des IPI ne puisse plus être identifié directement ou indirectement, que ce soit par le responsable du traitement des IPI seul ou en collaboration avec une quelconque autre partie ».

Ces diverses définitions s'inscrivent dans des textes ayant vocation à s'appliquer, *a priori*, dans le champ de la protection des données. Or, le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne s'inscrit nullement dans le cadre de cette réglementation relative aux données à caractère personnel (voy. *supra*). Il paraît cependant opportun de prendre en compte les définitions proposées par ces textes, en y apportant éventuellement quelques nuances. Il s'agit notamment d'assouplir l'exigence d'irréversibilité qui est rappelée, à de nombreuses reprises, dans l'avis du groupe « Article 29 ». Nous avons en effet émis l'hypothèse, certes *a priori* peu fréquente, d'une désanonymisation possible d'informations (voy. *supra*). L'irréversibilité ne peut en aucun cas constituer un frein à ce processus inverse visant à réidentifier certaines informations²⁹²¹.

2. L'anonymisation vue la doctrine et les instances déontologiques

²⁹¹⁸ Sur une possible extension du champ d'application du RGPD aux données anonymes, voy. notamment Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., pp. 107 à 110, n° 16.

²⁹¹⁹ L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », op. cit., p. 14.

²⁹²⁰ Norme ISO 29100 qui concerne les technologies de l'information, les techniques de sécurité et le cadre privé, ISO 29100:2011.

²⁹²¹ L'avis précité 05/2014 du groupe de travail « Article 29 » évoque d'ailleurs « le risque résiduel de réidentification inhérent à toute mesure technique ou organisationnelle visant à rendre des données "anonymes" ».

536. - L'anonymisation vue par la doctrine. L'anonymisation comme mode de réparation dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle ne fait l'objet de quasiment aucun développement dans la doctrine. Plusieurs auteurs se limitent à constater qu'il faut préférer l'anonymisation d'un article plutôt que sa suppression des archives en ligne²⁹²². Elise Defreyne nuance toutefois en indiquant que « [c]ette méthode ne peut toutefois empêcher de manière certaine l'identification de la personne car il est probable qu'un individu reste identifiable grâce à sa profession, sa fonction dans une institution, ... L'anonymisation permet néanmoins d'éviter que, lorsqu'une personne lance une requête sur Google pour trouver, par exemple, des renseignements professionnels sur un individu, les premiers résultats affichent de manière fort inopportune des articles de presse mentionnant d'anciennes condamnations »²⁹²³, ou tout autre information pouvant porter atteinte à sa vie privée. Cette précision permet notamment de répondre à l'exigence de nécessité imposée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son test de proportionnalité. La mesure semble être la moins attentatoire pour le droit à la liberté d'expression tout en offrant des garanties suffisantes de protection du droit à la vie privée, et plus précisément du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Mélanie Clément-Fontaine estime quant à elle que « l'anonymisation, le déréférencement ou le retrait d'un article peuvent sembler anodins à l'échelle de l'humanité. Pour autant, en reconnaître le droit, c'est admettre que la mémoire peut être amputée d'informations et, de ce fait dévoyée. Le droit à l'oubli numérique pourrait devenir la boîte de Pandore nous conduisant à des extrêmes tels qu'imaginées par Orwell dans *1984*. En réponse, il est objecté le caractère non absolu du droit à l'oubli »²⁹²⁴.

Le Conseil suisse de la presse, instance déontologique suisse, approuve le procédé d'anonymisation. Il souligne, dans sa prise de position 29/2011²⁹²⁵, que l'anonymisation doit faire l'objet d'une demande particulière de la part de la potentielle victime et ne peut en aucun cas être imposée de façon générale aux éditeurs de presse. Le Conseil résume parfaitement la philosophie de l'anonymisation, et plus globalement du droit à l'oubli d'informations

²⁹²² E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 92 ; F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 300, n° 27. Les auteurs font référence à Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65.

²⁹²³ E. DEFREYNE, « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *op. cit.*, p. 92.

²⁹²⁴ M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », *op. cit.*, p. 454.

²⁹²⁵ Conseil suisse de la presse, prise de position n° 29/2011 du 11 mai 2011, *Rectification, droit de réponse, anonymat a posteriori dans les médias en ligne et les archives numériques*, disponible en version allemande sur le site www.presserat.ch, consulté le 20 novembre 2018.

journalistiques : « [e]n cas de demande portant sur le rétablissement après coup de l'anonymat dans un article, les rédactions devraient examiner en s'appuyant sur le principe de la proportionnalité si la révélation de l'identité et le contenu de l'article portent de nos jours atteinte à la personnalité du requérant et si ce dernier peut rendre plausible que la mention de son identité risque de lui causer actuellement un préjudice important. Quand on rend anonyme *a posteriori* un article, il convient de faire en sorte que la version originale ne puisse être trouvée lors d'une recherche basée sur le nom et un mot-clef. En même temps, il faut garantir – comme pour les archives papier – la conservation de cette version première (par exemple sous forme de document pdf) ». L'appréciation dont il est question doit être effectuée au moyen de critères mis en exergue ci-avant²⁹²⁶.

3. L'anonymisation vue par la jurisprudence

537. - La jurisprudence européenne. Dans la jurisprudence européenne, l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*²⁹²⁷ relatif au droit à l'oubli, indique que « [d]ans la mesure où les requérants soulignent ne pas demander que les reportages litigieux soient supprimés, mais seulement que leurs noms n'y figurent plus, la Cour note que l'anonymisation d'un reportage constitue certes une mesure moins attentatoire à la liberté d'expression qu'une suppression du reportage tout entier [...] » (§ 105). La Cour européenne hiérarchise, sur l'échelle de la proportionnalité des mesures, l'anonymisation et la suppression²⁹²⁸. La Cour poursuit en rappelant « cependant que la manière de traiter un sujet relève de la liberté journalistique et que l'article 10 de la Convention laisse aux journalistes le soin de décider quels détails doivent être publiés pour assurer la crédibilité d'une publication sous réserve que les choix que ceux-ci opèrent à cet égard soient fondés sur les règles d'éthique et de déontologie de leur profession [...]. La Cour estime, à l'instar des médias tiers intervenants, que l'inclusion dans un reportage d'éléments individualisés, tel le nom complet de la personne visée, constitue un aspect important du travail de la presse [...], et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de reportages sur des procédures pénales ayant suscité un intérêt considérable. Elle conclut que, dans la présente affaire, la disponibilité des reportages litigieux sur les sites web des médias au moment de l'introduction des demandes des requérants contribuait toujours à un débat d'intérêt général que l'écoulement d'un laps de

²⁹²⁶ Voy. les critères analysés *supra*.

²⁹²⁷ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

²⁹²⁸ Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03, § 47.

temps de quelques années n'a pas fait disparaître »²⁹²⁹. La Cour européenne refuse *in fine* l'anonymisation des données. Elle exécute, en réalité, une balance des intérêts, estimant que l'intérêt général demeure bien présent, malgré l'écoulement du temps. Autrement dit, si l'on traduit cette analyse dans le cadre d'une action en responsabilité civile extracontractuelle, la Cour considère que l'atteinte au droit à l'oubli d'informations (du fait du maintien en ligne de l'identité complète des requérants) n'est pas fautive et n'aboutit donc pas à une quelconque obligation de réparation. La Cour retient cependant l'anonymisation comme une mesure adaptée au contexte des archives numériques.

538. - La jurisprudence belge. Dans la jurisprudence belge, l'anonymisation est mise en œuvre dans plusieurs décisions. Le Tribunal de première instance d'Anvers, le 13 février 2007²⁹³⁰, indique, et la précision est importante, que le fait d'« ordonner, à titre de mesure provisoire, le retrait du nom de la personne lésée de la page d'accueil d'un 'e-journal' archivé dans la partie du site web accessible au public » ne constitue aucunement une mesure de censure préventive telle qu'interdite par l'article 25 de la Constitution. Le tribunal souligne que la mesure concerne un journal déjà paru, ce qui exclut le caractère préventif de ladite mesure²⁹³¹. Le 25 janvier 2013, le Tribunal de première instance de Neufchâteau²⁹³², après avoir reconnu l'existence d'une faute « en mettant en ligne et en l'y laissant dans une version non anonymisée » un article relatant un fait vieux de 18 ans, admet cependant que l'éditeur « ne pouvait matériellement pas, lors de la mise en ligne de l'ensemble de ses archives en 2008, vérifier l'ensemble de ces articles ». La décision évoque l'anonymisation comme réparation du dommage ainsi que le paiement d'un euro à titre symbolique. *In fine*, le défendeur, éditeur, est condamné à remplacer par la lettre X certains mots permettant d'identifier le demandeur tant sur le site web de l'éditeur que dans tout autre banque de données placée sous sa responsabilité.

²⁹²⁹ Voy., sur l'insertion de l'identité complète d'une personne dans un article, Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13, § 37.

²⁹³⁰ Civ. Anvers, 13 février 2007, *N.j.W.*, 2007/166, p. 609, note E. BREWAEYS, « Persvrijheid op internet ».

²⁹³¹ Sur le caractère répressif d'une mesure intervenant après une large diffusion d'un quotidien, voy. aussi Cass. (1^{ère} ch.), 2 juin 2006, *Arr. Cass.*, 2006/6-7-8, p. 1297 ; *A&M*, 2006/4, p. 355 ; *Juristenkrant*, 2011/230, p. 9 ; *J.L.M.B.*, 2006/32, p. 1403, note F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-2010/8, p. 320. L'arrêt de la Cour de cassation a ensuite fait l'objet d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme : Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et s.a. éd. Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, *A&M*, 2007/1-2, p. 128, note P. DE HERT, « De parlementaire onderzoekscommissie 'Dutroux' en de pers » ; *J.T.*, 2006, p. 789, note N. BONBLED, M. LYS, « L'affaire Leempoel et Ciné Revue: le mot de la fin? La commission d'enquête parlementaire dans le cadre de l'affaire Dutroux, les médias et l'art. 10 Conv. eur. D.H. » ; *J.L.M.B.*, 2007/8, p. 292, note P. LAMBERT, « L'épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d'instruction remises à la commission d'enquête parlementaire, lors de l'affaire Dutroux » ; *R.UD.H.*, 2006/6-9, p. 256 ; *R.W.*, 2009-2010/8, p. 337.

²⁹³² Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182.

Dans la même affaire, la Cour d'appel de Liège²⁹³³ confirme que « [l]a demande d'anonymisation [...] est de nature à assurer un bon équilibre entre les droits en présence. Un tel équilibre ne serait pas atteint par la mise en place d'un droit de rectification ou de communication numériques proposées par l'appelant, de tels procédés n'étant pas adéquats, s'agissant de la problématique d'un article relatant une information devenue préjudiciable par l'écoulement du temps ». L'appelant, c'est-à-dire l'éditeur, propose la publication d'un texte court rédigé par l'intimé, « lié électroniquement à l'article d'origine », afin de lui permettre qu'il soit fait mention de la décision de réhabilitation²⁹³⁴. La Cour d'appel de Liège poursuit en affirmant que « [l]es procédés proposés par l'appelant laisseraient en effet perdurer indéfiniment l'effet stigmatisant des infractions graves commises par l'intimé et de la condamnation déjà purgée et rendraient vaine la décision de réhabilitation dont il a bénéficié ». Autrement dit, cette anonymisation, au contraire du droit de réponse proposé par l'appelant, permet de transposer la philosophie de la réhabilitation aux archives numériques. Et de poursuivre son plaidoyer pour le processus d'anonymisation : « [l]a manière la plus efficace de préserver la vie privée de l'intimé sans porter atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'expression de l'appelant est d'anonymiser l'article litigieux sur le site internet du Soir en remplaçant les nom et prénom de l'intimé par la lettre X ».

Le Tribunal de première instance de Liège²⁹³⁵ abonde dans le même sens pour refuser l'argument tiré de l'intérêt historique de conserver les archives intactes : « il n'est nullement demandé de supprimer les archives mais uniquement d'anonymiser la version électronique des articles litigieux ; les archives papier demeurant intactes tandis que les défenderesses conserveraient la possibilité de garantir l'intégrité de la version originale numérique ». Il ajoute que l'anonymisation requise comme moyen de réparation « est de nature à assurer un bon

²⁹³³ Liège (civ., 20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. Montero, Q. Van Enis, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

²⁹³⁴ Sur le droit de rectification numérique, voy. aussi Liège (civ., 20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *J.T.*, 2016, p. 710, note ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note. L'arrêt mentionnent que « [l]e droit de rectification numérique proposé par les appelantes n'est pas une solution adéquate, s'agissant de la problématique d'un article relatant une information devenue préjudiciable par l'écoulement du temps ».

²⁹³⁵ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ». Le raisonnement est entièrement confirmé en appel : Liège (civ., 20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *J.T.*, 2016, p. 710, note ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note.

équilibre entre les droits en présence », constituant « la manière la plus efficace de préserver la vie privée du demandeur sans porter atteinte de manière disproportionnée à la liberté d'expression » de l'éditeur. Selon la Cour d'appel de Liège, confirmant totalement le jugement précité, « [l']anonymisation permet d'éviter que la version originale de l'article de presse ne soit retrouvée lors d'une recherche basée sur le nom de l'intimé mais permet la conservation intégrale de la version originale ».

4. L'automatisme de l'anonymisation et sa mise en œuvre technique

539. - Vers une anonymisation automatique techniquement possible ? La jurisprudence considère très nettement l'anonymisation comme une mesure adéquate pour réparer les atteintes fautives au droit à l'oubli²⁹³⁶. Deux questions doivent encore être soulevées.

Premièrement, il s'agit de s'interroger sur le caractère automatique ou systématique de l'anonymisation : peut-on concevoir une anonymisation généralisée applicable par tous les auteurs et/ou éditeurs d'informations journalistiques ? Non. Une telle mesure paraît en effet disproportionnée et pratiquement infaisable²⁹³⁷. Frédéric Krenc et Françoise Tulkens s'opposent « au principe généralisé d'un droit à l'oubli. Toute demande tendant à la suppression d'un lien ou d'une information requiert un examen contextualisé des droits fondamentaux en présence »²⁹³⁸. C'est d'ailleurs une telle précision qui est avancée par la décision précitée du Tribunal de première instance de Neufchâteau. Il est impossible de déterminer une date de péremption précise pour des informations journalistiques. Or, établir une obligation légale et systématique implique de déterminer une telle date pivot, un délai après la diffusion initiale qui obligerait, par le seul écoulement du temps, l'anonymisation. Le fait, en outre, d'obliger la victime à introduire une demande auprès de l'auteur ou de l'éditeur semble constituer une réponse opportune au caractère disproportionné de l'anonymisation avancé par certains. En

²⁹³⁶ En ce qui concerne la diffusion des décisions de justice, voy. L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, p. 35, n° 48 et 49. Le rapport indique que la pseudonymisation ne permet plus d'assurer une protection efficace contre les potentielles atteintes au droit à la vie privée et au droit à la protection des données à caractère personnel.

²⁹³⁷ Dans le même sens, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 194, n° 15 ; Q. VAN ENIS, « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du *Times* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 98.

²⁹³⁸ F. KRENC, F. TULKENS, « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 304, n° 34.

effet, l'action en justice visant à obtenir une anonymisation, impliquant une réelle démarche, peut s'avérer longue et semée d'embûches. Autant d'obstacles qui sont pris en compte avant même qu'une action soit introduite devant les autorités judiciaires. A ce propos, la prise de position 29/2011 précitée du Conseil suisse de la presse indique que « [l]es rédactions qui rendent accessibles au public leur production en ligne sans condition et de manière illimitée dans le temps, qui dont par là rendent possible l'indexation de leurs contenus archivés par les moteurs de recherche comme Google ou autres, devraient, en sus des autres aspects de la protection de la personnalité, également porter attention au 'droit à l'oubli'. Mais comme pour la réactualisation des textes, il serait cependant hors proportion d'exiger des rédactions, respectivement des archives mandatées par elles, de réexaminer régulièrement d'elles-mêmes tous les articles sous l'angle du 'droit à l'oubli' et, le cas échéant, de leur donner après coup une forme anonyme »²⁹³⁹. Revendiquer un droit à l'oubli ne peut s'inscrire dans l'automatisme, cela nécessite une balance des intérêts qui sont propres à chaque cas d'espèce. L'on s'inscrit ici totalement dans la philosophie des conflits de droits fondamentaux.

Deuxièmement, des raisons techniques pourraient-elles limiter le droit à obtenir l'anonymisation des informations ? La Cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 25 septembre 2014²⁹⁴⁰, apporte une réponse négative à cette question malgré l'existence d'un rapport technique remis par l'éditeur. Cela étant, la Cour soutient qu'« [u]n tel rapport, qui a été établi *in tempore suspecto* et qui émane des techniciens qui sont dans un rapport de dépendance vis-à-vis de l'appelant, ne présente aucune garantie d'impartialité et n'a aucune valeur probante. Un tel rapport ne saurait, en tant que tel, suffire à constituer un début de preuve de l'impossibilité invoquée susceptible de justifier le recours à une expertise judiciaire. De plus, à la lecture de ce rapport, il n'est aucunement fait état d'une réelle impossibilité d'exécuter la mesure sollicitée (anonymisation de l'article litigieux) mais uniquement de risques et de coûts ». Et de poursuivre en soutenant que « [l]a seule impossibilité dont il est fait état est l'«impossibilité matérielle de supprimer les journaux vendus, leurs collections disséminées, les multiples copies des contenus sur tous supports matériels ou numériques qui se trouvent dans

²⁹³⁹ Conseil suisse de la presse, prise de position n° 29/2011 du 11 mai 2011, *Rectification, droit de réponse, anonymat a posteriori dans les médias en ligne et les archives numériques*, disponible en version allemande sur le site www.presserat.ch, consulté le 20 novembre 2018, n° 5 et 6 (e).

²⁹⁴⁰ Liège (civ., 20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECCKE, M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

le domaine public” [...], suppressions qui ne sont nullement sollicitées dans le cadre de la présente action ». Tout en étant conscient de contraintes techniques pouvant rendre le processus d’anonymisation difficile à mettre en œuvre, celles-ci ne peuvent aboutir à refuser toute réparation adéquate. Elles constituent finalement une partie même de ladite réparation, un coût pour l’auteur ou l’éditeur, ce coût pouvant encore s’apparenter à une forme de réparation en nature et justifier le recours fréquent à l’euro symbolique.

Les raisons techniques limitent en effet l’efficacité de l’anonymisation. A nouveau, ces réserves sont émises dans le cadre particulier du traitement des données à caractère personnel. Il faut en effet constater que « de nombreuses études ont démontré combien il était difficile de créer un ensemble de données réellement anonymes en conservant suffisamment d’informations pour les besoins du traitement »²⁹⁴¹. Bien que considérée comme une garantie en faveur du droit à la protection de la vie privée, la technique de l’anonymisation n’est donc pas exempte de tout risque de réidentification²⁹⁴². Dans des lignes directrices rédigées par le Comité consultatif de la Convention n° 108, il est d’ailleurs indiqué que « [l]e responsable du traitement devrait évaluer le risque de ré-identification en tenant compte des délais, efforts ou ressources nécessaires au regard de la nature des données, du contexte, de leur utilisation, des techniques de ré-identification disponibles et des coûts correspondant. Les responsables du traitement devraient démontrer l’adéquation des mesures d’anonymisation des données et garantir l’efficacité de la dé-identification »²⁹⁴³.

²⁹⁴¹ A. GROSJEAN, « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 296, n° 29. Dans le même sens, voy. Y Poullet, *La vie privée à l’heure de la société du numérique*, op. cit., pp. 108 à 109 (« on note qu’il est loin d’être évident que l’anonymat puisse résister à l’analyse massive et croisée de quantité de données. Cette position rejoint l’interrogation des spécialistes de la technologie. Ils prétendent que les croisements à l’infini de données “anonymes” de plus en plus nombreuses, croisements permis par les capacités exponentielles de nos systèmes d’information [...], permettent de “désanonymiser” les données ») ; Groupe de travail « Article 29 », avis 05/2014 adopté le 10 avril 2014 sur les techniques d’anonymisation, WP216, p. 3 ; S. MASCETTI, A. MONTREALE, A. RICCI, A. GERINO, « Anonymity : a comparison between the legal and computer science perspective », in S. GUTWIRTH (eds), *European Data Protection Coming of Age* Springer, 2013, pp. 85 et s. ; L. CADIET, « L’open data des décisions de justice : mission d’étude et de préfiguration sur l’ouverture au public des décisions de justice », op. cit., pp. 26 et 27, n° 21.

²⁹⁴² A. GROSJEAN, « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », op. cit., p. 297, n° 31.

²⁹⁴³ Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, lignes directrices adoptées le 23 janvier 2017 sur la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel à l’ère des mégadonnées, pt 6.2. Dans le même sens, voy. le rapport explicatif du protocole d’amendement à la Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, § 20.

F. La pseudonymisation de l'information

540. - L'adéquate réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : la pseudonymisation ? L'anonymisation n'est pas un procédé repris dans le RGPD. En revanche, ce texte propose une définition de la pseudonymisation L'article 4, 5), indique qu'il s'agit de traiter les « données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ».

A la différence du processus d'anonymisation, la pseudonymisation « consiste à remplacer un attribut (généralement un attribut unique) par un autre dans un enregistrement. La personne physique est donc toujours susceptible d'être identifiée indirectement ; par conséquent, la pseudonymisation ne permet pas, à elle seule, de produire un ensemble de données anonymes [...]. La pseudonymisation réduit le risque de mise en corrélation d'un ensemble de données avec l'identité originale d'une personne concernée ; à ce titre, c'est une mesure de sécurité utile, mais non une méthode d'anonymisation »²⁹⁴⁴. Selon le considérant n° 28 du règlement, « [l]a pseudonymisation [...] peut réduire les risques pour les personnes concernées et aider les responsables du traitement et les sous-traitants à remplir leurs obligations en matière de protection des données ». Dans son avis 4/2007 sur le concept de données personnelles, le Groupe de travail « Article 29 » souligne que la pseudonymisation est un procédé consistant à dissimuler une identité « de manière retraçable », rendant une éventuelle réidentification possible²⁹⁴⁵. Au contraire, l'anonymisation, lorsqu'elle est effective, supprime toute possibilité de réidentification.

Sans entrer davantage dans l'analyse du processus de pseudonymisation (qui est proposée *infra*), l'on peut souligner que cette technique paraît, d'un point de vue théorique, moins attentatoire au droit à la liberté d'expression. Les informations sont en effet dissimulées

²⁹⁴⁴ Groupe de travail « Article 29 » avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation, 10 avril 2014, WP 216, p. 22.

²⁹⁴⁵ Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007, WP 136, p. 19.

sans être totalement supprimées. Cela permet en outre, plus facilement que lorsqu'il y a anonymisation, de dé-pseudonymiser les informations lorsque, par exemple, l'actualité l'exigerait.

G. Le déréférencement de l'information

541. - L'adéquate réparation dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques : le déréférencement ? Dans la décision du Tribunal de première instance de Liège du 3 novembre 2014, outre la réparation à travers l'anonymisation des informations litigieuses, le demandeur sollicite « [à] titre subsidiaire, la condamnation des défenderesses à assortir leurs archives électroniques litigieuses de balises informatiques de désindexation de manière à empêcher que les articles litigieux apparaissent comme résultat lorsque le nom du demandeur est introduit dans un moteur de recherche ». De plus, il souhaite qu'« [e]n tout état de cause » les défenderesses procèdent « aux demandes de désindexation auprès des différents moteurs de recherche »²⁹⁴⁶. Le tribunal reprend les enseignements de l'arrêt précité *Google Spain* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 mai 2014²⁹⁴⁷. Il prend en considération le lien important existant entre le rôle de l'éditeur d'un site web et le rôle du moteur de recherche²⁹⁴⁸ : « [l]'indexation des articles litigieux sur les moteurs de recherche n'est en effet possible que parce qu'ils se trouvent sur la banque de données des journaux de manière non anonymisés et sans aucune balise de désindexation ». Il rappelle à cet égard que « l'éditeur permet également la consultation de l'article litigieux via le moteur de recherche de son site consultable gratuitement, dont l'effet est par ailleurs multiplié considérablement par le développement des logiciels d'exploration des moteurs de recherche du type Google ». *In fine*, le jugement condamne les éditeurs visés par l'action en justice à réparer le préjudice causé en sollicitant « des moteurs de recherche de procéder à la désindexation du nom du demandeur, une fois l'anonymisation effectuée », cette demande devant être faite auprès de *Google, Lycos, Yahoo, Bing* et *Voilà*.

²⁹⁴⁶ Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

²⁹⁴⁷ Voy. *supra* et *infra*.

²⁹⁴⁸ Il rappelle encore, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, que la responsabilité d'un éditeur d'un site web ne coïncide pas avec la responsabilité d'un moteur de recherche, ces deux responsabilités étant indépendantes l'une de l'autre.

La désindexation vient ici en renfort de l'anonymisation ou de la pseudonymisation. La première mesure est prononcée afin d'asseoir l'effectivité de la seconde, cette dernière semblant être le mode principal de réparation. Cependant, la Cour d'appel de Liège, se prononçant dans le cadre de la même affaire, refuse la désindexation en constatant qu'« [i]l n'appartient pas aux éditeurs de formuler pareille demande qui doit émaner de l'intimé, suivant les procédures de notification proposées en ligne par les différents moteurs de recherche, s'il souhaite, complémentirement à l'anonymisation, la suppression de toutes traces de référencement ». La Cour réitère la distinction faite par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Google Spain* : la responsabilité de l'éditeur est bien distincte de celle du moteur de recherche (voy. *infra*). Or, le Tribunal de première instance, même en exposant les liens entre les traitements effectués par les éditeurs et les moteurs de recherche, semble considérer ces responsabilités comme présentant un lien, celui-ci permettant d'exiger de la part des éditeurs qu'ils sollicitent la désindexation auprès des moteurs de recherche. Pour la Cour d'appel, une telle solution est inenvisageable d'un point de vue juridique : les responsabilités sont clairement distinctes sans que l'on puisse reprocher à l'éditeur un éventuel comportement fautif dans le chef du moteur de recherche causant un préjudice à un tiers.

Le raisonnement tenu par les conseillers de la Cour d'appel paraît judicieux. La désindexation n'est pas un mode adéquat lorsqu'il s'agit d'un droit à l'oubli d'informations journalistiques revendiqué à l'égard d'un éditeur. Le phénomène de référencement – et donc de déréférencement – est en grande partie²⁹⁴⁹ propre aux exploitants de moteur de recherche. L'action doit donc être introduite à leur encontre (voy. *infra*).

CONCLUSIONS DE LA PARTIE 2

542. - Le droit à l'oubli d'informations journalistiques : une réalité concrète mais pas novatrice. Le droit à l'oubli est distingué selon qu'il porte sur des informations journalistiques ou sur des informations qui ne le sont pas. La distinction s'explique par l'existence d'un régime particulier, tant dans la loi belge du 30 juillet 2019 que dans le RGPD, en faveur des traitements

²⁹⁴⁹ En effet, les responsables des sites internet ont la possibilité de placer des balises empêchant la référencement par les moteurs de recherche. Le blocage de l'indexation se fait par l'utilisation de la balise « noindex ». Voy., pour le moteur de recherche Google, <https://support.google.com/webmasters/answer/93710?hl=fr>. Cela dit, un tel outil diminue le *ranking* des sites internet, ce qui n'est généralement pas dans l'intérêt des exploitants.

effectués à des fins journalistiques, voire plus largement à des fins de liberté d'expression et d'information. La définition de cette notion de journalisme est dès lors déterminante dans la distinction entre les situations qui tombent sous l'effet des dispositions du RGPD et celles tombant sous les dispositions relatives à la responsabilité civile extracontractuelle. L'interprétation large accordée à tort à cette notion, notamment par les juridictions européennes, oblige le développement d'un autre régime d'oubli que celui organisé par le RGPD. Le passage par les dispositions classiques du Code civil demeure l'option la plus plausible et concrète pour qu'une forme d'oubli puisse être valablement revendiqué. Il s'agit finalement du même processus pour l'ensemble de la problématique de la responsabilité des médias en droit belge : dès lors qu'aucun cadre juridique particulier n'est prévu, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle demeure l'option la plus efficace.

L'article 1382 est accompagné des dispositions relatives au droit à la vie privée, c'est-à-dire essentiellement les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 22 de la Constitution. Cette combinaison, qui semble être confirmée par la Cour de cassation belge, permet de répondre à la condition de légalité imposée par le test effectué par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette juxtaposition oblige en outre à associer le raisonnement propre au droit à la responsabilité extracontractuelle et celui effectué par la Cour européenne. Tous deux sont construits en trois étapes : d'une part, la réunion d'une faute, un dommage et un lien de causalité, et d'autre part, l'obligation de répondre aux conditions de légalité, légitimité et proportionnalité. Dans le cadre d'une application du droit à l'oubli, ces deux mécanismes se rejoignent, notamment lors de l'examen d'un éventuel comportement fautif, non justifié, de la part d'un éditeur qui refuserait de – ou n'aurait pas – anonymiser une information. En ce sens, l'application du droit à l'oubli s'inscrit dans une balance des intérêts classiques, renvoyant au raisonnement traditionnel que les juges européens de Strasbourg sont amenés à faire face à des conflits opposant droit à la liberté d'expression et droit à la vie privée. Un tel conflit se traduit en droit belge par une action en responsabilité extracontractuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil. Finalement, le droit à l'oubli tel qu'il a été décrit à travers sa mise en œuvre juridique n'innove pas réellement.

La reconnaissance d'un droit à l'oubli portant sur des informations journalistiques implique l'exécution d'une mise en balance. Un équilibre doit être déterminé en fonction des intérêts en présence. Afin de baliser cet exercice délicat, les autorités, qu'elles soient judiciaires ou non, peuvent s'appuyer sur différents éléments. Ces éléments ont initialement été mis en

lumière par la jurisprudence pour être ensuite thématisés par la doctrine. Il paraît essentiel d'indiquer que cette liste jurisprudentielle ne peut être considérée comme exhaustive, ce qui implique que d'autres éléments non pris en compte dans ces décisions initiales relatives au droit à l'oubli puissent être déterminants dans la mise en œuvre de l'oubli d'informations journalistiques. Deux de ces éléments doivent en outre être considérés comme des conditions : il s'agit d'une première divulgation licite de l'information ainsi que de sa redivulgence. En leur absence, point de droit à l'oubli. En revanche, d'autres droits pourraient parfaitement être mis en œuvre pour considérer une divulgation comme fautive : le droit à la vie privée *sensu stricto* ou l'atteinte à l'honneur et/ou à la réputation. Cette précision permet d'inscrire le droit à l'oubli d'informations journalistiques dans un cadre temporel particulier, le long terme. Elle implique encore que une particularité du comportement fautif : ce n'est pas le contenu qui est en cause, mais bien le fait que celui-ci soit toujours disponible, sans protection particulière eu égard au droit à la vie privée, longtemps après sa diffusion initiale. A propos de ces conditions, il est encore intéressant de constater que la jurisprudence a transposé dans l'univers numérique la notion de redivulgence, lui donnant un sens numérique.

Quant aux autres éléments, ils constituent des balises à prendre ou non en compte en fonction des circonstances. Quelques enseignements importants peuvent être brièvement rappelés. Il est intéressant de constater que, compte tenu du raisonnement juridique proposé pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques, l'oubli peut être revendiqué par des personnes morales ce qui, dans le cadre de l'application du RGPD, n'est pas envisageable. En outre, le devoir de mémoire, qui constitue l'un des arguments essentiels des opposants à cette forme juridique d'oubli, doit être considérablement relativisé : juridiquement, il n'a quasiment aucun fondement. L'application de l'article 1382 s'oppose ensuite à une limitation du droit à l'oubli d'informations journalistiques aux seules données judiciaires.

Inscrire le droit à l'oubli d'informations journalistiques à travers une application de l'article 1382 du Code civil implique que l'objectif de la procédure est d'obtenir la réparation d'un préjudice subi, c'est-à-dire d'une atteinte à son droit à l'oubli. L'anonymisation ou la pseudonymisation constitue le moyen de réparation proportionnel : il permet de faire droit à la revendication d'oubli tout en garantissant la disponibilité de l'information en ligne. Certes, cette dernière est amputée de quelques éléments, mais ceux-ci ont été, suite à la balance des intérêts effectuée par une autorité, considérés comme attentatoires au droit à la vie privée et comme constituant un intérêt plus important que celui tiré de l'exercice du droit à la liberté

d'expression. Autrement dit, il faut rappeler qu'il n'y a point d'automatisme lorsqu'il est question d'appliquer le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Matérialisée sous l'une de ces formes, l'on pourrait considérer que la réparation n'en constitue pas réellement une, mais ce serait s'en tenir à une compréhension restrictive de la notion de réparation. Dans le cadre du droit des médias et de la communication, ces formes de réparation sont courantes.

Le droit à l'oubli d'informations journalistiques s'oppose-t-il au droit à l'oubli d'informations non journalistiques analysés ci-après ? Il y a lieu de répondre par la négative, ou du moins de relativiser. Dans les développements qui suivent, il faudra s'interroger sur le fait que l'on puisse, dans le cadre d'une application du RGPD, revendiquer un droit à l'oubli portant sur des informations journalistiques malgré l'existence, comme indiqué préalablement, de ce régime d'exonération lorsque le traitement est justifié par des fins journalistiques. La distinction entre ces deux formes d'oubli pourrait ne pas être aussi nette que ce qu'une première lecture du texte européen pourrait laisser penser.

INTRODUCTION

543. - L'oubli face aux données. Les données sont au centre des réflexions sur cette seconde forme d'oubli. Qu'elles soient personnelles ou non, les données non traitées de façon journalistique sont devenues en quelques dizaines d'année le nouveau moteur de l'économie, en particulier l'économie numérique. Cet accroissement de données se conjugue à une augmentation impressionnante des capacités de stockage. Yves Poullet souligne à cet égard que « [n]otre univers digital se compose de pas moins de 1.200 milliards de milliards d'octets et les prévisions portent à 44 zettabytes [...] notre univers digital en 2020 »²⁹⁵⁰.

Ces données sont pour partie créées et échangées par les individus eux-mêmes, consciemment ou non, notamment par l'alimentation en information des réseaux sociaux, par la dissémination d'informations au gré des pérégrinations sur des sites internet, ou par le fait de cliquer sans réellement réfléchir aux conséquences potentielles que cette action banale pourrait avoir sur la protection du droit à la vie privée. Il est en effet moins désagréable de se mettre à nu par la biais d'écrans interposés que face à un public : l'on parle à ce titre d'un phénomène d'*extimacy*, celui-ci s'opposant à la traditionnelle *intimacy*²⁹⁵¹. Outre ces phénomènes volontaires, le stock de données est alimenté involontairement, voire inconsciemment, par l'hyperconnexion qui caractérise nos sociétés modernes. L'on ne compte plus les objets, aussi divers et variés, qui sont connectés. L'internet des objets produit de nombreuses données qui peuvent faire l'objet d'une exploitation. L'on peut citer un autre phénomène alimentant la manne des données : le développement de l'intelligence artificielle. Cette dernière fait déjà largement partie de notre vie quotidienne, parfois sans même que les citoyens puissent s'en

²⁹⁵⁰ Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 15 et 16, n° 2. L'auteur précise qu'un « zettabyte correspond à 1,000 000,000,000,000,000 de bytes ou octets ». Voy. aussi, R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), C. RIZCALLAH (collab.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 187, n° 2 ;

²⁹⁵¹ Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 22, n° 6. Voy. aussi C. LAZARO, D. LE METAYER, « Le consentement au traitement des données personnelles : une perspective comparative sur l'autonomie du sujet », *Revue juridique Themis*, 2014/48, p. 772 (« [l]es développements technologiques de ces dernières années ainsi que les pratiques sociales qu'ils génèrent semblent battre en brèche la capacité, voire même la volonté, des individus d'exercer un véritable contrôle sur leurs données personnelles »).

rendre compte. Après l'âge de la pierre ou l'âge du bronze, l'on est aujourd'hui pleinement entré dans l'âge des données, celui-ci étant amené à se développer dans les années futures. En effet, les développements technologiques et numériques laissent entrevoir encore d'énormes potentialités, pour la plupart encore insoupçonnées²⁹⁵².

Ces quelques éléments font ressortir le poids que les données ont dans nos sociétés, à l'ère du *big data*²⁹⁵³. Les perspectives sont à la fois réjouissantes et terrifiantes. Sur le plan technologique et numérique, les perspectives offertes sont excitantes. Sur le plan de la protection du droit à la vie privée, de l'*intimacy* et de la *privacy* des individus, le tableau rapidement dépeint soulève de nombreuses craintes. Ces dernières ne peuvent aboutir à contrecarrer toute volonté d'évolution et de prise en compte de ces progrès technologiques. Cependant, ces craintes doivent pouvoir être émises, entendues et éventuellement prises en compte. Le droit peut alors constituer l'un des outils pour permettre cela. La question de savoir s'il est le mieux à même de répondre à ces craintes et donc pour permettre ou garantir – voire imposer – la prise en compte des intérêts relatifs à la vie privée et à la protection des données personnelles n'est toutefois pas posée dans le cadre des réflexions proposées.

Dans ce décor, le droit à l'oubli est un acteur important du jeu. En effet, l'oubli présente un intérêt exponentiel. Alors que, précédemment, le cyberspace était un lieu qui permettait une protection efficace de la vie privée tout en garantissant l'exercice de « la liberté d'expression et l'autonomie des individus, il est en train de devenir un lieu qui rend l'anonymat plus difficile, l'expression moins libre et fait de l'autonomie individuelle l'apanage des seuls experts »²⁹⁵⁴. Autrement dit, les évolutions numériques et technologiques dont il a été rapidement question ci-avant ont un impact non négligeable, nécessitant de constantes adaptations. Le droit à l'oubli,

²⁹⁵² Yves Poullet indique que « [l]es technologies ne sont pas un produit neutre dont l'humain se servirait sans que ne soient affectés ses habitudes, ses modes de pensées, sa vision du monde et ses relations à autrui » (Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 22, n° 19, et p. 46, n° 27).

²⁹⁵³ « Le terme *big data* désigne des vastes quantités de données numériques, très variées et dynamiques, qui sont transmises sur des réseaux informatiques et peuvent être analysées à l'aide de nouveaux outils d'analyses de données (data analytics) » (A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 253 et 254). Voy. aussi L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », op. cit., p. 14 (le *big data* est un « [t]erme anglais pourrait être traduit par celui de “mégadonnées” ou de “données massives”. Il désigne des ensembles de données numériques particulièrement volumineux, produits par le développement des nouvelles technologies, dont le stockage et l'exploitation nécessitent des outils informatiques performants »).

²⁹⁵⁴ L. LESSIG, *Code is Law*, disponible à l'adresse suivante, <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, mis en ligne le 1^{er} janvier 2000, consulté le 22 janvier 2019 (traduction libre).

tel que conçu, s'est lui-aussi adapté à l'environnement numérique. Yves Poullet et Antoinette Rouvroy soulignent à cet égard que « [l]es régimes juridiques de protection de la vie privée d'une part, et de protection des données d'autre part, sont avant tout des "outils", qu'il faut adapter chaque fois que cela devient nécessaire en raison des nouvelles menaces que les changements socioéconomiques, culturels et technologiques font peser sur les capacités autonomiques des individus, et sur le fonctionnement effectif de la délibération collective devant présider à l'élaboration des règles de coopération sociale »²⁹⁵⁵. Le droit à l'oubli d'informations non journalistiques constitue l'une des prérogatives devant entrer dans cette boîte à outils. Ce droit est, lui-aussi, à la fois réjouissant et terrifiant. Pour certains, il constitue une nécessité sociale : « many [...] underline the social necessity of a RTBF to limit access to persistent, personal, networked data »²⁹⁵⁶ ; « [l]e droit d'être laissé tranquille est effectivement le début de toute liberté »²⁹⁵⁷. Pour d'autres, le droit à l'oubli est un danger : « the biggest threat to free speech on the Internet in the coming decade »²⁹⁵⁸.

544. - Structure de la partie 3. Dès lors qu'il y a controverse, il y a donc un intérêt à analyser plus en profondeur ce que l'on nomme le droit à l'oubli des informations non journalistiques, faisant écho au droit à l'oubli d'informations journalistiques analysés précédemment. Il importe en effet, dans un premier temps, de définir cette notion et d'en déterminer plus précisément son champ d'application (Titre 1^{er}). Ensuite, les sources juridiques applicables à cette forme d'oubli sont passées en revue (Titre 2). Plusieurs sources potentielles sont proposées : la réglementation relative à la protection des données personnelles (Titre 2, Chapitre 1^{er}), les fondements du droit à la vie privée (Titre 2, Chapitre 2), la protection par le droit à l'autodétermination informationnelle (Titre 2, Chapitre 3), et enfin une brève analyse des théories portant sur le droit de propriété applicable aux données (Titre 2, Chapitre 3). Enfin, le Titre 3 consacre la

²⁹⁵⁵ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in K. BENYEKHEF, P. TRUDEL (dir.), *Etat de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 220 et 221. Les auteurs critiquent la scission faite dans les protections juridiques apportées d'une part à la vie privée, et d'autre part, aux données à caractère personnel.

²⁹⁵⁶ P. KORENHOF, J. AUSLOOS, I. SZEKELY, M. AMBROSE, G. SARTOR, R. LEENES, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, working paper, panel à la Computers, Privacy and Data Protection Conference 2014, disponible sur le site suivant, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2436436, mis en ligne le 15 mai 2014, consulté le 28 novembre 2018.

²⁹⁵⁷ Public Utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 451, 467 (1952) (Juge William O. Douglas, juge dissident), cité dans le résumé de l'avis du contrôleur européen de la protection des données : « Relever les défis des données massives : Un appel à la transparence, au contrôle par l'utilisateur, à la protection des données dès la conception et à la reddition de comptes », *J.O.U.E.*, C 67 du 20 février 2016, p. 13.

²⁹⁵⁸ J. ROSEN, « The right to be forgotten », *Stanford law review*, 2012/64, p. 88.

majeure partie des développements aux mises en œuvre du droit à l'oubli d'informations non journalistiques. A la suite de quelques définitions nécessaires pour la bonne compréhension du raisonnement proposé (Titre 3, Chapitre 1^{er}), sont non seulement abordés les différents droits d'ores et déjà consacrés qui permettent d'obtenir l'oubli d'informations (Titre 3, Chapitre 3) ainsi que les limitations de cet oubli, qu'elles soient en faveur de la liberté d'expression (Titre 3, Chapitre 2) ou non (Titre 3, Chapitre 4). Enfin, quelques éléments procéduraux permettant de mettre l'oubli en pratique sont évoqués (Titre 3, Chapitre 5).

Sans revenir sur la distinction faite entre l'oubli d'informations journalistiques et l'oubli d'informations non journalistiques, distinction qui a été justifiée précédemment, il y a lieu d'indiquer que dans le cadre des développements qui suivent, et notamment dans l'analyse des différentes mises en œuvre concrètes de cet oubli non journalistique, se posera la question de savoir si le raisonnement tenu est applicable pour les informations ayant une finalité journalistique²⁹⁵⁹. Autrement dit, à plusieurs moments, l'on s'interrogera sur la possibilité d'appliquer quand même les dispositifs juridiques aux informations traitées dans le cadre d'une finalité journalistique.

²⁹⁵⁹ Il s'agit en outre de questionner la distinction faite préalablement entre le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel (voy. *supra*).

TITRE 1^{ER}. DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

545. - Introduction. Avant de pouvoir analyser les sources juridiques (Titre 2) et les mises en œuvre pratiques (Titre 3) du droit à l'oubli d'informations non journalistiques, il est essentiel de déterminer précisément le champ d'application de cette troisième partie relative à cette deuxième forme d'oubli. Dans un premier temps, il est nécessaire de définir le « droit à l'oubli » tel qu'il est entendu dans cette partie de l'étude (Chapitre 1^{er}). Quelques précisions sur ce que l'on qualifie d'informations non journalistiques seront ensuite apportées (Chapitre 2). Ces développements seront notamment l'occasion de s'attarder sur la définition de la notion de « donnée à caractère personnel ». Enfin, dans un dernier temps (Chapitre 3), le contexte d'application de ce droit à l'oubli d'informations non journalistiques sera étudié. Il y a lieu d'emblée d'indiquer que les questions relatives au champ d'application territorial de ce droit ne seront pas abordées. Malgré l'indéniable intérêt de cette problématique, il a été décidé de ne pas y consacrer de développements, compte tenu notamment de sa complexité²⁹⁶⁰.

Chapitre 1^{er}. Définir le droit à l'oubli d'informations non journalistiques

546. - Droit à l'oubli d'informations journalistiques ou droit à l'oubli de données personnelles. Dans la perspective de la thèse défendue, la distinction proposée requiert que l'on oppose le droit à l'oubli d'informations journalistiques au droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Cependant, les développements doctrinaux généraux relatifs à ce qui est communément – et par facilité – appelé « droit à l'oubli » évoquent souvent le droit à l'oubli de données à caractère personnel. Cette conception se voit renforcer depuis que le RGPD a intitulé son article 17, certes de façon secondaire, « droit à l'oubli ». Une analyse de cette disposition permet cependant de concevoir l'article 17 comme une application, parmi d'autres, de l'oubli d'informations (voy. *infra*). Cette consécration constitue en outre un élément pour soutenir l'appellation de « droit à l'oubli de données à caractère personnel ».

²⁹⁶⁰ Sur cette question, voy. notamment, Conclusions de l'Avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ainsi que l'arrêt C.J.U.E. (gde ch.), 24 septembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* ; C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 69 à 84, n° 15 à 33 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, Springer, 2017, pp. 21 à 29 ; Comité européen de la protection des données, lignes directrices 3/2018 adoptées le 16 novembre 2018 sur le champ territorial du RGPD (Article 3), 23 p.

547. - Le mal nommé droit à l'oubli. Dans la précédente partie, une revue des définitions proposées pour l'expression « droit à l'oubli » entendue au sens large, issues de la doctrine, de la jurisprudence et de certains textes, a été proposée²⁹⁶¹. Dans la présente partie, cette première analyse peut être complétée par quelques définitions – qui sont relativement peu nombreuses – qui s'attachent plus particulièrement à l'oubli de données personnelles non traitées dans le cadre d'une analyse journalistique.

Cette prérogative s'entend notamment comme une prérogative visant « à permettre de protéger la vie privée de tout individu européen en lui permettant notamment de demander la suppression partielle ou complète de résultats de recherche à son nom et qu'il juge inappropriés. C'est le droit pour un individu de pouvoir décider qu'une information relative à son passé sorte de la sphère publique »²⁹⁶². Le Groupe de travail « Article 29 »²⁹⁶³, associant la notion de consentement au pouvoir de contrôle que la personne concernée peut avoir sur ses données, propose – sans réellement s'en rendre compte – une définition de ce qui peut ressembler au droit à l'oubli. Il affirme que « [d]u point de vue des droits fondamentaux, le contrôle exercé par le biais du consentement est une notion importante. En même temps, la décision d'une personne d'accepter le traitement de données devrait être régie par des conditions strictes, compte tenu notamment du fait qu'en prenant cette décision, la personne pourrait renoncer à un droit fondamental. Bien que le consentement confère un pouvoir de contrôle aux personnes concernées, il ne s'agit pas de l'unique possibilité à cet égard. La directive prévoit d'autres moyens de contrôle en particulier le droit d'opposition, mais ce droit est un instrument différent s'exerçant à un autre stade du traitement, à savoir une fois que celui-ci a débuté et sur la base d'un fondement juridique distinct »²⁹⁶⁴. Cet extrait est intéressant en ce qu'il indique qu'en

²⁹⁶¹ Voy. *supra*.

²⁹⁶² <http://revuedesdroitsetlibertesdunet.over-blog.com/2017/03/le-droit-a-l-oubli.html>, publiée le 20 mars 2017, consulté le 21 mars 2019. La citation n'est cependant pas tout à fait correcte : elle vise « tout individu européen », ce qui apparaît être trop restrictif comme champ d'application.

²⁹⁶³ Le Groupe de travail « Article 29 » est consacré par l'article 29 de la directive 95/46/CE qui met en place un « [g]roupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Ce groupe est remplacé, depuis l'entrée en application du RGPD, par le Comité européen de Protection des Données (articles 68 à 76 du RGPD). Ce dernier reprend à son compte une série d'avis, lignes directrices et documents émis par le Groupe de travail « Article 29 », et devrait dans le futur continuer à adopter d'autres éclaircissements du RGPD. Comme l'indique Yves Poullet, si ces textes de différentes natures « forcent l'unité d'interprétation de nombre de dispositions », il y a lieu aussi de constater que leur longueur et leur langage « rendent encore un peu plus difficile la prise en compte des règles à suivre [notamment] pour les responsables de traitement, confrontés ainsi à une multiplicité de sources » (Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 99, n° 3).

²⁹⁶⁴ Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, p. 9.

réalité, le droit à l'oubli ne serait, dans la réglementation relative aux données à caractère personnel, pas réellement une prérogative juridique à part entière, mais davantage un principe figurant dans plusieurs dispositions et dispositifs de cette réglementation. Le « droit » à l'oubli est donc bien mal nommé. Tout au plus, l'on peut considérer que l'oubli constitue une prérogative en étant matérialisé dans d'autres prérogatives, par exemple le droit d'opposition ou le droit à l'effacement. L'oubli peut s'inscrire en outre à divers moments du traitement des données, dès les premières opérations effectuées sur les données jusqu'aux dernières, de sorte que la variété des formes qu'il peut prendre s'explique en partie par le moment où il s'applique.

L'oubli « juridicisé » paraît donc être constitué de prérogatives différentes. Comme déjà évoqué²⁹⁶⁵, l'appellation même de « droit à l'oubli », sur un plan purement juridique, perd alors une certaine crédibilité dès lors qu'il semble davantage être question, en fonction des circonstances, d'un droit au déréférencement, d'un droit à l'effacement, d'un droit à l'anonymisation, d'un droit d'opposition, voire d'un droit d'accès qui précède parfois l'application des autres droits, etc.²⁹⁶⁶. Ces prérogatives forment le droit à l'oubli d'informations non journalistiques, pouvant être entendu comme le droit à l'oubli de données personnelles. Ce dernier se conçoit alors comme un principe transversal de la réglementation relative aux données à caractère personnel, reprenant un ensemble d'instruments juridiques et éventuellement technologiques²⁹⁶⁷, permettant à chaque citoyen d'obtenir ou réobtenir la maîtrise de données personnelles dispersées volontairement ou involontairement²⁹⁶⁸. Sans

²⁹⁶⁵ Voy. *supra*.

²⁹⁶⁶ Voy. à ce propos plusieurs contributions de l'ouvrage suivant, D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives - approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, 452 p.

²⁹⁶⁷ Des procédés technologiques ont été mis en place afin de protéger ces données personnelles. Il s'agit, par exemple, du *Privacy by Design* qui est un mode de conception de produit technologique qui place « *a priori* la protection des données personnelles à caractère personnel au cœur du produit et non pas de proposer une solution *a posteriori*, souvent imparfaite et insatisfaisante » (Cyberlex (L'association du droit et des nouvelles technologies), *Contribution dans le cadre des travaux sur le droit à l'oubli numérique. « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? »*, 25 mai 2010, p. 112, disponible sur le site www.cyberlex.org. Voy. aussi l'article 25 du RGPD ; A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 386 à 391, n° 33 à 40 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 62 et 63).

²⁹⁶⁸ A cet égard, voy. V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., pp. 157 à 163. Sans le mentionner explicitement, l'auteur évoque le droit à l'oubli relatif aux données à caractère personnel en parlant d'*Information Ecology*. Il entend ce concept comme « a deliberate regulatory constraint of what information can be collected, stored, and thus remembered, by whom and for how long » (p. 157). L'auteur précise ensuite que ce concept emporte que les données soient utilisées dans le cadre d'une finalité particulière. A défaut, elles doivent pouvoir être effacées. Sans nul doute, l'auteur est favorable à la mise en œuvre d'un droit à l'oubli portant sur tout type d'informations. Il précise cependant que la frénésie législative plaide plutôt pour un déforçement de cet oubli potentiel (pp. 160 à 163).

conteste, l'une des problématiques majeures de cet oubli réside dans la possibilité pour un « cybercitoyen »²⁹⁶⁹ de conserver le contrôle des données personnelles qu'il éparpille sur internet. Ce constat permet à certains de considérer qu'il y a lieu de parler d'un « droit à l'oubli numérique » dès lors qu'il aurait essentiellement vocation à s'appliquer aux données personnelles disséminées sur le web. Autrement dit, ce droit « is nothing more than a way to give (back) individuals control over their personal data and make the consent regime more effective »²⁹⁷⁰.

Cette problématique dans la dénomination de prérogatives juridiques est encore développée dans le cadre des commentaires faits sur le RGPD. Alors que Paul Voigt et Axel von dem Bussche estiment que le *right to be forgotten* se limite au seul cas visé par l'article 17, § 2, du RGPD²⁹⁷¹, Thomas Tombal offre au droit à l'oubli une portée beaucoup plus large²⁹⁷². Cet auteur soutient que le droit à l'effacement consacré à l'article 17 est un « droit à l'oubli incomplet »²⁹⁷³. Pour Cécile de Terwangne, le droit à l'oubli couvre quatre dimensions distinctes : « le droit au repentir et à changer d'avis à l'égard de ce que l'on a diffusé auparavant ou accepté que l'on fasse avec ses données ; le droit de ne pas voir en permanence rappelé son passé, de ne pas voir son passé encombrer le présent et hypothéquer l'avenir ; le droit d'obtenir qu'une personne ne conserve plus ce qu'elle savait parce que ce n'est plus légitime, le principe de finalité ne le justifiant plus ou parce que c'est non conforme aux règles de protection des données ; le droit de refuser la décontextualisation des données en luttant principalement contre la puissance des moteurs de recherche sur Internet, tout en admettant éventuellement que les données demeurent dans leur contexte initial »²⁹⁷⁴. Les différentes dimensions sont désormais reprises dans le RGPD, par l'application de plusieurs dispositions.

Ces débats aboutissent à s'interroger sur l'existence réelle d'un « droit » à l'oubli. Une fois encore, ce que l'on appelle communément le « droit à l'oubli », n'est sans doute pas un

²⁹⁶⁹ Le mot renvoie notamment au « netizen », néologisme créé à partir des termes « internet » et « citizen ».

²⁹⁷⁰ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, op. cit., p. 95, l'auteure citant J. AUSLOOS, « The 'Right to Be Forgotten – Worth Remembering ? », *Computer Law & Security Review*, 2012, p. 143.

²⁹⁷¹ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 161 à 163.

²⁹⁷² La comparaison est hasardeuse et part du postulat que le *right to be forgotten* est assimilable au droit à l'oubli (en procédant simplement à une traduction de l'expression).

²⁹⁷³ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 476, n° 96.

²⁹⁷⁴ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 273 et 274.

droit subjectif à proprement parler. Un objectif à atteindre par l'exercice d'autres droits, oui. Un droit en tant que tel, sans doute pas totalement²⁹⁷⁵. Une étiquette accolée à d'autres droits lorsqu'ils sont exercés dans des circonstances particulières, davantage. Pourtant – peut-être paradoxalement –, les développements proposés dans cette étude utilisent largement l'expression « droit à l'oubli », par facilité sans doute, par nécessité aussi de recourir à une notion suffisamment large pour couvrir l'ensemble des thématiques abordées.

Chapitre 2. Définir l'information non journalistique

Section 1^{ère}. L'information est une donnée ... à caractère personnel

548. - Une donnée... Lorsque l'on évoque les informations non journalistiques, l'on tente en réalité d'appréhender des données n'ayant pas fait l'objet d'un traitement journalistique. Les textes juridiques ne définissent pas cette notion de « donnée », sans doute parce qu'elle n'est pas un concept juridique à proprement parler. En revanche, la « donnée à caractère personnel » reçoit une définition dès lors qu'elle revêt une portée juridique²⁹⁷⁶.

Pragmatiquement, une donnée peut être qualifiée d'information, qu'elle soit vraie ou fausse²⁹⁷⁷. Une précision générale peut encore être apportée. L'on peut rappeler que la protection des données embrasse tant les données dites privées que des données publiques : des données rendues publiques peuvent parfaitement faire l'objet d'une protection par la réglementation relative aux données à caractère personnel²⁹⁷⁸. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de le préciser clairement : « les activités de traitement de données

²⁹⁷⁵ Un parallèle peut être fait avec les travaux de François Rigaux, rappelés par Yves Poullet. Ce dernier auteur indique que François Rigaux estime, à propos du droit à l'épanouissement, que le terme droit « serait abusif si on lui donnait le sens d'un droit subjectif comme celui d'une maîtrise sur un bien déterminé ou vis-à-vis de personnes déterminées » (Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 67, n° 12, l'auteur se réfère à F. RIGAU, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 642).

²⁹⁷⁶ Les données à caractère personnel ne sont toutefois pas les seules à devoir être considérées comme représentant un enjeu juridique. En outre, la donnée personnelle n'a pas qu'un enjeu juridique : l'appréhender d'une telle façon serait extrêmement réducteur. L'enjeu économique entourant cette donnée, celle-ci ayant une véritable valeur marchande, est bien présent. Le RGPD témoigne de la prise en compte de ces différents enjeux dès lors qu'il s'inscrit dans la réglementation européenne visant à renforcer le marché intérieur.

²⁹⁷⁷ Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 7.

²⁹⁷⁸ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t° 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 125, n° 5 (« [l]es données à caractère personnel ne s'entendent pas uniquement des données relatives à la vie privée »).

à caractère personnel [...] concernant des fichiers des autorités publiques contenant des 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 » 95/46/CE²⁹⁷⁹. L'on peut, sur ce fondement, opposer la protection des données à la protection de la privée, cette dernière n'étant d'application que pour des données *a priori* privées qui auraient été divulguées. La Cour européenne a cependant atténué ce point de vue, admettant que des informations relatives à des activités publiques entrent dans le champ du droit à la vie privée.

Dans son sens courant, la notion de « donnée » bénéficie de plusieurs définitions. Il s'agit premièrement de « [c]e qui est donné, connu, déterminé dans l'énoncé d'un problème, et qui sert à découvrir ce qui est inconnu ». Il s'agit en outre de « [c]e qui est admis connu ou reconnu, et qui sert de base à un raisonnement, de point de départ pour une recherche ». La donnée est encore une « [r]éprésentation conventionnelle d'une information (fait, notion, ordre d'exécution) sous une forme (analogique ou digitale) permettant d'en faire le traitement automatique »²⁹⁸⁰ voire « informatique »²⁹⁸¹. Les deux premières définitions ne correspondent pas au contexte des données à caractère personnel. En revanche, la troisième reprend le concept d'une information faisant l'objet d'un traitement, c'est-à-dire précisément l'objet des réglementations adoptées en la matière. Une donnée est donc une information traitée informatiquement. L'axe est mis sur le traitement automatique, excluant tout traitement qui ne serait pas de cet ordre²⁹⁸².

²⁹⁷⁹ C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavalvutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, § 49. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, pp. 7 et 8 (« les règles de protection des données à caractère personnel vont au-delà de la protection du concept général du droit au respect de la vie privée et familiale »).

²⁹⁸⁰ Les trois définitions proposées sont issues du dictionnaire *Le Petit Robert*, 1993, v° *Donnée*. Une ultime définition est proposée : « [é]lément fondamental (circonstances principales, caractères) sur lequel un auteur bâtit un ouvrage ». Le terme « analogique » est défini comme suit : « [s]e dit de systèmes, dispositifs ou procédés qui représentent, traitent ou transmettent des données sous la forme de variations continues d'une grandeur physique (par opposition à numérique) » (www.larousse.fr, consulté le 23 janvier 2019).

²⁹⁸¹ Voy. la définition proposée par le dictionnaire *Larousse* : « Représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique » (www.larousse.fr, consulté le 23 janvier 2019).

²⁹⁸² Tel n'est cependant pas le cas des lignes directrices de l'OCDE. Le champ d'application de ces lignes indique qu'elles « s'appliquent aux données de caractère personnel, dans les secteurs public et privé, qui, compte tenu de leur mode de traitement, de leur nature ou du contexte dans lequel elles sont utilisées, comportent un danger pour la vie privée et les libertés individuelles » (recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58 ; recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 21 juin 2013, C(2013)79). Dans l'exposé des motifs du texte de 1980, il est précisé que « le Groupe d'experts est parvenu à la conclusion que le fait de limiter la portée des lignes directrices au traitement automatique des données de caractère personnel aurait des inconvénients considérables » (exposé des motifs, § 35). Par conséquent, il n'existe aucune définition du « traitement automatique des données », bien que cette expression soit utilisée dans le préambule du texte et dans l'annexe aux lignes directrices (exposé des motifs, § 36).

549. - ... à caractère personnel. Dès lors qu'une donnée a un caractère personnel²⁹⁸³, le concept fait l'objet de définitions juridiques plus nombreuses.

Une première est proposée par l'OCDE. Elle conçoit les « données de caractère personnel » comme étant « toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) »²⁹⁸⁴. Une deuxième définition est inscrite dans la résolution sur des normes internationales de vie privée adoptée par la Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée : une donnée personnelle est « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable par des moyens dont l'utilisation est raisonnablement plausible »²⁹⁸⁵. Une troisième définition est inscrite dans la réglementation de l'Union européenne. La directive européenne 95/46/CE définissait les données à caractère personnel comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (article 2, a), de la directive). Remplaçant la directive, le RGPD apporte quelques modifications essentiellement de forme : il s'agit désormais de « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (article 4, 1), du RGPD). En réalité, les deux textes définissent les données à caractère personnel comme étant celles relatives à ce qu'ils appellent la « personne concernée »²⁹⁸⁶.

Le champ et la variété des données à caractère personnel est extrêmement vaste²⁹⁸⁷. La doctrine présente de nombreuses listes de ce qui peut être considéré comme une donnée à caractère personnel, ces listes n'étant jamais exhaustives²⁹⁸⁸. A titre d'exemple, Cécile de Terwangne évoque les « données contenues dans un répertoire d'adresses, professionnel ou

²⁹⁸³ Le format de ces données importe peu (Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 8). La directive 95/46/CE évoquait, dans son considérant n° 14, « les données constituées par des sons et des images ».

²⁹⁸⁴ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58. La définition n'a pas été modifiée lors de la révision de cette recommandation (recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 21 juin 2013, C(2013)79).

²⁹⁸⁵ Résolution sur des normes internationales de vie privée, 31^{ème} Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée, Madrid, 4-6 novembre 2009.

²⁹⁸⁶ Voy. *infra*.

²⁹⁸⁷ Il s'agit d'une volonté claire et assumée de la part, notamment, du législateur européen, en réponse au champ de la directive devenu, par l'effet du temps et des avancées technologiques et numériques, trop étiqué. Voy. notamment la proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, COM(90), 314 final, 13 septembre 1990, p. 20.

²⁹⁸⁸ Outre les auteurs cités dans nos développements relatifs à la définition de la notion de donnée à caractère personnel, voy. aussi, parmi d'autres, A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, coll. Pratique du droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 19 à 21.

non, ou dans une liste de clients, ou encore d'un numéro de plaque de voiture, de données bibliographiques, de l'identification des parties, des juges et des plaideurs dans les décisions de jurisprudence, des résultats scolaires d'un élève, du numéro de compte bancaire, d'un *log*, etc. »²⁹⁸⁹. La jurisprudence européenne a permis en outre d'apporter quelques éclaircissements complémentaires, tout en validant l'interprétation large conférée à cette notion²⁹⁹⁰. Ainsi, une adresse IP est considérée comme une donnée à caractère personnel²⁹⁹¹, ceci étant depuis inscrit clairement dans le considérant n° 30 du RGPD, ce dernier évoquant aussi les *cookies*²⁹⁹². Dans l'arrêt *Google Spain*²⁹⁹³, les juges européens considèrent les données qui sont présentées par un moteur de recherche, c'est-à-dire les listes de résultats, entrent bien dans la notion de données à caractère personnel. Enfin, dans un arrêt du 20 décembre 2017²⁹⁹⁴, ils ont admis que constituent des données, toutes informations « tant objectives que subjectives sous forme d'avis ou d'appréciations » (§ 34)²⁹⁹⁵. La Cour vise en l'espèce des commentaires et appréciations faits lors d'un examen, des « annotations [qui] reflète l'avis ou l'appréciation de l'examineur sur les performances individuelles du candidat lors de l'examen, et notamment sur ses connaissances et ses compétences dans le domaine concerné » (§ 43).

550. - Les types de données : les données sensibles et les données judiciaires. Outre ces considérations générales sur la notion de donnée, les textes européens, notamment, estiment

²⁹⁸⁹ C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 61, n° 3.

²⁹⁹⁰ Outre les arrêts mentionnés dans nos développements, voy. notamment C.J.U.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, §§ 23, 55 et 56 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, C-461/10, *Bonnier Audio e.a.*, § 93 ; C.J.U.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*, § 62 ; C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuoja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, §§ 35 à 37 ; C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-524/06, *Heinz Huber c. République d'Allemagne*, § 43 ; C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren i Jönköping*, §§ 24 à 27 ; C.J.U.E., 20 mai 2003, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, § 64.

²⁹⁹¹ Voy. à ce propos, C.J.U.E., 19 octobre 2016, C-582/14, *Patrick Breyer c. République d'Allemagne*. Voy. aussi, à propos de la collecte et de l'identification d'adresses IP, C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 18 ; Groupe de travail « Article 29 », document de travail adopté le 21 novembre 2000 sur le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne, WP 37.

²⁹⁹² Le considérant précise que « [l]es personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion ("cookies") ou d'autres identifiants, par exemple des étiquettes d'identification par radiofréquence. Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes ».

²⁹⁹³ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

²⁹⁹⁴ C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*.

²⁹⁹⁵ Voy., dans le même sens, Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 7.

que les données dites sensibles doivent faire l'objet d'une protection particulière afin d'éviter tout risque d'atteintes à ce qui a de plus intime ou de « discriminations illégitimes ou arbitraires »²⁹⁹⁶.

Les données sensibles sont reprises à l'article 9 du RGPD²⁹⁹⁷. Sont visées, les données révélant « l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale », ainsi que les données génétiques et biométriques, les données concernant la santé ou celles « concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ». Les données génétiques et biométriques ont été ajoutées dans le RGPD et bénéficient toutes deux de définitions particulières²⁹⁹⁸. Pour ce qui concerne l'ensemble de ces données, l'article 9 interdit tout traitement, sauf si l'un des motifs de l'article 9, § 2, permet de légitimer, et donc de valider, ledit traitement. A leur propos, le considérant n° 10 souligne que les Etats membres disposent d'une marge de manœuvre en ce qui concerne les données sensibles : « [à] cet égard, le présent règlement n'exclut pas que le droit des États membres précise les circonstances des situations particulières de traitement y compris en fixant de manière plus précise les conditions dans lesquelles le traitement de données à caractère personnel est licite ». Afin de limiter leur portée, celle-ci pouvant *a priori* être considérée comme extrêmement vaste, il faut considérer les données sensibles « au regard de la finalité poursuivie par le responsable de traitement »²⁹⁹⁹.

²⁹⁹⁶ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 255, n° 1. Voy. aussi J. RINGELHEIM, « Recueil des données personnelles et lutte contre les discriminations. Une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2008, pp. 91 et s.

²⁹⁹⁷ L'article 9 a pour titre « [t]raitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel ». L'expression « données sensibles » ne figure que dans le considérant n° 10. Voy. J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 265 à 282, n° 12 à 31 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, pp. 110 à 116.

²⁹⁹⁸ Voy. l'article 4, 13), pour les données génétiques et l'article 4, 14), pour les données biométriques. Voy. aussi, pour ces dernières, Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, pp. 9 et 10 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 3/2012 adopté le 27 avril 2012 sur l'évolution des technologies biométriques, WP 193, 38 p. ; Groupe de travail « Article 29 », document de travail adopté le 1^{er} août 2003 sur la biométrie, WP 80. Enfin, pour ces deux types de données, J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 259 à 262, n° 5 à 8. L'article 9 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616. Cette disposition répond à la marge de manœuvre laissée aux Etats membres par l'article 9, § 4, du règlement.

²⁹⁹⁹ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 270, n° 14. L'auteur a précédemment mis en garde contre une compréhension trop large du champ d'application de ces données sensibles (p. 266, n° 12).

Quant à l'article 10 du RGPD, il évoque les données « relatives aux condamnations pénales et aux infractions »³⁰⁰⁰. Selon plusieurs auteurs, l'article 10 couvre aussi les suspicions d'infractions³⁰⁰¹. Leur traitement n'est pas interdit mais est soumis au contrôle de l'autorité publique « ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées ». Comme le faisait déjà la directive, le RGPD laisse la possibilité aux États membres d'autoriser le traitement de données relatives à des condamnations pénales, infractions ou mesures de sûreté connexes moyennant un fondement législatif, ce dernier devant prévoir des garanties pour les droits et libertés des personnes concernées. Ces mesures traduisent les trois conditions – la légalité, la légitimité et la proportionnalité – que les textes consacrant la protection des droits fondamentaux requièrent pour que ces droits puissent être restreints. Si l'on poursuit la comparaison entre le RGPD et la directive 95/46/CE, il faut constater que le premier texte est désormais plus restrictif³⁰⁰². Il ne reprend en effet pas l'article 8, § 5, alinéa 2, de la directive qui permettait aux États membres de « prévoir que les données relatives aux sanctions administratives ou aux jugements civils so[ie]nt également traitées sous le contrôle de l'autorité publique ». A l'heure actuelle, les États membres n'ont plus le loisir d'étendre à ce point la notion de données judiciaires. Ce caractère restrictif implique en réalité que le régime dérogatoire propre à ces données est applicable dans un nombre plus réduit de circonstances. *In fine*, le champ d'application du régime ordinaire est donc, lui, plus large.

Ces articles 9 et 10 du RGPD doivent se lire en tenant compte d'autres dispositions qui doivent être appliquées préalablement³⁰⁰³. Premièrement, il est nécessaire de vérifier que les données aient été traitées licitement, loyalement et en toute transparence (article 5, § 1^{er}, a) du

³⁰⁰⁰ Selon l'article 10, « [l]e traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes fondé sur l'article 6, paragraphe 1, ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées. Tout registre complet des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique ».

³⁰⁰¹ L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 98, n° 1 (« [i]t remains unclear whether Art. 10 also covers data regarding the suspicion of an offence (eg, a notification in the context of a whistleblower hotline, in connection with background checks, in connection with sanction lists or data collected in the context of internal compliance investigations. [...] Since Art. 10 does not only cover "criminal convictions" but explicitly also "offences", Art. 10 does, in our opinion, likely cover cases where there is a specific reasonable suspicion against a particular person and therefore a specific statutory basis will be required, unless the processing is carried out under the control of an official authority »). Une telle précision va dans le même sens que ce qui a été développé en ce qui concerne le type d'informations pouvant être visées par le droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*).

³⁰⁰² La notion de « données judiciaires » est plus restrictive, ce qui a pour conséquence que ce qui est en dehors de cette notion bénéficie du régime normal réservé aux traitements de données ordinaires.

³⁰⁰³ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », op. cit., p. 258, n° 2. L'on peut, pour partie, reprendre son raisonnement, mais apportons quelques précisions supplémentaires.

RGPD). Ensuite, il faut s'assurer que le traitement est effectué dans le cadre d'une ou plusieurs finalités déterminées (article 5, § 1^{er}, b), du RGPD). Ensuite, le raisonnement diffère selon que l'on soit dans une application de l'article 9 ou de l'article 10 du règlement. En ce qui concerne la première disposition, les motifs de licéité du traitement sont énumérés limitativement à l'article 9, § 2³⁰⁰⁴. Dix motifs sont proposés, certains se recoupant – totalement ou partiellement – avec ceux proposés à l'article 6, § 1^{er}, du RGPD. En ce qui concerne l'article 10, les motifs de l'article 6, § 1^{er}, sont directement d'application : le traitement rendu licite grâce à l'un d'eux ne peut toutefois « être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ». En outre, d'autres motifs de licéité peuvent être autorisés par le droit de l'Union européenne ou celui des Etats membres³⁰⁰⁵. En Belgique, l'article 10 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁰⁰⁶ est d'application en complément à ce qui figure dans le règlement³⁰⁰⁷. Enfin, l'étape de la licéité étant franchie, il faut alors appliquer les derniers principes de l'article 5 du règlement (la minimisation des données, leur exactitude, la limitation de leur conservation, leur intégrité et confidentialité³⁰⁰⁸).

³⁰⁰⁴ Afin de déterminer si l'on entre dans une application de l'article 9 ou de l'article 6 du règlement, et donc pour considérer que l'on est face à des données sensibles ou non, il faut, comme indiqué préalablement, prendre en compte la finalité du traitement poursuivie par le responsable du traitement.

³⁰⁰⁵ Voy. toutefois, L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, Surrey, Global Law and Business, 2018, p. 19, n° 7.1. Les auteurs indiquent que l'application de l'article 10 implique l'identification des bases légales par le droit national des Etats membres. L'article 10 ne semble toutefois par renvoyer obligatoirement vers le droit des Etats membres, ceux-ci pouvant toutefois ajouter des fondements, ou reprendre ceux de l'article 6.

³⁰⁰⁶ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

³⁰⁰⁷ L'article 10, § 1^{er}, indique qu'« [e]n exécution de l'article 10 du Règlement, le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions pénales ou aux mesures de sûreté connexes est effectué : 1° par des personnes physiques ou par des personnes morales de droit public ou de droit privé pour autant que la gestion de leurs propres contentieux l'exige ; ou 2° par des avocats ou d'autres conseils juridiques, pour autant que la défense de leurs clients l'exige ; ou 3° par d'autres personnes lorsque le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important pour l'accomplissement de tâches d'intérêt général confiées par ou en vertu d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance ou du droit de l'Union européenne ; ou 4° pour les nécessités de la recherche scientifique, historique ou statistique ou à des fins d'archives ; ou 5° si la personne concernée a autorisé explicitement et par écrit le traitement de ces données à caractère personnel pour une finalité ou plusieurs finalités spécifiques et si leur traitement est limité à ces finalités ; ou 6° si le traitement porte sur des données à caractère personnel manifestement rendues publiques par la personne concernée, de sa propre initiative, pour une finalité ou plusieurs finalités spécifiques et si leur traitement est limité à ces finalités ». Quant au second paragraphe, il précise que « [l]e responsable du traitement et, le cas échéant, le sous-traitant établissent une liste des catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel avec une description de leur fonction par rapport au traitement des données visées. Cette liste est tenue à la disposition de l'autorité de contrôle compétente. Le responsable du traitement et, le cas échéant, le sous-traitant veillent à ce que les personnes désignées soient tenues, par une obligation légale ou statutaire, ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées ».

³⁰⁰⁸ Sur ce dernier principe, voy. quelques critiques émises par L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. pp. 75 et 76, n° 11.

Section 2. L'information non journalistique

551. - Le caractère non journalistique d'une information. Sur la notion d'information non journalistique, de larges développements, auxquels il peut être renvoyé, ont été proposés dans la deuxième partie de l'étude (voy. *supra*).

Chapitre 3. Le champ d'application du droit à l'oubli d'informations non journalistiques

552. - Définir. A la différence du droit à l'oubli d'informations journalistiques, le droit à l'oubli d'informations non journalistiques se départit de tout lien nécessaire avec l'écoulement d'un laps de temps. Il est davantage le fruit des dangers des capacités illimitées des mémoires numériques ainsi que d'une possible – et très fréquente – décontextualisation des données à caractère personnel³⁰⁰⁹. Ainsi, comme l'exprime justement Cécile de Terwangne, « il est vrai que les éléments remontés à la surface par les moteurs de recherche doivent nécessairement avoir été diffusés précédemment quelque part sur le Net. Mais “précédemment” peut signifier quelques minutes auparavant, ce qui ne correspond pas à ce qui est entendu d'ordinaire par “passé”. Ce n'est pas la longueur du temps écoulé depuis le traitement initial des données qui importe »³⁰¹⁰. Et l'auteur d'ajouter que « [l]e droit à l'oubli, dans cette approche, est bien plus large qu'une préoccupation à propos du lien entre le passé et le présent. Il relève de l'autonomie informationnelle »³⁰¹¹.

Le droit à l'oubli appliqué à l'univers numérique témoigne en outre d'une réelle prise de conscience des dangers potentiels inhérents aux traitements – de masse – de nos données personnelles. Ce phénomène de conscientisation n'est pas si ancien que cela. A ce propos, la plupart des internautes cultivent un paradoxe : d'une part, ils sont de plus en plus conscients des dangers relatifs aux traces qu'ils laissent lorsqu'ils surfent sur internet. De l'autre, leurs comportements témoignent d'une absence de prise de conscience : certes, cela se fait implicitement, parce qu'ils n'ont – pense-t-ils – pas le choix que d'offrir leurs données, ou

³⁰⁰⁹ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 30, n° 9.

³⁰¹⁰ *Ibidem*.

³⁰¹¹ *Ibidem*. Sur cette autonomie informationnelle, voy. *infra*.

simplement parce qu'ils ne s'en rendent pas du tout compte. C'est ce qu'on dénomme le *privacy paradox*³⁰¹². Ainsi, « [l]e fait que nous laissions suinter constamment une grande quantité d'informations sur notre personne sans en être toujours véritablement conscients montre que nous avons abandonné la volonté de les contrôler nous-mêmes dans un certain nombre de cas, en espérant que cela ne portera pas à conséquence dans le futur. Il ne signifie pas encore que nous acceptions de manière libre et éclairée tous les traitements qui pourraient être ultérieurement faits. La conscience de la gravité de l'atteinte ne se fait, souvent, ressentir que plus tard – et trop tard »³⁰¹³.

553. - Contrôle/maitrise de ses données personnelles. Le droit à l'oubli s'inscrit dans cette reconquête du contrôle des données. Cela étant, « [s]'il est en pratique, presque utopique dans cet univers technologique d'imaginer que chacun d'entre nous puisse véritablement décider si et dans quelle mesure une information relative à sa personne peut être diffusée à autrui, doit être détruite ou oubliée, faut-il en tirer la conclusion que, juridiquement, chacun d'entre nous ne puisse désormais plus revendiquer un *droit* fondamental à déterminer soi-même le sort des données qui nous concernent personnellement ? Dépassés par le développement d'un monde dont la maîtrise semble nous échapper, sommes-nous condamnés à abdiquer ? »³⁰¹⁴. Il y a lieu de répondre par la négative à ces questions. Il faut s'opposer à ce courant de pensée qui affirme que désormais tout espoir d'un réel contrôle est vain. Le droit à l'oubli, dans ses deux dimensions, entend contrer ce fatalisme. Plusieurs instruments juridiques permettant de répondre aux prétentions d'un oubli portant sur des informations non journalistiques ont pleinement vocation à consacrer ce contrôle. Certes, sa mise en œuvre n'est pas toujours aisée, mais les dispositions sont inscrites dans les textes. A l'instar d'Alexandre Flückiger, l'on peut penser que « le droit a toujours été mis au défi de redonner un contrôle aux citoyens »³⁰¹⁵. Le droit à l'oubli, l'insertion de nouvelles dispositions dans les textes, l'interprétation qui en est donnée, ... tous ces éléments constituent des défis à part entière et, dans le même temps, contribuent à mettre au défi le droit existant.

³⁰¹² V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., p. 100. Pour l'auteur, nous ne sommes pas conscients de la perte de contrôle sur nos informations que nous supportons petit à petit. Voy. aussi M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, op. cit., p. 86. L'auteure oppose le *privacy paradox* au *transparency paradox* (reprenant la formule d'Helen Nissenbaum (H. NISSENBAUM, « A Contextual Approach to Privacy Online », *Daedalus, Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2011, disponible à l'adresse suivante, https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdf)).

³⁰¹³ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *Pratique juridique actuelle*, 2013/6, p. 839.

³⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 838.

³⁰¹⁵ *Ibidem*, p. 842.

TITRE 2. LES SOURCES JURIDIQUES

554. - Des fondements juridiques pour l'oubli. Quatre fondements paraissent devoir être analysés comme potentiels sources du droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Plusieurs d'entre eux ont déjà été abordé dans l'analyse des fondements du droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*), des recoupements étant par conséquent possibles. Premièrement, le droit à l'oubli d'informations non journalistiques pourrait s'appuyer la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel (Chapitre 1^{er}). Bien qu'elle paraisse constituer le fondement le plus approprié, d'autres concepts juridiques pourraient permettre une protection du droit à l'oubli. Ainsi, quelques développements sur le droit à la protection de la vie privée (Chapitre 2) s'inscriront dans le prolongement de ceux proposés dans la deuxième partie de cette thèse (voy. *supra*). Ensuite, tant le droit à la protection des données à caractère personnel que le droit à la vie privée ont permis de forger – ou est-ce le contraire ? – le droit à l'autodétermination informationnelle, une prérogative qui fait l'objet de développements limités dans la doctrine et la jurisprudence mais qui, dans le cadre de cette thèse, présente un réel intérêt (Chapitre 3). Enfin, un bref retour sur les théories relatives à l'appropriation des données sera proposé. Le droit à l'oubli pourrait, *a priori*, s'intégrer dans un droit à la propriété sur les données à caractère personnel (Chapitre 4).

Chapitre 1^{er}. Une protection par la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel

555. - Introduction. L'objectif de ce chapitre n'est pas de proposer un rapport exhaustif de l'ensemble de la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur traitement. Les textes qui importent sont analysés en s'interrogeant sur leur capacité à pouvoir être considérés comme des concrétisations juridiques plausibles du droit à l'oubli d'informations non journalistiques.

556. - La protection des données à caractère personnel : une protection récente. La protection des données à caractère personnel n'est pas si ancienne que cela. Ainsi, le texte de la Convention européenne des droits de l'homme évoque le droit à la vie privée sans consacrer

le droit à la protection des données personnelles. En réalité, bien qu'on retrouve la philosophie de ce droit dans les développements notamment proposés par Samuel Warren et Louis Brandeis dans leur article sur le droit à la vie privée, le processus visant à accorder une protection particulière aux données personnelles « s'est accéléré depuis la fin des années 1960, justifiant une intervention politique et juridique pour tenter de reconstruire ces protections par le droit »³⁰¹⁶. Depuis, plusieurs textes juridiques ont été adoptés, démontrant notamment que le droit à la protection des données ne se contente pas d'être « un droit conservateur d'un passé nostalgique ; c'est un droit dynamique condamné à évoluer avec son temps. Facebook redéfinira aussi sûrement le standard de la sphère privée pour le XXI^e siècle que Kodak l'a fait, à la fin du XIX^e, pour tout le XX^e siècle qui aura suivi »³⁰¹⁷. On le voit, « [l]a raison d'être des régimes de protection des données se trouve dans les risques que le développement des infrastructures des technologies de l'information entraîne pour l'autodétermination individuelle »³⁰¹⁸. Le *right to be left alone* n'a-t-il pas été consacré suite à l'invention des appareils photo jetables³⁰¹⁹ ? La dynamique est la même pour la consécration d'un droit des données à caractère personnel. Le RGPD témoigne parfaitement de cette dynamique, ce texte remplaçant la directive adoptée en 1995. Les réalités technologique et numérique ont considérablement évolué durant ces deux dernières décennies, obligeant le législateur européen à revoir sa copie et réécrire un texte plus adapté. Nul doute que, d'ici quelques années, une nouvelle révision sera nécessaire.

557. - Les objectifs du droit à la protection des données à caractère personnel. Le droit à la protection des données personnelles a pour objectif de conférer aux individus, et notamment aux internautes, les outils nécessaires afin qu'ils aient « [l]a possibilité et l'aptitude [...] de contrôler les conditions dans lesquelles leurs données personnelles sont collectées et utilisées »³⁰²⁰. C'est là l'essence même du régime de protection des données tel que développé

³⁰¹⁶ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 841.

³⁰¹⁷ *Ibidem*, p. 842.

³⁰¹⁸ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 207. A ce propos, sur le plan anecdotique, il est établi que le directeur du *Federal Bureau of Investigation* (F.B.I.) américain a lui-même été incapable de maîtriser ses propres données à caractère personnel : des informations révélant une relation extra-conjugale ont été diffusées en 2012 (S. SCANE, « Online Privacy Issue Is Also in Play in Petraeus Scandal », *The New York Times*, 13 novembre 2012, consulté le 21 janvier 2019).

³⁰¹⁹ *Voy. supra*.

³⁰²⁰ M. CULNAN, « Protecting Privacy Online : Is Self-regulation Working ? », *Journal of Public Policy Market*, 2000, p. 20.

dans les instruments les plus récents³⁰²¹, notamment le RGPD. Cet objectif est en outre l'essence même de l'oubli d'informations journalistiques, cette similarité permettant d'ores et déjà de considérer que la réglementation sur les données personnelles constitue un fondement crédible de cet oubli. Ce dessein permet encore d'apparenter le droit à la protection des données à caractère personnel au droit à l'autodétermination informationnelle (voy. *infra*). Ces différents droits – qu'ils fondent l'oubli ou l'autodétermination informationnelle – se déclinent grâce à des dispositifs consacrés par la réglementation sur les données personnelles, en ce compris le RGPD, et notamment les « principes de finalité, de pertinence et de proportionnalité des données, limitation de la durée de conservation des informations (droit à l'oubli), obligation de ne communiquer les données qu'aux destinataires et tiers autorisés à les connaître, obligation de sécurité, respect des droits des personnes »³⁰²².

Elevé au rang de droit fondamental, notamment dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le droit à la protection des données à caractère personnel peine à être pleinement effectif. En effet, « ses violations sont le plus souvent secrètes, invisibles, inconnues »³⁰²³. Aussi capital soit-il, tant les enjeux qu'il comporte sont importants compte tenu notamment du fait que « plus que tout autre il concerne potentiellement chaque individu à chaque instant »³⁰²⁴, ce droit demeure mal connu et difficile d'application. Il s'agit sans doute de l'un des droits fondamentaux ayant les fondements conventionnels, constitutionnels, législatifs ou réglementaires, aussi solides que nébuleux. Paradoxalement, il fait l'objet de nombreux textes, ceux-ci présentant une complexité – comme en atteste le RGPD – pour être mis en œuvre. Ces fondements sont à la fois la force et la faiblesse du droit à la protection des données à caractère personnel.

Section 1^{ère}. La protection des données à caractère personnel dans les instruments de droit international et européen

³⁰²¹ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, pp. 206 et 207.

³⁰²² B. DE REY, *Le droit à la vie privée à l'ère numérique*, coll. Traitement de l'Information, Cachan, Lavoisier, 2012, p. 89. L'auteur fait référence à P. FLICHY, G. BEAUVALLET, M. RONAI, « Incorporer la protection de la vie privée dans les systèmes d'information, une alternative par le marché », in T. LAMARCHE, D. NAULLEAU, J. VÉTOIS (dir.), « Fichiers et libertés : le cybercontrôle 25 ans après », *Revue Terminal*, 2003/88).

³⁰²³ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, coll. Institut des droits de l'homme des avocats européens, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 185.

³⁰²⁴ *Ibidem*.

558. - Introduction. La protection des données à caractère personnel et l'encadrement de leur traitement reçoit une protection importante à travers des instruments de droit international (§ 1^{er}) et des textes de droit européen (§ 2), qu'ils soient issus de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe.

§ 1^{er}. Les instruments de droit international

559. - Les textes onusiens. A l'échelle de l'Organisation des Nations-Unies, plusieurs textes peuvent être relevés en ce qu'ils concernent la protection des données à caractère personnel. Outre des principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés ont été adoptés³⁰²⁵, il existe le Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁰²⁶.

L'article 17, § 1^{er}, de ce Pacte indique que « [n]ul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ». L'article 17, § 2, précise que « [t]oute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »³⁰²⁷. Le texte n'évoque donc pas directement la protection des données à caractère personnel. Cependant, l'Observation générale n° 16 qui concerne cet article 17³⁰²⁸ considère que la protection à conférer à ces données entre dans le champ de l'article 17³⁰²⁹. Sans le mentionner clairement, l'Observation précise que « [l]e rassemblement et la conservation, par des autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, de renseignements concernant la vie privée

³⁰²⁵ Assemblée générale des Nations Unies, principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés, résolution A/RES/45/95, adoptée le 14 décembre 1990 ; Assemblée générale des Nations Unies, principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés, résolution A/RES/44/132, adoptée le 15 décembre 1989.

³⁰²⁶ Assemblée générale des Nations Unies, Pacte relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

³⁰²⁷ Voy. aussi, Assemblée générale des Nations Unies, Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989. L'article 16 de ladite Convention reprend le même contenu que l'article 17 du Pacte.

³⁰²⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 16 : Article 17 (Droit au respect de la vie privée), 1988. Voy. aussi Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34 : Article 19 (Liberté d'opinion et liberté d'expression), 2011, § 18. Le contenu du § 10 de l'Observation générale n° 16 est repris dans le cadre de développements relatifs au droit d'accès à l'information.

³⁰²⁹ Voy. quelques communications du Conseil des droits de l'homme des Nations-Unies, citées par H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, p. 237, n° 08.60 et 08.61.

d'individus sur des ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, doivent être réglementés par la loi » (§ 10). Cette observation ajoute ensuite qu'« [i]l serait souhaitable, pour assurer la protection la plus efficace de sa vie privée, que chaque individu ait le droit de déterminer, sous une forme intelligible, si des données personnelles le concernant et, dans l'affirmative, lesquelles, sont stockées dans des fichiers automatiques de données, et à quelles fins. Chaque individu doit également pouvoir déterminer les autorités publiques ou les particuliers ou les organismes privés qui ont ou peuvent avoir le contrôle des fichiers le concernant » (§ 10). L'on comprend de cet extrait que la protection des données s'inscrit dans la protection de la vie privée. En outre, la suggestion que le texte mentionne fait écho à une série de principes clés et de droits en matière de protection des données que l'on retrouve notamment dans le RGPD : le consentement, le droit à l'information quant aux données traitées, les finalités des traitements effectués, l'identité du responsable du traitement, etc. L'observation générale consacre un « droit de déterminer », que l'on peut assimiler *in fine* à un droit de maîtrise ou de contrôle sur ses données personnelles. En ce sens, elle ajoute d'ailleurs que « [s]i ces fichiers contiennent des données personnelles incorrectes ou qui ont été recueillies ou traitées en violation des dispositions de la loi, chaque individu doit avoir le droit de réclamer leur rectification ou leur suppression » (§ 10), c'est-à-dire leur effacement³⁰³⁰. Enfin, il est intéressant de souligner que les termes de l'article 17, § 1^{er}, font l'objet de précisions complémentaires dans l'Observation générale n° 16. Ainsi, « [l]'adjectif “illégal” signifie qu'aucune immixtion ne peut avoir lieu, sauf dans les cas envisagés par la loi. Les immixtions autorisées par les États ne peuvent avoir lieu qu'en vertu d'une loi, qui doit elle-même être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte » (§ 3). Quant à l'expression « immixtions arbitraires », elle « se rapporte également à la protection du droit prévu à l'article 17. De l'avis du Comité, cette expression peut s'étendre aux immixtions prévues par la loi. L'introduction de la notion d'arbitraire a pour objet de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières » (§ 4). Ces indications font référence aux conditions de légalité et de légitimité permettant de restreindre un droit fondamental.

560. - Les textes de l'OCDE. Le conseil de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) a adopté, sous la forme d'une recommandation, des

³⁰³⁰ Sur ces droits, voy. *infra*.

lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel le 23 septembre 1980³⁰³¹. L'OCDE reconnaît que le droit à la vie privée doit désormais être analysé entre autres sous l'angle de la protection des données, voyant fleurir dans une série d'Etats membres des législations particulières en la matière. Le Conseil de l'OCDE décide d'élaborer des lignes directrices dans le but « d'harmoniser les législations nationales », de contribuer « au maintien de ces droits de l'homme », tout en empêchant que les flux de données soient interrompus³⁰³². Celles-ci sont présentées sous une forme technologiquement neutre, ce qui leur a permis de s'adapter aux évolutions technologiques.

Pourtant, en 2010-2011, l'OCDE fournit un rapport évaluant les lignes directrices trente années après leur adoption³⁰³³. Ce rapport met en exergue une série d'évolutions nécessaires compte tenu d'un contexte numérique en constante évolution et aboutit à une révision de ces lignes directrices, parues à nouveau sous la forme d'une recommandation en 2013³⁰³⁴. Ces textes ont évidemment une visée économique, l'OCDE ayant rapidement compris la valeur économique des échanges internationaux de données, tout en ne déniaient pas totalement la nécessité de protéger la vie privée des personnes concernées par les traitements. Cela étant, l'organisation prévoit quelques garde-fous afin de limiter, voire empêcher, les traitements déloyaux, illégaux, contraires aux bonnes mœurs, ou dangereux pour la sécurité des Etats membres.

Il est intéressant de mentionner les indications faites par ces textes et relatives au champ d'application *ratione personae*. Cela fait en outre écho aux développements proposés dans la deuxième partie de cette thèse à propos de l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques aux personnes morales. La définition proposée des « données de caractère personnel » évoque clairement les seules personnes physiques, ce qui est d'ailleurs repris dans

³⁰³¹ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58.

³⁰³² Ces éléments figurent non seulement dans la préface des lignes directrices en date du 23 septembre 1980, mais constituent aussi les principales recommandations faites aux pays membres de l'organisation.

³⁰³³ OCDE, groupe de travail sur la sécurité de l'information et la vie privée, rapport sur la protection de la vie privée et ses mutations : les lignes directrices de l'OCDE, 30 ans après, 18 avril 2011, DSTI/ICCP/REG(2010)6/FINAL.

³⁰³⁴ Recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 21 juin 2013, C(2013)79. Préalablement à cette recommandation, voy. aussi la résolution du Conseil de l'OCDE sur la déclaration de Séoul sur le futur de l'économie internet, 24 juin 2008, C(2008)99.

l'exposé des motifs³⁰³⁵. Pourtant, dans ce même exposé des motifs, la question de l'extension de cette protection aux personnes morales est soulevée. Il y est indiqué que certains pays estiment que l'extension aux personnes morales bénéficiant de la personnalité juridique doit être envisagée. En effet, « [l]'expérience acquise par un certain nombre de pays montre [...] qu'il est parfois difficile de tracer clairement la ligne de démarcation entre les données de caractère personnel et celles qui ne le sont pas. Les données relatives à une petite entreprise, par exemple, peuvent également concerner son (ou ses) propriétaire(s) et fournir des informations de caractère personnel plus ou moins sensibles. Dans de tels cas, il pourra être souhaitable d'étendre aux organismes constitués en société la protection offerte par des règles qui se rapportent principalement aux données de caractère personnel »³⁰³⁶. Le texte rappelle cependant que rien n'empêche les Etats d'offrir cette protection aux entreprises et groupements disposant de la personnalité juridique : les lignes directrices de l'OCDE ne le font pas à défaut de consensus, ces règles demeurant des balises minimales.

Quant au champ d'application *ratione materiae*, en 2013, lors de la révision des lignes directrices, leur champ d'application fait l'objet d'une mention complémentaire relative à la liberté d'expression. Ainsi, ces lignes ne doivent désormais « pas être interprétées [...] d'une manière qui limite indûment la liberté d'expression »³⁰³⁷.

Enfin, ces lignes directrices énoncent plusieurs principes devenus fondamentaux et relatifs aux traitements effectués ainsi qu'aux données : le principe de limitation, le principe de la qualité des données, le principe de finalité, le principe de transparence, etc. Ils seront abordés dans le titre 3 de cette dernière partie de thèse³⁰³⁸.

³⁰³⁵ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58, exposé des motifs, § 41 (« [l]es termes “données de caractère personnel” et “personne concernée” ont pour objet de souligner que les lignes directrices visent les personnes physiques »).

³⁰³⁶ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58, exposé des motifs, § 31.

³⁰³⁷ Recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 21 juin 2013, C(2013)79, annexe, § 3, b).

³⁰³⁸ Voy. *infra*. Cet ajout traduit la recommandation du Conseil de l'OCDE sur les principes pour l'élaboration des politiques de l'internet (2011) qui souligne que « [l]es règles relatives à la vie privée devraient également prendre en compte les droits fondamentaux du citoyen, notamment la liberté d'expression, le droit à une presse libre et le droit à un gouvernement ouvert et transparent ».

561. - Le texte de la Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée. En 2009, la Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée adopte une résolution sur des normes internationales de vie privée³⁰³⁹. L'objectif de ce texte est de fournir une approche internationale plus uniforme en matière de traitement des données à caractère personnel lorsque celui-ci est effectué tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Il vise le renforcement du « caractère universel du droit à la protection des données et de la vie privée » et exprime la conviction « que la reconnaissance de ces droits requiert l'adoption d'un instrument juridique mondial contraignant, lequel recensera et complètera les principes communs de protection des données recensés dans plusieurs instruments juridiques existants, et renforcera la coopération internationale entre les autorités de protection des données ». La Conférence reconnaît les efforts fournis par certaines organisations internationales, notamment le Conseil de l'Europe, en plaidant pour une amélioration des droits fondamentaux visés et en invitant les Etats membres du Conseil à ratifier la Convention sur la protection des personnes à l'égard des traitements de données³⁰⁴⁰.

L'annexe 1 à la résolution détermine notamment le champ d'application de ces normes internationales. Ainsi, elles s'appliquent à « tout traitement de données personnelles, automatisé en tout ou en partie, ou sinon de manière organisée, et mis en œuvre par les secteurs public ou privé ». L'annexe énumère ensuite les grands principes et droits en matière de protection des données, précisément ceux inscrits dans les textes de l'OCDE ainsi que dans la réglementation de l'Union européenne en la matière³⁰⁴¹.

§ 2. Les instruments de droit européen

562. - Les genèses de la réglementation européenne. La mise en œuvre de la réglementation européenne en la matière n'a pas, au départ, « pour objectif premier de protéger les individus à l'égard des traitements de données personnelles »³⁰⁴², mais bien de parer aux difficultés qui

³⁰³⁹ Résolution sur des normes internationales de vie privée, 31^{ème} Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée, Madrid, 4-6 novembre 2009.

³⁰⁴⁰ Sur ce texte, voy. *infra*.

³⁰⁴¹ Pour ces principes et ces droits, voy. *infra*.

³⁰⁴² L. COUDRAY, *La protection des données personnelles dans l'Union européenne. Naissance et consécration d'un droit fondamental*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2010, p. 21. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen – Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 81. L'auteur

apparaissent suite à l'adoption, par les Etats membres, de leur législation nationale. En effet, et c'est là un constat que l'on trouve déjà dans les préambules des textes internationaux, l'une des volontés premières est d'harmoniser les règles en la matière.

Cette harmonisation se fait clairement dans une perspective au départ essentiellement économique. Parallèlement, compte tenu des évolutions technologiques ainsi que de la valeur que les traitements de données – personnelles mais aussi non personnelles – ont désormais dans l'économie, les données personnelles ont été appréhendées comme un matériau à devoir protéger, s'inscrivant dans le sillon du droit à la protection de la vie privée.

A l'heure actuelle, le droit de la protection des données personnelles demeure traversé par deux axes : l'un économique, l'autre protecteur de la vie privée. Evidemment, les organisations européennes paraissent plaider davantage pour l'un de ces objectifs en fonction de leur propre philosophie : alors que l'Union européenne (A.) est instituée – au départ – dans un but économique, le Conseil de l'Europe (B.) est créé afin qu'un *minima* de protection efficace et uniforme soit accordé aux droits fondamentaux. Ces organisations ont depuis évolué, les amenant à prendre en compte aussi l'autre dimension. La consécration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne traduit parfaitement cette transformation.

A. Les instruments de l'Union européenne

1. Le droit primaire

a) Les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne

563. - Introduction. Les deux traités fondateurs de l'Union européenne disposent actuellement d'une disposition relative à la protection des données à caractère personnel. Cette reconnaissance implique que « [l]e droit à la protection des données à caractère personnel est ainsi un droit fondamental qui est indépendant du caractère contraignant ou non de la

concède une fonction instrumentale aux droits fondamentaux consacré dans le droit de l'Union européenne : « plutôt que d'être poursuivis pour eux-mêmes, les droits fondamentaux sont apparus jusqu'à présent, en ordre dispersé, en fonction des nécessités liées aux progrès de la construction européenne ».

Charte »³⁰⁴³. Le Traité de Lisbonne vient renforcer encore le caractère fondamental de ce droit dès lors que la Charte est devenue contraignante.

564. - Le TFUE. Le droit primaire accorde une protection aux données à caractère personnel bien plus tardivement que le droit dérivé européen. C'est lors du Traité d'Amsterdam de 1997 qu'une disposition est ajoutée au Traité instituant la Communauté européenne. Elle indique qu'« [à] partir du 1^{er} janvier 1999, les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent traité ou sur la base de celui-ci »³⁰⁴⁴. Avec l'adoption du Traité de Lisbonne (entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009), le traité instituant la Communauté européenne devient le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dans cette nouvelle version du texte, c'est désormais l'article 16 qui évoque la protection des données personnelles en ces termes : « [t]oute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant » (§ 1^{er}). Il ajoute que « [l]e Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes [...] » (§ 2)³⁰⁴⁵.

L'article 16 est une disposition d'application générale, elle a vocation à s'appliquer indépendamment des matières visées par les réglementations européennes, au même titre par exemple que l'interdiction de discrimination. Elle « permet l'élaboration d'une législation complète et cohérente en matière de protection des données personnelles, tous domaines

³⁰⁴³ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 188.

³⁰⁴⁴ Article 213b, § 1^{er}, du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée à la suite du Traité d'Amsterdam, 1997). Le contenu de cet article a ensuite été repris à l'article 286 du Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée à la suite du Traité de Nice, 2002). Le § 2 de cette disposition indique qu'« [a]vant la date visée au paragraphe 1, le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, institue un organe indépendant de contrôle chargé de surveiller l'application desdits actes communautaires aux institutions et organes communautaires, et adopte, le cas échéant, toute autre disposition utile ».

³⁰⁴⁵ L'insertion de cet article 16 lève désormais tout obstacle lié aux différents piliers de l'Union européenne. Préalablement, il n'était en effet pas possible d'assurer une réglementation protectrice des données personnelles dans les trois piliers de l'Union (voy. H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », *op. cit.*, p. 226, n° 08.13).

confondus à l'exception de la politique étrangère de sécurité commune (PESC) »³⁰⁴⁶. C'est d'ailleurs notamment sur le fondement de l'article 16, que l'Union européenne a pu développer le RGPD³⁰⁴⁷.

565. - Le TUE. Dans le Traité sur l'Union européenne, l'article 39 fait écho à l'article 16 du TFUE en énonçant que « [c]onformément à l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par dérogation à son paragraphe 2, le Conseil adopte une décision fixant les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du présent chapitre, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes ». La disposition est ajoutée par le Traité de Lisbonne.

b) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

566. - L'article 8 de la Charte³⁰⁴⁸. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que « [t]oute personne a droit à la protection des données à caractère personnel » (§ 1^{er}). La disposition tire son inspiration de la jurisprudence qui découle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 16 du TFUE, ainsi que de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Certains n'y ont vu qu'une formalisation globale des principes d'ores et déjà énoncés dans la directive 95/46/CE. Cela étant, en s'autonomisant du droit à la protection de la vie privée, le droit à la

³⁰⁴⁶ A. BLANDIN-OBERNESSER, « L'agencement des instruments juridiques européens de protection des données personnelles », in C. CASTETS-RENARD (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 54 ; C. CASTETS-RENARD, « Introduction. Les enjeux et l'actualité de la protection des données en Europe », in C. CASTETS-RENARD (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 30.

³⁰⁴⁷ La première phrase du règlement est la suivante : « vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 16 ».

³⁰⁴⁸ Dix années après son adoption, la Charte est intégrée au droit primaire via le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Voy. aussi l'article 6, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne qui affirme que « [l']Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ». Depuis son intégration au droit primaire, la Charte a permis d'ouvrir « la perspective de la formation d'un droit européen des droits fondamentaux » (L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in A. BIAU, V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan d'application*, coll. Droit & Justice, Limal, Anthemis, 2018, p. 226).

protection des données bénéficie d'une réelle visibilité et d'une véritable reconnaissance à part entière, ne trouvant aucun correspondant direct dans le catalogue des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. Pour autant, « bien que revendiquant une ascendance extérieure à la Convention, l'article 8 de la Charte ne saurait procurer une protection d'une amplitude différente puisque l'article 53 de la Charte, la clause de protection joue pleinement, et qu'il ne saurait y avoir dans l'Union européenne un niveau de protection inférieur au niveau déterminé par la jurisprudence de Strasbourg, qui s'applique à tous les Etats membres »³⁰⁴⁹.

L'article 8, § 1^{er}, ne doit pas être mal compris quant à son champ d'application. En effet, il n'a pas vocation à « conférer à toute personne le droit de s'opposer à toute ingérence positive, mais simplement de garantir que le traitement des données à caractère personnel est suffisamment encadré par le législateur »³⁰⁵⁰. Dans son arrêt *Digital Rights Ireland* du 8 avril 2014³⁰⁵¹, la Cour valide cette interprétation, considérant que la directive européenne 2006/24/CE sur la conservation des données³⁰⁵² doit être annulée, à défaut d'une protection suffisante pour la vie privée des citoyens européens³⁰⁵³.

L'une des particularités de cette disposition est qu'elle développe certaines de ses composantes dans son deuxième paragraphe. Généralement, les dispositions consacrant des droits fondamentaux demeurent assez laconiques, consacrant ledit droit, organisant éventuellement les restrictions à ce droit, mais renvoyant à la jurisprudence le soin de dessiner ses contours plus précis. L'article 8, § 2, adosse au droit plusieurs principes clés : il énonce que « [c]es données doivent être traitées 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 ». Pour

³⁰⁴⁹ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 196. Dans le même sens, voy. L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 227.

³⁰⁵⁰ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 235.

³⁰⁵¹ C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

³⁰⁵² 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 communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.*, L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

³⁰⁵³ Voy. aussi C.J.U.E. (gde ch.), 21 décembre 2016, C-203/15, *Tele2 Sverige*. La Cour y adopte le même raisonnement.

Lamia El Badawi, « [l]e fait que ces droits fassent également partie de la lettre de la norme fondamentale révèle leur importance particulière aux yeux des rédacteurs de la Charte »³⁰⁵⁴.

2. Le droit dérivé

567. - Introduction. Les textes sommairement présentés dans ce point le sont par ordre chronologique. La plupart « se succèdent, s'enchevêtrent ou se complètent sur le plan du contenu de la protection dans des champs d'application différents »³⁰⁵⁵.

568. - La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995. L'Union européenne se dote en 1995 d'une directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données³⁰⁵⁶. Le texte est abrogé avec effet au 25 mai 2018, soit la date de l'entrée en application d'un autre texte européen, le règlement 2016/679³⁰⁵⁷. Cela étant, la directive présente un certain intérêt, non seulement parce que son abrogation est assez récente, mais aussi – et surtout – parce qu'elle est à considérer comme le premier texte de l'Union européenne visant à organiser, notamment par des garanties, tant d'ordre substantiel que procédural, le traitement des données à caractère personnel. Quelques-unes de ces garanties sont d'ailleurs reprises dans le libellé de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la directive étant cependant beaucoup plus complète.

L'objectif de ce texte s'inscrit avant tout dans la réalisation du marché intérieur européen, celui-ci passant notamment par l'harmonisation des règles nationales afin de garantir la libre circulation des données à caractère personnel notamment entre les Etats membres de l'Union. L'article 1^{er} de la directive soutient à cet égard que « [l]es États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour des raisons relatives à la protection » (§ 2) « des libertés et droits fondamentaux

³⁰⁵⁴ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 227. L'auteur ajoute que l'article 8, § 3, conforte cette analyse en prévoyant l'existence d'une autorité de contrôle indépendante.

³⁰⁵⁵ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 190.

³⁰⁵⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

³⁰⁵⁷ Voy. l'article 94, § 1^{er}, du RGPD. L'article 94, § 2, indique que « [l]es références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites au présent règlement. Les références faites au groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE s'entendent comme faites au comité européen de la protection des données institué par le présent règlement ».

des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel » (§ 1^{er}). L'objectif est d'établir une protection minimale équivalente dans l'ensemble des Etats membres de l'Union, et d'assurer une « reconnaissance mutuelle de la protection de la vie privée »³⁰⁵⁸.

La Cour de justice des Communautés européennes s'est interrogée sur la compatibilité des principes de la directive et du droit à la liberté d'expression. Dans un arrêt *Lindqvist* du 6 novembre 2003³⁰⁵⁹, il est reproché à la Commission européenne de n'avoir pas indiqué dans le texte de la Convention la relation que, dans ce contexte, la vie privée et la liberté d'expression doivent partager. Autrement dit, rien ne permet de connaître l'équilibre entre ces deux droits fondamentaux. L'affaire est en outre intéressante en ce qu'elle permet à la Cour, pour la première fois, de se prononcer sur le champ d'application de la directive sur le réseau internet. Les faits concernent une catéchiste ayant diffusé sur un site internet l'identité de plusieurs collègues ainsi qu'une information relative à un congé de maladie dû à une blessure au pied. La Cour, outre des indications intéressantes sur plusieurs notions de la directive, souligne que ce texte ne contient pas de « restriction contraire au principe général de la liberté d'expression »³⁰⁶⁰. Une telle clause ne doit, selon les juges de Luxembourg, pas figurer en tant que tel dans la directive. Ils rappellent que « ses dispositions sont nécessairement relativement générales vu qu'elle doit s'appliquer à un grand nombre de situations très diverses [...]. C'est donc à juste titre que cette directive comporte des règles caractérisées par une certaine souplesse et qu'elle laisse dans de nombreux cas aux États membres le soin d'arrêter les détails ou de choisir parmi des options. Il est vrai que les États membres disposent à maints égards d'une marge de manœuvre en vue de la transposition de la directive 95/46. Toutefois, rien ne permet de considérer que le régime que celle-ci prévoit manque de prévisibilité ou que ses dispositions sont, en tant que telles, contraires aux principes généraux du droit communautaire et, notamment, aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (§§ 83 et 84). La réponse de la Cour se veut globale et confirme le rôle majeur laissé aux Etats membres, ceux-ci disposant d'une marge de manœuvre inhérente à l'outil juridique qu'est la directive.

³⁰⁵⁸ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 131, n° 10. Voy. aussi le considérant n° 3 de la directive 95/46/CE qui rappelle que la directive doit, d'une part, assurer « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur » dans lequel les données doivent pouvoir librement circuler, et d'autre part, s'enquérir de ce que « les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés ».

³⁰⁵⁹ C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren i Jönköping*.

³⁰⁶⁰ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 207.

569. - La directive 97/66/CE du 15 décembre 1997. La directive 95/46/CE n'a pas la prétention de couvrir l'ensemble des problématiques et domaines dans lesquels les traitements de données à caractère personnel doivent être réglementés. Le considérant n° 68 de cette directive est à ce propos limpide : « considérant que les principes énoncés dans la présente directive et régissant la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel pourront être complétés ou précisés, notamment pour certains secteurs, par des règles spécifiques conformes à ces principes ». Ces précisions sont notamment apportées par la directive 97/66/CE qui concerne les traitements dans le secteur des télécommunications³⁰⁶¹. Cette directive, compte tenu des avancées technologiques, est cependant rapidement abrogée et remplacée par la directive 2002/58/CE relative aux traitements dans le secteur des communications électroniques³⁰⁶². Ce texte que l'on appelle la « directive vie privée et communications électroniques » concerne « le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, ainsi que la libre circulation de ces données et des équipements et des services de communications électroniques dans la Communauté » (article 2, § 1^{er}, de la directive 2002/58/CE).

570. - Le règlement 45/2001 du 18 décembre 2000. Le Parlement européen et le Conseil ont adopté un règlement 45/2001 du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et les organes communautaires et à la libre circulation de ces données³⁰⁶³. Le texte a vocation à étendre les objectifs et principes contenus dans la directive 95/46/CE aux institutions et organes européens. Il a été abrogé et remplacé par un nouveau règlement daté du 23 octobre 2018 et ayant la même vocation³⁰⁶⁴.

³⁰⁶¹ Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, *J.O.U.E.*, L 24 du 30 janvier 1998, p. 1.

³⁰⁶² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

³⁰⁶³ Règlement 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et les organes communautaires et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 8 du 12 janvier 2001, p. 1.

³⁰⁶⁴ Règlement 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, *J.O.U.E.*, L 295 du 21 novembre 2018, p. 39.

571. - Les directives 2002/58/CE et 2006/24/CE. Deux directives concernent plus particulièrement le secteur des communications électroniques. En 2002, la directive vie privée et communications électroniques est adoptée³⁰⁶⁵. Ce texte est partiellement modifié par la directive adoptée en 2006 relative à 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 communications³⁰⁶⁶. Ces textes traduisent les principes de la directive 95/46/CE dans le secteur des communications électroniques. Le texte adopté en 2006 est cependant annulé par un arrêt de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 avril 2014, dans l'affaire *Digital Rights Ireland*³⁰⁶⁷. La Cour invalide la directive avec effet immédiat, en raison d'une incompatibilité avec certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont les articles 7 et 8.

La directive 2002/58/CE pourrait être prochainement abrogée et remplacée par un règlement, le souhait du législateur européen étant de passer d'une harmonisation des réglementations nationales à une uniformisation. Le 10 janvier 2017, le Parlement européen et le Conseil ont proposé un règlement concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE³⁰⁶⁸. Le texte est en cours de discussions.

572. - La décision-cadre 2008/977/JAI. En 2008, le Conseil adopte une décision-cadre relative à la protection des données personnelles traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale³⁰⁶⁹. Ce texte est remplacé par la directive 2016/680

³⁰⁶⁵ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

³⁰⁶⁶ 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 communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.* L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

³⁰⁶⁷ C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*. Sur cet arrêt, voy. *infra*.

³⁰⁶⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM(2017) 10 final. Voy. aussi, à propos de ce texte, Groupe de travail « Article 29 », avis 03/2016 adopté le 19 juillet 2016 sur l'évaluation et la révision de la directive « vie privée et communications électroniques », WP 240.

³⁰⁶⁹ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, *J.O.U.E.*, L 350 du 30 décembre 2008, p. 60.

relative à la collecte et au traitement des données dans le domaine pénal³⁰⁷⁰, le texte ayant été adopté concomitamment au RGPD.

L'on peut s'interroger sur l'adoption de deux textes différents, de nature différente, traitant de sujets identiques. En effet, rien n'obligeait le législateur européen à maintenir deux textes différents. L'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet de réunir les deux textes en un. Ce n'est cependant pas le choix qui a été fait par le législateur européen, ce qui tend à augmenter les difficultés de lisibilité du régime de protection des données³⁰⁷¹. Cette option n'est sans doute pas le fruit du hasard : la directive permet davantage de souplesse ainsi que « la mise en place d'un standard de protection différencié selon le but du traitement en valorisant davantage les impératifs de sécurité publique »³⁰⁷² présents dans le contenu de la directive. Le standard de protection défini par la directive est en effet moins protecteur que celui figurant dans le RGPD³⁰⁷³.

573. - Le RGPD. Le RGPD constitue l'un des projets législatifs les plus ambitieux que l'Union européenne ait piloté depuis plusieurs dizaines d'années³⁰⁷⁴. Il remplace la directive 95/46/CE, témoignant d'une volonté non plus d'harmoniser les réglementations des Etats membres, mais bien de les uniformiser dans un cadre technologiquement neutre. A certains égards, l'on pourra constater que cet objectif n'est pas tout à fait atteint³⁰⁷⁵.

Une rapide comparaison entre les deux textes permet de constater que le RGPD rend plus complexe qu'il ne l'était le régime applicable aux données à caractère personnel. Le texte

³⁰⁷⁰ Directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 119 du 4 mai 2016, p. 89.

³⁰⁷¹ R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 195, n° 14.

³⁰⁷² *Ibidem*.

³⁰⁷³ Voy. par exemple les article 8 de la directive et 6 du RGPD : les deux dispositions concernent la licéité du traitement. Les motifs de licéité sont cependant nettement moins nombreux dans la première disposition que dans la seconde.

³⁰⁷⁴ L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, p. 13, n° 1.

³⁰⁷⁵ Tel est notamment le cas des restrictions justifiées par la liberté d'expression (article 85 du règlement). Voy. *infra*.

actuellement en vigueur est en effet « difficilement lisible »³⁰⁷⁶. Plusieurs éléments permettent d'expliquer en partie cette hausse de complexité³⁰⁷⁷.

Premièrement, le choix de l'instrument juridique européen. En effet, la directive implique que des objectifs et éléments juridiques, énoncés plus ou moins précisément, soient transposés dans les ordres juridiques nationaux des Etats membres, leur laissant *in fine* une certaine marge de manœuvre. Le recours à un règlement nécessite, à défaut de transposition, que l'ensemble des précisions figurent directement dans le texte européen. Ceci explique par exemple que le règlement contienne 99 articles alors que la directive n'en comprenait que 34.

Deuxièmement, les enjeux relatifs à la codification du droit à la protection des données personnelles sont extrêmement nombreux et opposés. En témoignent notamment les campagnes de lobbying suscitées durant l'ensemble des étapes entre la diffusion du premier projet de règlement et son adoption dans sa version définitive. Les discussions ont en effet été extrêmement importantes : 3999 amendements ont été proposés en l'espace de quatre ans. Jamais un texte européen n'avait suscité autant de débats. On le perçoit rapidement, s'attaquer aux données personnelles, c'est toucher non seulement à une protection fondamentale des individus, mais c'est aussi potentiellement impacter un secteur économique construit en grande partie sur la valorisation de ces données. La difficulté de lisibilité du texte s'explique notamment par l'obligation qu'ont eu les rédacteurs du règlement de traduire ces différents enjeux.

Troisièmement, alors que les considérants sont censés reprendre les motivations des dispositions consacrées par la suite³⁰⁷⁸, les 173 considérants du règlement ne paraissent pas s'inscrire dans cette perspective. Pour Xavier Tracol, « [i]l est pour le moins décevant de constater que le législateur de l'Union n'applique pas ce qu'il prêche [...]. De manière regrettable, ce non-respect des règles de base de la légistique et cette profusion de considérants

³⁰⁷⁶ R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 195, n° 13 ; X. TRACOL, « Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel », *Europe*, étude n° 8, octobre 2016, pp. 2/6 et 3/6.

³⁰⁷⁷ Sur ces éléments, voy. X. TRACOL, « Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 1/6.

³⁰⁷⁸ Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne, version du 7 avril 2015, pp. 30 et s., §§ 10.1 et s. Le guide indique notamment que « [t]out considérant ne présentant pas d'intérêt pour la justification du dispositif devrait être exclu » (p. 32, § 10.7).

se répétant inutilement ne contribuent pas à la lisibilité et à la clarté du règlement »³⁰⁷⁹. Une telle profusion de considérants trouve sans doute son explication dans le besoin ressenti, par le législateur de l'Union, d'apporter toutes les justifications et précisions jugées utiles et nécessaires face à un texte dont il est à nouveau parfaitement conscient des enjeux tant en termes de droits fondamentaux qu'en termes d'intérêts économiques.

Le RGPD a vocation à renforcer la protection des données à caractère personnel notamment en responsabilisant davantage les acteurs de terrain. Conscient de l'importance de ce droit, le législateur européen n'en a pourtant pas fait, fort heureusement, un droit absolu³⁰⁸⁰. En effet, le considérant n°4 du texte souligne que le droit à la protection des données « doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité ». Une telle assertion est fondamentale : face à l'application de droits fondamentaux, l'application d'une balance des intérêts, comme le fait traditionnellement la Cour européenne des droits de l'homme, est indispensable. Benjamin Docquir « y voit une reconnaissance de ce que le traitement des données à caractère personnel constitue le substrat nécessaire de la plupart des activités économiques, sociale et culturelles, singulièrement dans une économie de la connaissance et de l'information. Réglementer les traitements de données ne peut donc se faire par voie d'interdictions générales et abstraites »³⁰⁸¹. Le RGPD s'est donc attaché à inscrire, dans plusieurs dispositions, l'obligation d'effectuer de telles pondérations des intérêts. Certaines dispositions sont toutefois dépourvues d'une telle indication, aboutissant à des doutes quant à la mise en œuvre d'une pondération³⁰⁸².

Le RGPD réalise-t-il une uniformisation qui n'est que partielle ? On aurait tort de considérer que le texte est, depuis le 25 mai 2018, l'unique instrument législatif en matière de données à caractère personnel. Premièrement, parce que le champ d'application du RGPD n'a pas vocation à couvrir l'ensemble des problématiques. Pensons notamment au champ propre à la directive 2016/680 précitée (voy. *supra*). Deuxièmement, parce qu'il laisse lui-même une

³⁰⁷⁹ X. TRACOL, « Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 1/6 et 2/6.

³⁰⁸⁰ Rendre absolu un tel droit n'aurait notamment jamais permis de mettre en perspective l'ensemble des enjeux que cette codification du droit des données à caractère personnel a connues.

³⁰⁸¹ B. DOCQUIR, « Introduction générale », in B. DOCQUIR (coord.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9 et 10.

³⁰⁸² Voy. notamment l'article 17, § 3, du RGPD, à comparer avec l'article 85, § 2, du RGPD. Sur ces dispositions, voy. *infra*.

marge de manœuvre aux Etats membres sur certains points³⁰⁸³. L'on peut regretter cet abandon aux Etats membres, voyant là une occasion manquée d'assurer l'uniformité la plus large possible, l'objectif du texte européen étant « d'assurer un niveau cohérent et élevé de protection des personnes physiques et de lever les obstacles aux flux de données à caractère personnel au sein de l'Union » (considérant n° 10). Cela étant, il faut raison garder : une uniformisation totale paraît être juridiquement utopique tant « il serait difficile d'embrasser par un seul texte toutes les situations dans lesquelles les autorités publiques, des entreprises ou des organisations sont amenées à traiter des données personnelles »³⁰⁸⁴. Sans doute cette marge de manœuvre est-elle, pour partie, directement induite du large champ d'application du règlement³⁰⁸⁵. Pourtant, on le verra ci-après (voy. *infra*), si l'on peut comprendre ce partenariat avec les Etats membres dans certains domaines, l'un d'eux aurait pu, semble-t-il, faire l'objet d'une réelle uniformisation : il s'agit des restrictions en faveur de la liberté d'expression et d'information organisées à l'article 85 du RGPD. Pourquoi faut-il passer par des textes nationaux alors que la Cour européenne des droits de l'homme s'attache depuis de nombreuses années à baliser l'équilibre entre d'une part, la vie privée, en ce compris la protection des données, et, d'autre part, la liberté d'expression, en ce compris la liberté de la presse ? La réponse pragmatique à cette question réside dans l'existence de divergences entre les Etats membres relatives aux restrictions admissibles. Il s'agit, d'un point de vue juridique – et sans doute théorique – d'une occasion manquée.

3. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁸⁶

³⁰⁸³ Voy., par exemple, les articles 10 et 85 du RGPD, le premier relatif aux données dites judiciaires, et le second relatif aux restrictions en faveur de la liberté d'expression. Il s'agit de deux domaines importants pour lesquels il eut été opportun de ne pas se limiter à une harmonisation en laissant le soin aux Etats membres de prévoir des dispositions plus précises. Sur ces deux articles, voy. *infra*.

³⁰⁸⁴ B. DOCQUIR, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 18 ; J. P. ALBRECHT, « How the GDPR Will Change the World », *European Data Protection Law Review*, 2016/3, p. 287 (l'auteur précise même que « [t]here are some who say that the GDPR would not create more harmonisation but rather create even more national differences than today. Their main argument is that the GDPR has many provisions where there is a reference to Member State' laws and that the Regulation would in actual fact be more of a Directive. This view completely ignores that the fact that the change from a Directive to a Regulation is in itself a revolutionary change [...] ») ; J. WAGNER, A. BENECKE, « National Legislation within the Framework of the GDPR », *European Data Protection Law Review*, 2016/3, p. 353.

³⁰⁸⁵ La marge de manœuvre laissée aux Etats membres n'est pas la même dans l'ensemble des dispositions du RGPD qui renvoient vers les législations d'Etats. A ce sujet, voy. J. WAGNER, A. BENECKE, « National Legislation within the Framework of the GDPR », *op. cit.*, pp. 353 et 354.

³⁰⁸⁶ Voy. à ce sujet F. FABBRINI, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy : The EU Court of Justice as a Human Rights Court », in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015, pp. 268 à 279. L'auteur classe les différents arrêts principaux analysés dans nos développements sous trois perspectives : une dimension verticale lorsque le standard de protection est développé au regard d'Etats membres

574. - Introduction. L'article 52, § 3, de la Charte est intéressant en ce qu'il prévoit que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Une telle disposition permet à la Charte de s'approprier les développements importants que le texte de la Convention européenne a pu induire sur un droit fondamental consacré dans les deux textes. L'article 8 de la Charte ne dispose pas d'un correspondant dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice a cependant rapidement souligné les liens étroits entre la protection des données de l'article 8 de la Charte et le droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne.

a) La jurisprudence avant la reconnaissance du caractère obligatoire de la Charte

575. - Les arrêts *Erich Stauder et Österreichischer Rundfunk e.a.* La Cour de justice de l'Union européenne, bien avant l'introduction en droit européen des textes visant à reconnaître les droits fondamentaux – en ce compris le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel –, reconnaît l'existence de ces droits et estime qu'il est de sa mission de s'assurer qu'ils sont respectés dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

Dans son arrêt *Erich Stauder c. Ville d'Ulm* de 1969³⁰⁸⁷, la Cour reconnaît que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect » (7^{ème} motif de l'arrêt). Ce respect des droits fondamentaux par la Cour est en outre formalisé dans une déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission en 1977 dans laquelle ces trois institutions rappellent, dans les

(pp. 268 à 272), une dimension horizontale lorsqu'il est développé au regard d'autorités politiques (pp. 272 à 275), et une dimension diagonale lorsque la protection se heurte à des comportements d'entreprises (pp. 275 à 279).

³⁰⁸⁷ C.J.U.E., 12 novembre 1969, C-29/69, *Erich Stauder c. Ville de Ulm*. Voy. dans le même sens, C.J.U.E., 14 mai 1974, C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission*, § 43 (« attendu que [...] les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces Etats ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »).

mêmes termes que la Cour, la nécessité de respecter les droits fondamentaux³⁰⁸⁸. Ces éléments permettent donc à la Cour de se référer notamment, mais pas seulement³⁰⁸⁹, au prescrit de la Convention européenne des droits de l'homme, à un texte qui à ses yeux revêt une « signification particulière »³⁰⁹⁰.

Outre le texte, la Cour de justice s'est inspirée progressivement de l'interprétation qu'en donnent les juges de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 8 de la Convention permet à la Cour d'intégrer dans son raisonnement la protection des données à caractère personnel. Dans un arrêt du 20 mai 2003 – le premier qui concerne la directive 95/46/CE –³⁰⁹¹, la Cour se penche sur la compatibilité d'une loi autrichienne avec ladite directive. La loi impose que soient communiquées l'identité et les montants de retraite perçus à la Cour des comptes autrichiennes lorsque les revenus des personnes visées dépassent un certain plafond. La Cour de justice rappelle que l'application des dispositions de la directive n'exclut pas le respect du droit à la vie privée, ce qui est d'ailleurs mentionné dans la directive. Les juges européens appliquent alors l'article 8, § 2, de la Convention européenne, qui valide une ingérence au droit à la vie privée lorsque les conditions de légalité, légitimité et proportionnalité sont remplies (§ 76). Aucune mention n'est en revanche faite de l'article 8 de la Charte³⁰⁹². Pour la Cour de justice, il existe bien une ingérence au sens de l'article 8 : « la communication de ces données à un tiers, en l'occurrence une autorité publique, porte atteinte au droit au respect de la vie privée des intéressés, quelle que soit l'utilisation ultérieure des informations » (§ 74). En ce qui concerne la légalité, se pose la question de la prévisibilité de la mesure visant à communiquer

³⁰⁸⁸ Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, faite à Luxembourg le 5 avril 1977, *J.O.U.E.*, 27 avril 1977.

³⁰⁸⁹ Voy. par exemple C.J.U.E., 18 octobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commission*, § 31 (référence est faite au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) ; C.J.U.E., 15 juin 1978, C-149/77, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, § 28 (référence est faite à la Charte sociale européenne du 18 novembre 1961).

³⁰⁹⁰ Voy. notamment C.J.U.E., 18 juin 1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, § 41. L'arrêt se réfère aussi à l'arrêt suivant, C.J.U.E., 15 mai 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*. Une telle mention n'est toutefois pas reprise explicitement dans ce dernier arrêt, cette « signification particulière » devant peut-être être comprise implicitement à la lecture de l'arrêt.

³⁰⁹¹ C.J.U.E., 20 mai 2003, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.* (voy. notamment le § 73 : « la collecte de données nominatives relatives aux revenus professionnels d'un individu, en vue de les communiquer à des tiers, entre dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH »). L'arrêt renvoie aux arrêts suivants de la Cour européenne des droits de l'homme : Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumaine*, req. 28341/95, § 43 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95, § 65.

³⁰⁹² Pour Lamia El Badawi, cette absence témoigne d'une certaine prudence de la part de la Cour de justice à l'égard de la Charte, à l'époque non encore contraignante (L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 232).

les informations, question à laquelle la Cour de justice ne répond pas (§§ 77 à 80). Quant à la légitimité et la proportionnalité, « [i]l convient, en ce sens, de mettre en balance l'intérêt de la république d'Autriche à garantir une utilisation optimale des fonds publics et, en particulier, le maintien des salaires dans des limites raisonnables avec la gravité de l'atteinte au droit des personnes concernées au respect de leur vie privée » (§ 84). Autrement dit, la communication de l'identité des personnes est-elle nécessaire pour atteindre l'objectif de la loi autrichienne ? La Cour se garde évidemment de répondre à cette question, laissant cela aux juridictions de renvoi.

b) La jurisprudence depuis la reconnaissance du caractère obligatoire de la Charte

576. - Les arrêts *Volker, Digital Rights Ireland* et *Google Spain*. Depuis son intégration au droit primaire, la Cour de justice de l'Union européenne prend en compte la Charte, au même titre que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Son rôle est central : la Cour a su prononcer des arrêts audacieux, notamment dans le cadre de la protection des données à caractère personnel, se révélant « ne pas être un “tigre de papier” »³⁰⁹³. Cela étant, la prise en compte l'article 8 de la Charte par la Cour ne s'est pas traduite par un changement significatif dans sa jurisprudence. A ses yeux, l'article 8 demeure une « excroissance du droit à la protection de la vie privée »³⁰⁹⁴. Ses positions courageuses auraient donc sans nul doute aussi été adoptées si le droit à la protection des données n'avait pas été formalisé dans une disposition idoine.

Dans l'arrêt *Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*³⁰⁹⁵, en 2010, la Cour évoque « le respect du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, reconnu par les articles 7 et 8 de la Charte » (§ 52), et le fait que ce droit « se rapporte à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (§ 52). La Cour ne s'empêche toutefois pas de mentionner l'article 8 de la Convention

³⁰⁹³ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 226. L'expression « tigre de papier », qui illustre le fait d'être un adversaire inoffensif, est tiré de J. DUTHEIL DE LA ROHÈRE, « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.C.L. Libertés*, fascicule 140, n° 1.

³⁰⁹⁴ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 228.

³⁰⁹⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*.

européenne : elle déclare « que les limitations susceptibles d’être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel, correspondent à celles tolérées dans le cadre de l’article 8 de la CEDH » (§ 52). L’examen de la Cour se détache cependant de la disposition conventionnelle : sont seuls pris en compte les articles 7 et 8 de la Charte lors de la constatation d’une atteinte aux droits qui y sont consacrés (§§ 56 à 64). Un même raisonnement est adopté lors de l’analyse de l’existence d’un motif de justification de l’atteinte (§§ 65 à 89), à la différence que dans cette analyse de la proportionnalité, la Cour de justice se réfère à quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme (§§ 72 et 87). L’arrêt illustre parfaitement le fait que le texte de la Convention n’est plus central, celui-ci ne constituant plus qu’un soutien secondaire au raisonnement tenu³⁰⁹⁶.

La tendance visant à restreindre le rôle de la Convention européenne s’est encore accrue depuis l’arrêt *Digital Rights Ireland* rendu par la grande chambre le 8 avril 2014³⁰⁹⁷. Seule la Charte constitue le fondement du raisonnement exécuté par la Cour. Cette dernière semble en revanche toujours faire un amalgame entre les deux dispositions – ouvrant la question de l’utilité de disposer de deux dispositions distinctes³⁰⁹⁸ – dès lors qu’elle évoque « le rôle important que joue la protection des données à caractère personnel au regard du droit fondamental au respect de la vie privée » (§ 48), faisant un lien conceptuel entre les droits protégés par les deux dispositions de la Charte. Son analyse de l’existence d’une ingérence (§§ 32 à 37) et de potentiels motifs de justification (§§ 38 à 70) est en outre effectuée conjointement pour les deux articles. Il reste que la Cour effectue quand même quelques références à certains arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, en les précédant systématiquement « d’une formule visant à bien marquer la distance qui existe désormais entre cette jurisprudence et le droit de l’Union »³⁰⁹⁹. Les expressions utilisées sont les suivantes : « en ce qui concerne l’article 8 CEDH », « voir par analogie, en ce qui concerne l’article 8 CEDH » (§§ 35, 47, 54 et 55). Cette distance est d’ailleurs concrétisée par le rejet, dans le cadre d’un avis de l’assemblée plénière de la Cour de justice, quelques mois après l’arrêt *Digital Rights Ireland*, du principe visant à ce que l’Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l’homme³¹⁰⁰.

³⁰⁹⁶ L. EL BADAWI, « L’article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne », *op. cit.*, p. 233.

³⁰⁹⁷ C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

³⁰⁹⁸ Sur cette question, voy. *supra*.

³⁰⁹⁹ R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 2020, n° 21.

³¹⁰⁰ C.J.U.E. (ass. plén.), 18 décembre 2014, avis 2/13.

Enfin, la place importante laissée désormais à la Charte est clairement énoncée dans l'arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014³¹⁰¹. La Cour reprend une formule déjà ancienne mais l'actualise compte tenu de cette évolution importante : il lui faut analyser et interpréter la directive 95/46/CE « à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte » (§ 68, nous soulignons).

c) Vers un accroissement de la protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

577. - Les enseignements jurisprudentiels. Cette rapide mise en perspective de l'évolution jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne démontre que la Charte fait désormais partie des instruments incontournables relatifs aux droits fondamentaux³¹⁰². Lamia El Badawi met cependant en garde : « [f]orce est de constater que l'accroissement de la protection dont bénéficient les droits fondamentaux va de pair avec une plus grande complexité liée au cumul des instruments de protection des droits de l'homme au sein de l'espace européen »³¹⁰³. Elle relativise cependant ce constat pour ce qui concerne la protection des données personnelles : « [i]l va sans dire que cette garantie supplémentaire peut bénéficier à un certain nombre de droits, dont la protection des données à caractère personnel, droit souvent mis à mal par un souci de sécurité publique »³¹⁰⁴. Un constat similaire est posé par Romain Tinière, celui-ci estimant que la consécration d'un nouveau droit fondamental n'est pas toujours synonyme d'une meilleure protection, tout en reconnaissant que l'accroissement des données personnelles et de leur traitement est susceptible de causer des atteintes importantes aux droits des citoyens³¹⁰⁵.

³¹⁰¹ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

³¹⁰² F. FABBRINI, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy : The EU Court of Justice as a Human Rights Court », *op. cit.*, p. 268.

³¹⁰³ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 234.

³¹⁰⁴ *Ibidem*.

³¹⁰⁵ R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 186, n° 1.

Un deuxième constat peut être posé : la Cour de justice peine à autonomiser pleinement l'article 8 de la Charte, celui-ci étant indubitablement lié à l'article 7 de la Charte. Certes, l'arrêt *Digital Rights Ireland* tente de conférer un effet utile à l'article 8, indépendamment de l'article 7, en affirmant que « tout traitement de données à caractère personnel s'analyse en une ingérence » au droit au respect des données personnelles, un constat similaire ne pouvant être dressé pour le droit au respect de la vie privée³¹⁰⁶. Cela étant, il faut relativiser cet apport : rien ne permet de prédire qu'une telle interprétation ait pour conséquence de distinguer clairement les deux dispositions de la Charte.

Le troisième constat est celui du recours à la proportionnalité. En effet, la Cour de justice met régulièrement en œuvre un test de proportionnalité entre des droits ou intérêts concurrents. Lors de cet exercice, elle laisse même entrevoir une forme de hiérarchisation entre ces intérêts³¹⁰⁷. Dans sa décision *Digital Rights Ireland*, la Cour semble faire prévaloir la protection de la vie privée et des données personnelles sur la nécessité d'une surveillance de masse : « [e]ven if the judgment of the ECJ may be welcomed as a wake-up call against trends toward over-securisation, one is left wondering whether less systematic, and less intrusive, forms of surveillance would be unlawful – as the ECJ's ruling seems to suggest »³¹⁰⁸. Dans l'arrêt *Google Spain*, la Cour est plus claire encore : l'intérêt visant à protéger la vie privée doit prévaloir sur le seul intérêt économique d'un acteur privé, en l'espèce un moteur de recherche.

Quant à la question de l'utilité réelle de l'article 8 de la Charte, l'arrêt *Tele2 Sverige*³¹⁰⁹ apporte la réponse de la Cour de justice. L'une des questions préjudicielles concerne l'interprétation à donner aux articles 7 et 8 de la Charte : doit-elle être faite « dans un sens allant au-delà de celui conféré à l'article 8 de la CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme » (§ 126) ? La Cour botte en touche en répondant que « la justification d'une demande de décision préjudicielle est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un litige portant sur le droit de l'Union » (§ 130). Elle indique cependant, s'appuyant sur les explications de la Charte, « que l'article 8 de la Charte concerne un droit fondamental distinct de celui consacré

³¹⁰⁶ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 238.

³¹⁰⁷ F. FABBRINI, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy : The EU Court of Justice as a Human Rights Court », *op. cit.*, p. 268.

³¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 283 et 284.

³¹⁰⁹ C.J.U.E. (gde ch.), 21 décembre 2016, C-203/15, C-698/15, C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige*.

à l'article 7 de celle-ci et qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH » (§ 129). Bien que ces développements n'apportent aucune réponse claire relative à l'assise précise de l'ensemble de ces droits, nul doute que l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est promis à un bel avenir contentieux tant les données à caractère personnel sont devenues un enjeu de taille dans nos sociétés³¹¹⁰.

B. Les instruments du Conseil de l'Europe

578. - L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. De prime abord, le contenu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme semble démuné face aux nouvelles problématiques issues du développement de l'informatique et du numérique³¹¹¹. La Cour a d'ailleurs mis un certain temps avant de reconnaître une protection de ces données par le prisme de l'article 8.

L'adoption en 1981 de la Convention n° 108 n'a pas eu pour effet immédiat d'élargir l'interprétation donnée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la Commission européenne des droits de l'homme refuse à plusieurs occasions de protéger des données à caractère personnel, notamment parce que ces informations ne concernent pas des « données relatives à la vie privée »³¹¹².

La première trace d'une évolution figure dans l'arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987³¹¹³ dans lequel la Cour européenne fait timidement un pas vers la reconnaissance d'une protection des données à caractère personnel. L'affaire concerne un ouvrier suédois qui est interdit de circulation sur un chantier naval militaire, sous prétexte qu'il constituerait un danger pour la sécurité nationale. Ces renseignements ont été fournis par la police. La Cour de Strasbourg s'interroge en l'espèce sur l'existence d'une ingérence et conclut que « [l]e registre secret de la police renfermait sans contredit des données relatives à la vie privée de M. Leander.

³¹¹⁰ R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 204, n° 23.

³¹¹¹ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 129, n° 8. L'auteur ajoute que « ceci sans doute justifie que les *explications* adjointes à la Charte des droits fondamentaux ne considèrent pas que les clauses figurant respectivement à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux [...] soient "correspondantes" l'une à l'autre ».

³¹¹² Comm. eur. D.H. (déc.), 9 décembre 1992, *F. Reyntjens c. Belgique*, req. 16810/90. Voy. aussi Comm. eur. D.H. (déc.), 7 décembre 1992, *Lupker et autres c. Pays-Bas*, req. 18395/91 ; Comm. eur. D.H. (déc.), 4 mai 1979, *X. c. Autriche*, req. 8170/78 ; Comm. eur. D.H. (déc.), 12 octobre 1973, *X c. Royaume-Uni*, req. 5877/72.

³¹¹³ Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81.

Tant leur mémorisation que leur communication, assorties du refus d'accorder à M. Leander la faculté de les réfuter, portaient atteinte à son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 par. 1 » (§ 48). Certes, il est question de traitement d'informations de nature privée ce qui permet à la Cour d'appliquer l'article 8 de la Convention. Ceci n'est toutefois pas mentionné expressément dans l'arrêt *Leander c. Suède*. La Cour l'indique postérieurement, lorsqu'elle fait référence audit arrêt : « la nature privée des informations figurant sur le registre en cause constituait l'élément décisif dans cette affaire »³¹¹⁴.

En 1997, dans un arrêt *Z. c. Finlande*³¹¹⁵, la Cour européenne des droits de l'homme fait une première référence à la Convention n° 108. Elle soutient, à propos de la divulgation d'un dossier médical révélant la séropositivité du patient, que « la Cour tiendra compte du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel – les informations relatives à la santé n'en étant pas les moindres – pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention » (§ 94). Elle ajoute que « [l]a législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention » (§ 95).

Il faut cependant attendre deux décisions adoptées en 2000 pour que la Cour européenne passe d'une simple référence à une incorporation partielle – mais beaucoup plus claire – du droit à la protection des données dans la Convention. Il s'agit de l'arrêt *Amann c. Suisse* du 16 février 2000³¹¹⁶ et surtout de l'arrêt rendu par la grande chambre le 4 mai 2000, dans l'affaire *Rotaru c. Roumanie*³¹¹⁷. Le premier arrêt concerne un homme d'affaires suisse fiché comme étant un contact de l'ambassade russe en Suisse à la suite de la livraison effectuée à cette ambassade d'un appareil dépilatoire pour l'épouse de l'ambassadeur. L'homme d'affaires considère que l'établissement d'une fiche à son égard et la conservation qui s'en suit constitue une ingérence à son droit à la vie privée. Quant à l'affaire *Rotaru c. Roumanie*, déjà évoquée

³¹¹⁴ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 128, n° 7. L'auteur se réfère aux décisions suivantes : Comm. eur. D.H. (déc.), 14 janvier 1998, *Herbecq et al. c. Belgique*, req. 32200/96 et 32201/96 ; Comm. eur. D.H. (déc.), 9 juillet 1991, *Yvonne Chave c. France*, req. 14461/88 ; Comm. eur. D.H. (déc.), 6 juillet 1988, *I. Hilton c. Royaume-Uni*, req. 12015/86 ; Comm. eur. D.H. (rapp.), 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. 10454/83.

³¹¹⁵ Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. 22009/93.

³¹¹⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95. Voy. le § 65.

³¹¹⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95.

dans le cadre des développements relatifs à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*), son arrêt est encore intéressant à deux égards.

Premièrement, un renvoi est proposé vers l'arrêt *Leander c. Suède* lorsque la Cour souligne, dans l'arrêt *Rotaru c. Roumanie*, « que la mémorisation dans un registre secret et la communication de données relatives à la “vie privée” d'un individu entrent dans le champ d'application de l'article 8 § 1 » (§ 43). La Cour va cependant plus loin puisqu'elle se départit des seules informations d'ordre privé pour inclure, dans le champ de l'article 8, des données « de nature publique », lorsque celles-ci « sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus publics par les pouvoirs publics » (§ 43). L'allusion est extrêmement claire : la Cour évoque les données à caractère personnel. L'application en ce compris aux données publiques est confirmée dans l'arrêt *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède* : la Cour souligne qu'« [e]u égard au champ d'application de la notion de “vie privée”, telle qu'interprétée dans sa jurisprudence [...], la Cour estime que les informations au sujet des requérants conservées dans le fichier de la Sûreté et divulguées aux intéressés relèvent clairement de leur “vie privée”. En fait, ce constat s'applique même aux informations publiques puisque celles-ci ont été systématiquement réunies et conservées dans les fichiers détenus par les autorités. Par conséquent, l'article 8 § 1 de la Convention s'applique à la conservation litigieuse des informations en question »³¹¹⁸.

Deuxièmement, confirmant cette extension d'interprétation de l'article 8 de la Convention, la Cour rappelle l'existence d'une concordance « entre cette interprétation extensive et celle de la Convention élaborée au sein du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 » (§ 43). Découle de cette affirmation le fait que l'article 8 de la Convention englobe les garanties inscrites dans la Convention n° 108.

La brève analyse de cette jurisprudence permet de constater que la Convention « n'a donc été englobée que par touches successives au sein de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et d'une manière qui demeure incomplète »³¹¹⁹. A l'heure actuelle, l'appropriation semble claire : la Cour affirme que « [l]a protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental dans l'exercice du droit au respect de la vie privée

³¹¹⁸ Cour eur. D.H., 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, § 72.

³¹¹⁹ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 129, n° 9.

consacré par l'article 8 de la Convention »³¹²⁰. Au fur et à mesure des décisions rendues, la Cour aborde différents aspects propres à la protection des données : la (vidéo)surveillance et l'éventuel enregistrement qui en découle³¹²¹, la collecte de données³¹²², leur accès³¹²³, leur conservation, leur stockage ou leur mémorisation³¹²⁴, l'exploitation de ces données³¹²⁵. Autant de traitement qui sont soumis aux réglementations relatives aux données personnelles. Pour la Cour, ces actions sur les données ne constituent pas nécessairement des violations du droit à la protection de la vie privée ; elle constate l'existence de ces ingérences et les soumet à ses traditionnelles conditions de légalité, légitimité et proportionnalité. A cet égard, la Cour précise que la législation des Etats membres « doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues par cet article [8 de la Convention]. La nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, [...]. Le droit interne doit notamment assurer que ces données sont pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées »³¹²⁶.

579. - La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. La Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel³¹²⁷ (ci-après, « Convention n° 108 ») est un texte qui est rapidement devenu un instrument juridique de

³¹²⁰ Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12, § 38.

³¹²¹ Voy. notamment Cour eur. D.H. (plén.), 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. 8691/79 ; Comm. eur. D.H. (déc.), 14 janvier 1998, *Herbecq et al. c. Belgique*, req. 32200/96 et 32201/96.

³¹²² Voy. notamment la plupart des décisions citées impliquent une collecte des données, celle-ci étant préalable à tout autre traitement.

³¹²³ Voy. notamment Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81 ; Cour eur. D.H. (plén.), 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. 5029/71.

³¹²⁴ Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 228341/95 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95 ; Cour eur. D.H., 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. 23224/94 ; Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81 ; Cour eur. D.H. (plén.), 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. 5029/71.

³¹²⁵ Voy. notamment Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, req. 63737/00 ; Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. 44647/98 ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. 44787/98.

³¹²⁶ Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12, § 38.

³¹²⁷ Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985 (ci-après, Convention n° 108).

référence³¹²⁸. Il vise à « étendre la protection des droits et libertés fondamentales de chacun, notamment le droit au respect de la vie privée, eu égard à l'intensification de la circulation à travers les frontières des données à caractère personnel faisant l'objet de traitement automatisé »³¹²⁹. A l'époque, elle constitue une réponse aux craintes face aux développements de l'informatique et aux menaces qui pèsent directement sur les droits fondamentaux mentionnés. Les autorités européennes sont en outre conscientes que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'état de son interprétation à l'époque, ne constitue pas – encore – une réponse adéquate à ces menaces. Il n'était en effet « pas acquis à l'époque [...] que cette disposition de la Convention européenne des droits de l'homme offre également une protection à l'individu à l'égard du traitement des données à caractère personnel le concernant, que ces données soient relatives à sa vie privée ou à des activités publiques »³¹³⁰.

L'adoption de la directive 95/46/CE constitue un prolongement des principes énoncés dans la Convention n° 108. En effet, le considérant n° 11 de la directive affirme « que les principes de la protection des droits et des libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, contenus dans la présente directive précisent et amplifient ceux qui sont contenus dans la convention, du 28 janvier 1981, du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ». Le seuil de protection de la directive semble plus élevé que celui de la Convention n° 108. Comme l'indique Olivier de Schutter qui effectue une comparaison des deux textes³¹³¹, quatre évolutions sont à souligner : premièrement, la directive ouvre son champ d'application à certains traitements non automatisés ; deuxièmement, la directive impose la mise en œuvre d'une autorité nationale indépendante en vue de contrôler les traitements de données ; troisièmement, des règles sont édictées afin d'encadrer les transferts de données vers des pays tiers, non membres de l'Union européenne ; et quatrièmement, un groupe de travail indépendant dénommé « Article 29 » est créé³¹³².

³¹²⁸ B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 189.

³¹²⁹ Voy. le préambule de la Convention.

³¹³⁰ O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 126, n° 5. Dans le même sens, H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », *op. cit.*, p. 228, n° 08.21 et 08.22.

³¹³¹ Voy. dans le même sens, B. FAVREAU, « La protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 195 et 196.

³¹³² O. DE SCHUTTER, « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 135 à 141, n° 16 à 20.

En 1999³¹³³, la Convention n° 108 est amendée afin que l'actuelle Union européenne puisse adhérer à ladite Convention³¹³⁴, ces amendements n'étant cependant jamais entrés en vigueur à défaut d'accord de toutes les parties prenantes. En 2001, elle fait l'objet d'un protocole additionnel³¹³⁵, ce dernier s'inspirant, à son tour, de la directive 95/46/CE pour ajouter l'établissement d'autorités de contrôle chargées de vérifier la bonne application des textes, et pour régler les flux transfrontières de données vers des pays tiers.

Enfin, un nouveau protocole visant à amender la Convention est adopté le 18 mai 2018 et ouvert à signature depuis le 10 octobre 2018³¹³⁶. Il prend en compte les évolutions et la modernisation que de nombreux textes sur la protection des données à caractère personnel ont connu durant la dernière décennie. L'objectif du protocole est de moderniser le texte de la Convention n° 108 tout en conservant son caractère technologiquement neutre, et donc transversal. Sont notamment renforcés, les exigences relatives aux traitements de données, et notamment les principes de proportionnalité et de minimisation des données, et de licéité du traitement, l'élargissement des données dites sensibles, ou encore le renforcement de la transparence³¹³⁷.

Section 2. En droit national

580. - Introduction. En Belgique, plusieurs lois successives ont été adoptées pour établir un régime visant à protéger les données à caractère personnel ainsi qu'encadrer leur traitement (§ 2). Bien que leur rôle eût pu être supprimé lors du remplacement de la directive 95/46/CE par le RGPD, les réglementations nationales n'ont pas perdu toute utilité dès lors que le RGPD

³¹³³ Voy. aussi en 1987, la recommandation R (87) 15 du Comité des Ministres aux Etats membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987.

³¹³⁴ Amendements à la Convention n° 108 permettant l'adhésion des Communautés Européennes, adoptés le 15 mars 1999.

³¹³⁵ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, conclu à Strasbourg le 8 novembre 2001, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Ce protocole n'a pas encore été ratifié par l'ensemble des Etats membres ayant ratifié la Convention n° 108.

³¹³⁶ Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, conclu à Strasbourg le 10 mai 2018, ouvert à signature le 10 octobre 2018. Voy. aussi le rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données.

³¹³⁷ Voy. le résumé proposé sur le site du Conseil de l'Europe, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223> (consulté le 12 février 2019).

laisse, sur certaines questions, une marge de manœuvre parfois importante aux Etats membres. Cependant, avant l'adoption de ces textes, plusieurs projets et propositions ont été déposés, à la Chambre des représentants ou au Sénat, sans toutefois arriver au terme de la procédure législative (§ 2). Ces textes démontrent que la prise en compte de la protection des données à caractère personnel est bien plus ancienne que l'adoption de la première loi belge à ce sujet.

§ 1^{er}. Les projets et propositions de loi non aboutis

581. - Plusieurs tentatives vaines. La législation belge en matière de données personnelles est la concrétisation d'un processus législatif commencé vingt ans avant l'adoption du premier texte emblématique en la matière, la loi du 8 décembre 1992. Ces projets et propositions sont intéressants en ce qu'ils contiennent, à plusieurs égards, des dispositions qui se retrouvent actuellement dans les réglementations en vigueur. Il est intéressant de les analyser succinctement³¹³⁸.

Dès 1971, une première proposition de texte est déposée afin de protéger la vie privée et la personnalité³¹³⁹. Elle constate notamment que « le développement irrépessible des sciences et des techniques, et surtout l'exploitation anarchique, commerciale et totalitaire de celles-ci, ont créé et créeront, toujours davantage, les moyens [...] de porter des atteintes de plus en plus graves à la vie privée et à la personnalité de l'individu »³¹⁴⁰. L'un des chapitres de la proposition de loi vise à protéger la vie privée « contre les atteintes que peuvent lui porter les moyens modernes, électroniques ou autres, de traitement de l'information ». Il consacre en outre « le droit pour chacun d'avoir accès à tous les renseignements recueillis à son sujet », allant en outre jusqu'à créer « une juridiction spécialisée : la Chambre du contrôle de

³¹³⁸ Dès lors que cette analyse n'a pas une réelle portée juridique – sa portée étant davantage historique –, il est proposé qu'elle soit faite dans la présentation des textes juridiques nationaux applicables au droit à la protection des données à caractère personnel, et non dans les développements relatifs à la mise en œuvre du droit à l'oubli d'informations non journalistiques.

³¹³⁹ Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1970-1971, n° 706. La proposition de loi constitue un prolongement d'un article de doctrine relatif à la protection du droit à la vie privée (C. ARONSTEIN, « Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation », *J.T.*, 1971, pp. 453 à 460).

³¹⁴⁰ Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1970-1971, n° 706, p. 2. Le texte évoque en outre ce qu'il dénomme les « micro-espions » et vise des « appareillages perfectionnés et miniaturisés d'interception ».

l'électronique »³¹⁴¹. Cette proposition de loi est suivie, dix années après, par deux propositions de résolution concernant le respect de la vie privée et l'utilisation de l'informatique³¹⁴². Ces textes identiques constatent notamment les nombreux problèmes juridiques créés par les traitements de l'informatique et la nécessité d'y remédier, notamment par des instruments juridiques.

En 1976, est déposé un projet de loi relatif à la protection de certains aspects de la vie privée³¹⁴³. Un texte quasiment similaire fait l'objet d'un autre projet déposé en 1983³¹⁴⁴. Ils visent à réglementer non seulement les écoutes et prises de vues illicites, mais aussi les traitements automatisés des données à caractère personnel³¹⁴⁵. Dans ce second champ, le projet de 1983 propose plusieurs définitions intéressantes ainsi que des principes visant à encadrer la collecte, l'enregistrement et la conservation des données. Les articles 22 à 24 de ce projet organisent un droit d'accès de la personne concernée et un droit de rectification. L'article 23 va même plus loin puisqu'il permet non seulement la rectification, mais aussi l'effacement de « toute donnée à caractère personnel considérée comme inexacte ou, compte tenu du but du traitement automatisé, comme incomplète ou superflue ou dont l'enregistrement, la communication ou la conservation sont interdits ou encore qui a été conservée au-delà de la période autorisée ». Ceci renvoie à de nombreux principes désormais consacrés dans le RGPD.

En 1982, est déposée à la Chambre des représentants une proposition de loi relative à l'informatique et à la protection de la vie privée³¹⁴⁶. Le texte est proposé une seconde fois, dans une version similaire, le 3 février 1986³¹⁴⁷. Il indique que « [l']informatique, c'est-à-dire la

³¹⁴¹ Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1970-1971, n° 706, p. 6 et 7. Voy. aussi les articles 10 et s. de la proposition de loi.

³¹⁴² Proposition de résolution du 3 mars 1982 concernant le respect de la vie privée et l'utilisation de l'informatique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 181 ; proposition de résolution du 20 mai 1981 concernant le respect de la vie privée et l'utilisation de l'informatique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1980-1981, n° 853. Ces deux textes sont accompagnés, en annexe, du protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant loi uniforme d'application de l'article 8 de la Convention protégeant la vie privée contre l'usage et les dangers de l'informatique et des banques de données.

³¹⁴³ Projet de loi du 8 avril 1976 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1975-1976, n° 846.

³¹⁴⁴ Projet de loi du 10 novembre 1983 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1983-1984, n° 778.

³¹⁴⁵ Dans le projet de 1976, il est fait mention plus simplement des « banques de données ».

³¹⁴⁶ Proposition de loi du 30 mars 1982 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 232.

³¹⁴⁷ Proposition de loi du 3 février 1986 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 274. Voy. aussi l'avis du Conseil d'Etat rendu le 14 janvier 1987 (avis 17.166 du 14 janvier 1987 de la section de législation du Conseil d'Etat sur une proposition de loi relative à l'informatique et à la protection de la vie privée (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 274/2). Le Conseil d'Etat a joint l'examen de cette proposition et l'examen d'un autre projet de loi en la matière (projet de loi du 17 juillet 1985

technique du traitement automatique de l'information, s'inscrit incontestablement dans [un] courant de développement effréné. [...] En tant que techniques, les ordinateurs, banques de données et télécommunications ne sont que des prolongements ingénieux qui engendrent une multiplication exponentielle des facultés humaines, tant intellectuelles que physiques. En tant qu'instruments, leur valeur dépend exclusivement de l'usage qu'on en fait. C'est ce qui explique les grands espoirs et la profonde inquiétude qu'ils suscitent. Beaucoup de fichiers de données peuvent en effet représenter une violation de la vie privée ». La proposition tend à permettre le développement de l'informatique tout en garantissant la protection de la vie privée des individus « contre l'abus qui pourrait être fait de données à caractère individuel ». Outre le fait que la proposition de loi évoque plusieurs définitions intéressantes³¹⁴⁸, elle exige qu'une protection soit assurée au moment de la collecte, de l'enregistrement, du traitement et de la communication de ces données. Ainsi, « aucun traitement de données ne peut porter atteinte à la vie privée, à la liberté ni aux droits de personnes ». Pour ce faire, plusieurs droits sont consacrés, la plupart ayant depuis été repris dans les textes actuellement en vigueur : droit à l'information, droit à « la rectification de toute donnée imprécise, incomplète ou inexacte », droit d'« obtenir l'effacement des données qui n'ont pas été recueillies suivant les règles prescrites », droit d'« obtenir l'effacement des données qui ne sont pas nécessaires compte tenu de l'objet du fichier », droit d'« obtenir l'effacement des données lorsque le but en vue duquel elles ont été enregistrées a déjà été atteint », et le droit « d'obtenir la communication à des tiers de la rectification ou de l'effacement des données ». L'on peut notamment constater que le droit à l'effacement est consacré largement, faisant inévitablement – déjà – écho au droit à l'oubli d'informations et aux débats entourant l'introduction des droits à l'effacement et à l'oubli dans le RGPD.

relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1330).

³¹⁴⁸ Voy. l'article 2 de la proposition de loi du 30 mars 1982 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 232, pp. 4 et 5. Les « données à caractère personnel » sont définies comme « l'information qui, sous quelque forme que ce soit, permet, directement ou indirectement, d'identifier la personne physique à laquelle elle se rapporte ». Le « traitement » s'entend de « tout acte relatif à la collecte, à l'enregistrement, au stockage, à la modification ou à la suppression de données à caractère personnel, ainsi que toute utilisation de fichiers ou de banques de données, notamment les interconnexions, les rapprochements, les consultations ou les communications de données à caractère personnel ». Enfin, l'« intéressé » est « toute personne physique qui figure dans une banque de données ou au sujet de laquelle des données sont traitées par celle-ci ».

D'autres propositions et projets peuvent encore être cités. La proposition du 26 mai 1982 relative à la création et à l'utilisation de banques de données par les organismes publics³¹⁴⁹ vise à protéger la vie privée et l'identité tant des personnes physiques que morales face aux organismes publics qui accumulent des données nominatives. En 1985, le Ministre Jean Gol dépose plusieurs textes. Un premier projet de loi porte sur la protection de la vie privée à l'égard des écoutes et des prises de vues³¹⁵⁰. Il se contente, toutefois, de reprendre certaines dispositions d'un des projets de loi précités relatifs à la protection de certains aspects de la vie privée³¹⁵¹. Son second projet, déposé le 17 juillet 1985, concerne le projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel³¹⁵². Ce projet reproduit, à nouveau, des dispositions consacrées dans un projet de loi précité³¹⁵³. En 1989, une proposition de loi est déposée dans le but de protéger la vie privée de l'individu à l'égard des banques de données³¹⁵⁴. Ce projet « a pour but de fournir une protection contre les atteintes à la vie privée lors du stockage, du traitement des données de nature personnelle par les banques de données et de la transmission desdites données par celles-ci ». La proposition vise à garantir des droits à la personne visée par le traitement de données, partant d'un principe transversal que « [l]e stockage, le traitement et la transmission des données de nature personnelle ne peuvent porter atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes physiques et morales » (article 4, § 1^{er}, de la proposition)³¹⁵⁵. Outre l'obligation d'information et le droit d'accès aux données traitées, la personne dispose du droit de « faire compléter ou corriger ces données », d'en « interdire l'utilisation » lorsqu'elles sont erronées ou incomplètes, voire requérir leur effacement « si elles ont été obtenues illicitement ou ne répondent pas aux objectifs de la banque de données qui les a collectées » (article 5 de la proposition).

³¹⁴⁹ Proposition de loi du 26 mai 1982 relative à la création et à l'utilisation de banques de données par les organismes publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 298. La proposition de loi définit elle-aussi plusieurs termes intéressants, et notamment la donnée nominative. Cette dernière concerne « toute donnée qui contient le nom, la raison sociale, la dénomination, le numéro personnel ou toute autre indication susceptible d'identifier, directement ou indirectement, la personne physique ou morale au sujet de laquelle une donnée figure dans la banque de données » (article 1^{er}, § 2, de la proposition de loi).

³¹⁵⁰ Projet du 30 mai 1985 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des écoutes et des prises de vues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1227.

³¹⁵¹ Il s'agit du projet suivant : projet de loi du 10 novembre 1983 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1983-1984, n° 778.

³¹⁵² Projet de loi du 17 juillet 1985 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1330. Sur ce projet, voy. le commentaire suivant : J. BERLEUR, Y. POULLET, « Le droit à la vie privée selon le projet Gol », *J.T.*, 1982, pp. 769 à 771.

³¹⁵³ Il s'agit du projet suivant : projet de loi du 10 novembre 1983 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1983-1984, n° 778.

³¹⁵⁴ Proposition de loi du 16 juin 1989 protégeant la vie privée de l'individu à l'égard des banques de données, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1988-1989, n° 734.

³¹⁵⁵ Voy. en outre les définitions proposées à l'article 2 de la proposition de loi. Une donnée de nature personnelle est « toute donnée permettant l'identification directe ou indirecte de la personne ».

§ 2. Les textes législatifs adoptés

582. - La loi du 17 juin 1991 et les autres textes législatifs adoptés. La première loi relative à la protection des données à caractère personnel date du 17 juin 1991 et est relative à l'approbation de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981³¹⁵⁶.

Il faut attendre le dépôt d'un projet de loi en 1991³¹⁵⁷ pour que les discussions aboutissent à l'adoption de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel³¹⁵⁸. La loi de 1992 subit de profondes modifications en 1998 afin de transposer la directive 95/46/CE dans l'ordre juridique belge³¹⁵⁹. La loi du 8 décembre 1992 est cependant abrogée suite à l'entrée en application du RGPD. L'abrogation a été opérée par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel³¹⁶⁰.

§ 3. La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat

583. - Quand la section de législation du Conseil d'Etat reconnaît le droit à l'oubli. Plusieurs textes visant la protection des données à caractère personnel, de nature législative ou

³¹⁵⁶ Loi du 17 juin 1991 portant approbation de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981, *M.B.*, 30 décembre 1993, p. 29023. Il s'agit de la première loi générale dès lors qu'une loi sur le registre national existant déjà depuis quelques années (loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984, p. 5247).

³¹⁵⁷ Projet de loi du 6 mai 1991 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1990-1991, n° 1610.

³¹⁵⁸ 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, p. 5801. Pour un commentaire de cette loi, voy. M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, pp. 369 à 388.

³¹⁵⁹ 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, p. 3049. Voy. aussi la loi du 5 septembre 2018 instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *M.B.*, 10 septembre 2018, p. 69589.

³¹⁶⁰ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616. Sur cette loi, voy. *infra/supra*.

réglementaire, ont été soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, cette dernière reconnaissant l'existence d'un droit à l'oubli.

Plusieurs textes soumis au Conseil d'Etat souhaitent permettre à des instances d'accéder aux données ainsi qu'à leur historique, le tout étant repris dans le registre national. Les avis de la section de législation vont tous dans le même sens³¹⁶¹ : un tel accès à l'historique des données doit être limité aux nécessités découlant des missions propres de l'organisme souhaitant cet accès. Une telle précision doit figurer dans le texte afin d'être conforme à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, cette loi ayant depuis été abrogée et remplacée par le RGPD et la loi du 30 juillet 2018. L'une des dispositions de la loi de 1992 interdit tout traitement pour des données inadéquates, dénuées de pertinence ou excessives. Or, permettre un accès à un historique de données entre potentiellement dans une telle interdiction dès lors que la finalité du traitement n'est pas clairement indiquée. La section de législation du Conseil d'Etat constate que cette disposition de la loi belge s'assimile à un droit à l'oubli. Elle indique que « [c]e “droit à l'oubli” est garanti par l'article 5, e), de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel »³¹⁶².

Section 3. La distinction entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la vie privée

³¹⁶¹ Avis 24.943 du 22 janvier 1997 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisation l'accès de l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées aux informations du Registre national des personnes physiques ; avis 24.942 du 28 octobre 1996 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisation l'accès du Fonds bruxellois francophone pour l'intégration sociale et professionnelles des personnes handicapées au Registre national des personnes physiques ; avis 24.522 du 11 décembre 1995 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 18 avril 1990 autorisant certaines autorités du Ministère de la Justice à accéder au Registre national des personnes physiques ; avis 23.730 du 10 mai 1995 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisation la Compagnie intercommunale bruxelloise des eaux à accéder au Registre national des personnes physiques. Voy., dans le même sens, encore deux avis : avis 30.088 du 21 juin 2000 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal portant exécution de la loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central ; avis 26.198 du 2 février 1998 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 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 des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

³¹⁶² L'article 5, e), de la Convention n° 108 indique que « [l]es données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont : [...] conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ». Sur cette disposition, voy. *infra*.

584. - Le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles : une confusion possible. Dès lors que le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la vie privée ont été définis³¹⁶³, il importe de mettre en exergue ce qui distingue ces deux prérogatives juridiques.

Tant dans le langage courant que dans des contributions juridiques, la tendance est à la confusion, partielle voire totale, de ces deux notions. Comme l'écrit Christopher Docksey, « [t]he roots of data protection lie in the right to privacy, indeed data protection is often referred to as “digital privacy”, and the reality is that data protection is the natural protector of privacy in the information society »³¹⁶⁴. En fait, l'on constate que les fondements de ces deux prérogatives juridiques peuvent apparaître comme distincts dans certains textes – essentiellement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne –, sans que les réalités qu'ils consacrent concrètement ne soient véritablement différentes. Le droit à la vie privée permet de protéger certaines dimensions du droit à la protection des données personnelles, et vice versa³¹⁶⁵ : « [l]es “champs d'application” des régimes de protection de la vie privée et de protection des données se recoupent partiellement mais sont des outils différents visant à garantir les conditions essentielles à l'épanouissement de l'autonomie réflexive des individus »³¹⁶⁶.

585. - Distinguer le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles : des éléments de différenciation concrets ? Cela étant, bien qu'il existe de nombreux liens entre le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel, ces deux concepts ne se recouvrent pas totalement³¹⁶⁷. Le texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le confirme explicitement en consacrant son article 7 à la protection de la vie privée et son article 8 à la protection des données à caractère

³¹⁶³ Voy. *supra*.

³¹⁶⁴ C. DOCKSEY, « Articles 7 and 8 of the EU Charter: two distinct fundamental rights », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 71.

³¹⁶⁵ Sur ce sujet, voy. *infra*.

³¹⁶⁶ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 210. La différence entre ces outils permet, en outre, de justifier la distinction faite dans la présente thèse, les deux droits à l'oubli étant consacrés respectivement par le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel.

³¹⁶⁷ L. CADIET, « L'*open data* des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, pp. 33 et 34, n° 44.

personnel³¹⁶⁸. Il y a là sans doute une insertion stratégique de la part de l'Union européenne en vue de concentrer le contentieux relatif aux données à caractère personnel sur une disposition de la Charte³¹⁶⁹, la stratégie n'étant pas tout à fait atteinte quand on voit les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne qui mélangent les deux dispositions. Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, elle ne consacre pas explicitement la protection des données à caractère personnel ; la jurisprudence de la Cour, dans son interprétation extensive de l'article 8, inclut toutefois dans cette disposition la protection de ces données³¹⁷⁰.

Plusieurs différences entre ces deux droits peuvent être mises en exergue.

Premièrement, le champ d'application de la protection accordée à la vie privée et de celui dévolu aux données à caractère personnel sont différents. Tout ce qui concerne la vie privée n'entre pas toujours dans le cadre des données personnelles, et vice versa³¹⁷¹. Ainsi, d'un côté, « privacy is broader than data protection because it covers many other dimensions in addition to personal information » ; de l'autre, « data protection is broader than privacy because it covers all processing of information relating to identified persons or identifiable persons »³¹⁷². Ces deux notions s'interprètent largement³¹⁷³. Cela étant, sous certains aspects, le champ

³¹⁶⁸ Outre ces deux dispositions de la Charte, ces deux droits fondamentaux sont consacrés par d'autres dispositions internationales, européennes et nationales. L'objectif des développements proposés ici n'est pas de passer en revue ces fondements législatifs, mais seulement de mettre en lumière la distinction entre la protection du droit à la vie privée et la protection du droit aux données à caractère personnel.

³¹⁶⁹ Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 8. Dans cet avis, le Groupe de travail indique que la Charte « consacre la protection des données à caractère personnel dans son article 8 comme un droit autonome, séparé et différent du respect de la vie privée visé à l'article 7 de ladite charte, comme c'est d'ailleurs le cas au niveau national de certains Etats membres ».

³¹⁷⁰ Parmi d'autres, P. DE HERT, S. GUTWIRTH, « Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg : Constitutionalisation in Action », *op. cit.*, pp. 18 à 20 ; L. TASSONE, « La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 53 à 70.

³¹⁷¹ En ce sens, voy. E. DERIEUX, « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, p. 21 (« [s]usceptible de se recouper, informations relatives à la vie privée et données personnelles peuvent, sur certains points, être distinctes. Du fait de leur numérisation, toutes les informations sur la vie privée deviennent des données personnelles. Mais toutes les données personnelles ne concernent pas la vie privée »).

³¹⁷² C. DOCKSEY, « Articles 7 and 8 of the EU Charter: two distinct fundamental rights », *op. cit.*, pp. 82 et 83.

³¹⁷³ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme l'a affirmé à plusieurs reprises (voy. par exemple, Cour eur. D.H., 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95, § 65). Voy. aussi, P. DE HERT, S. GUTWIRTH, « Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg : Constitutionalisation in Action », in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (éd.), *Reinventing Data Protection ?*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 15 à 29. Pour ce qui concerne les données personnelles, la définition de cette notion donnée par la directive 95/46/CE et par le RGPD impose aussi une interprétation large. Le recours à l'expression « toute information » en est un exemple. A ce propos, voy. Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 6.

d'application du droit à la vie privée est effectivement plus large. A titre d'exemple, les personnes morales bénéficient désormais de la protection accordée par l'article 7, mais non de celle proposée par l'article 8 de la Charte³¹⁷⁴. Sous d'autres aspects, le terrain de jeu des données personnelles est plus vaste, et va « au-delà de la protection du concept général du droit au respect de la vie privée et familiale »³¹⁷⁵.

Deuxièmement, le rapport à la vérité est différent. La protection des données à caractère personnel ne s'enquiert pas de savoir si l'information est vraie ou fausse : « [e]n réalité, les règles de protection de données envisagent déjà que des informations puissent être incorrectes et prévoient pour la personne concernée le droit d'accéder à ces informations et de les contester par des voies de recours adéquates »³¹⁷⁶. En revanche, comme l'écrit Koen Lemmens, il n'y a potentiellement violation de la vie privée que lorsque « les faits divulgués [sont] vrais. On ne peut, en principe, violer la vie privée d'une personne en diffusant de fausses informations la concernant. Or, on ne peut non plus justifier une intrusion dans la vie privée en prouvant que

³¹⁷⁴ Voy. T.U.E. (ord.), 11 mars 2013, T-462/12, *Pilkington Group Ltd c. Commission européenne*, § 44 (« il peut en effet être nécessaire d'interdire la divulgation de certaines informations qualifiées de confidentielles, afin de préserver le droit fondamental d'une entreprise au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et à l'article 7 de la charte, étant précisé que la notion de "vie privée" ne doit pas être interprétée comme excluant l'activité commerciale d'une personne morale ») ; C.J.U.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA c. Etat belge*, § 48 (« [p]armi les droits fondamentaux susceptibles d'être ainsi protégés figure le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et est réaffirmé à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]. Il ressort, à cet égard, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doive être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales [...], activités qui peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public »). Voy., pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, parmi d'autres, Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. 44647/98, § 57 ; Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, req. 37971/97, § 41 (« [d]ans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels »). En doctrine, voy. notamment R. PIERRE, « Les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européennes », *J.D.E.*, 2016, pp. 46 à 51 ; M. TELLER, « Les droits de l'homme de l'entreprise », in L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (coord.), *Droits économiques et droit de l'homme*, coll. Droit – Economie – International, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 257 à 267 ; A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », in D. DACHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 131 à 133, n° 168 à 170.

³¹⁷⁵ Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, pp. 7 et 8. Cet avis souligne encore que « [l']expression "données à caractère personnel" englobe les informations touchant à la vie privée et familiale d'une personne physique, stricto sensu, mais également les informations relatives à ses activités, quelles qu'elles soient, tout comme celles concernant ses relations de travail ainsi que son comportement économique ou social. Il s'agit d'informations concernant des personnes physiques, indépendamment de leur situation ou qualité (en tant que consommateurs, patients, employés, clients, etc.) » (p. 7). Voy. aussi L. CADIET, « L'open data des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *op. cit.*, p. 34, n° 44.

³¹⁷⁶ Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 7.

les faits sont vrais : l'*exceptio veritatis* ne s'applique pas »³¹⁷⁷. Une telle affirmation paraît toutefois trop radicale. En effet, de fausses révélations peuvent parfaitement impacter la vie privée d'une personne³¹⁷⁸.

Troisièmement, la nature des textes qui protègent ces deux droits est différente. Le droit à la vie privée et le droit relatif aux données personnelles sont consacrés dans des textes internationaux et nationaux. En effet, plusieurs textes ne mentionnent pas la protection des données personnelles et l'incluent souvent dans la protection large conférée à la vie privée. Il est intéressant de souligner aussi que le droit à la protection des données à caractère personnel fait l'objet de nombreux développements dans des textes non pas primaires – pour reprendre la distinction européenne – mais bien de droit dérivé. Ainsi, à l'échelle européenne, certes le droit est inscrit clairement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais un véritable régime a été développé par les instances européennes à travers l'adoption d'une directive principale (et de nombreuses directives connexes), remplacée ensuite par un règlement européen (et d'autres textes connexes). A l'échelle nationale, il existe des lois particulières visant à protéger les données à caractère personnel – malgré l'existence d'un règlement³¹⁷⁹ –. En outre, quelques constitutions nationales ont inscrit ce droit dans leur liste des droits fondamentaux, tel n'est cependant pas le cas de la Belgique. *A contrario*, le régime particulier de la protection de la vie privée s'est davantage développé par la jurisprudence qui a balisé tant la notion de vie privée que sa mise en œuvre dans le cadre notamment de conflits avec d'autres droits fondamentaux³¹⁸⁰. Cela étant, la vie privée fait aussi l'objet de consécutions dans des textes constitutionnels ou conventionnels « primaires ».

³¹⁷⁷ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 215. Le raisonnement est ici tenu pour distinguer la vie privée de la protection de l'honneur. Il semble cependant pouvoir être tenu, dans des considérations similaires, pour distinguer vie privée et données à caractère personnel.

³¹⁷⁸ Tel est par exemple le cas de prétendues révélations faites par un journaliste et relatives à une prétendue liaison homosexuelle entre l'actuel Roi des Belges, Philippe, et un philosophe. Les faits s'avèrent être faux. Pourtant, on peut parfaitement considérer qu'il existe, dans le chef du monarque belge, une atteinte à sa vie privée. Sur cette affaire, voy. Conseil de déontologie journalistique, 12 décembre 2012, plainte 12-40, *Palais Royal c. F. Deborsu*. La décision retient notamment l'atteinte à la vie privée pour ces insinuations.

³¹⁷⁹ Le règlement ayant un effet direct, nul besoin de le transposer dans des lois nationales. Pourtant, à plusieurs égards, le règlement n'est pas complet et requiert, de la part des Etats membres, des dispositions complémentaires. Voy. *infra*, pour ce qui concerne la réglementation en matière de données à caractère personnel.

³¹⁸⁰ Pour ce qui concerne le conflit entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression, voy. par exemple les arrêts *Axel Springer c. Allemagne* (Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08) et *von Hannover c. Allemagne* (n° 2) (Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08, *J.L.M.B.*, 2012/17, p. 776, note E. CRUYSMANS, « Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression : le deuxième arrêt von Hannover tourne en défaveur de Caroline de Monaco ») qui ont systématisé l'examen par la Cour d'un tel conflit en s'appuyant sur une série de critères.

Une quatrième différence peut être rapidement mise en lumière : il s'agit de l'existence d'autorités indépendantes en charge de vérifier, pour le dire simplement, la bonne application de la réglementation en matière de données à caractère personnel³¹⁸¹. De telles institutions dévolues sont inexistantes en ce qui concerne le droit à la vie privée. Elles jouent pourtant un rôle fondamental : « [d]ata protection authorities have the power to investigate violations. They play a major role in remedying data protection violations, often acting as the first point of contact for victims of such violations »³¹⁸². La Cour de justice de l'Union européenne a elle-même reconnu l'importance capitale de ces autorités³¹⁸³. L'on constate paradoxalement que, malgré leur existence, elles restent peu connues du grand public, tout comme plus largement, la réglementation en matière de données à caractère personnel demeure souvent nébuleuse voire inconnue pour un public plus ou moins averti.

Christopher Docksey ajoute une distinction entre les deux droits fondamentaux relative à la nature des ingérences et les justifications que ces dernières peuvent recevoir sous l'angle de l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³¹⁸⁴. En apparence, les dispositions semblent identiques, leur fonctionnement l'étant *a priori* aussi. Pourtant, l'auteur avance que « the application of Article 52 is more nuanced with regard to Article 8 Charter. Unlike the right of privacy, the processing of personal data does not constitute *per se* an interference with the right of data protection »³¹⁸⁵. L'argument paraît peu convaincant et présente *a priori* peu de conséquences concrètes dans l'application de ces droits. Cela étant, le régime des ingérences du droit à la protection des données à caractère personnel présente quelques caractéristiques propres, développées notamment dans la directive 95/46/CE, et reprises depuis par le RGPD.

586. - Distinguer le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel : une fausse bonne idée. Certains auteurs mettent en garde contre la tendance qui voudrait scinder totalement ces deux droits ainsi que leur champ d'application respectif.

³¹⁸¹ Cette quatrième différence peut cependant être atténuée. Compte tenu de la confusion existante entre vie privée et protection des données à caractère personnel, ces autorités ont *de facto* aussi un impact sur le droit à la vie privée.

³¹⁸² C. DOCKSEY, « Articles 7 and 8 of the EU Charter: two distinct fundamental rights », *op. cit.*, p. 85.

³¹⁸³ Voy. entre autres, C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-288/12, *Commission c. Hongrie* ; C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland* ; C.J.U.E. (gde ch.), 16 octobre 2012, C-614/10, *Commission c. Autriche* ; C.J.U.E. (gde ch.), 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*.

³¹⁸⁴ C. DOCKSEY, « Articles 7 and 8 of the EU Charter: two distinct fundamental rights », *op. cit.*, p. 87.

³¹⁸⁵ *Ibidem*.

Pour Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, l'autonomisation totale de ces deux prérogatives risque *in fine* « d'atténuer le lien essentiel existant entre le respect de la vie privée et la protection des données et de détacher ainsi la protection des données des valeurs fondamentales de dignité humaine et d'autonomie individuelle, valeurs fondatrices du concept de respect de la vie privée, dans lesquelles les régimes de protection des données trouvent leurs racines »³¹⁸⁶. Autrement dit, ils soulignent le fait que ces deux droits ont – et doivent garder – les mêmes racines juridiques, celles-ci devant être trouvées dans les principes d'autonomie et de dignité humaine. On le verra ci-après, la Cour constitutionnelle fédérale allemande ne dit rien d'autre lorsqu'elle consacre le droit à l'autodétermination informationnelle (voy. *infra*). Pour les auteurs précités, une distinction nette de ces prérogatives risque d'aboutir à faire du droit des données à caractère personnel une prérogative détachée de toute humanité. *In fine*, ils craignent que cela puisse permettre une marchandisation des données à caractère personnel, celle-ci découlant d'une conception – d'ores et déjà existante – visant à asseoir sur les données personnels un droit subjectif de propriété (voy. *infra*). Certes, une telle marchandisation s'inscrit dans un principe d'autonomie individuelle – l'idée que tout individu fait ce que bon lui semble avec ses propres données – mais s'écarte du principe de dignité humaine. A leurs yeux, une telle marchandisation est à mille lieues des valeurs initiales sous-tendant le droit de la protection des données personnelles, ces valeurs étant identiques à celles fondant la protection du droit à la vie privée.

587. - Distinguer le droit à la protection de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles : une jurisprudence hésitante. Dans le cadre de l'arrêt *Digital Rights Ireland* de la Cour de justice de l'Union européenne, les conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalon sont intéressantes en ce qu'elles distinguent les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le premier protégeant la vie privée, le second, les données à caractère personnel³¹⁸⁷. Il avance que « la “sphère du privé” constituant le noyau de la “sphère du personnel”, il ne saurait être exclu qu'une réglementation restreignant le droit à la protection des données personnelles en conformité avec l'article 8 de la Charte puisse

³¹⁸⁶ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 218.

³¹⁸⁷ Conclusions de l'Avocat général P. Cruz Villalon présentées le 12 décembre 2013, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

néanmoins être considérée comme portant une atteinte disproportionnée à l'article 7 de la Charte.

Certes, le droit à la protection des données à caractère personnel repose sur le droit fondamental au respect de la vie privée, de sorte que, comme la Cour a eu l'occasion de le souligner, les articles 7 et 8 de la Charte sont étroitement liés, au point de pouvoir être considérés comme établissant un "droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel". Il ne saurait pourtant en aller systématiquement ainsi. Le lien unissant ces deux droits dépend essentiellement de la nature des données concernées, quand bien même elles seraient toujours personnelles, c'est-à-dire se rapporteraient à la personne, à l'individu. Il est, en effet, des données qui sont personnelles en tant que telles, c'est-à-dire en ce qu'elles se rapportent à une personne individualisée ou individualisable, comme peuvent l'être celles qui, par le passé, pouvaient figurer sur un sauf-conduit, pour donner un exemple quelconque. Ce sont des données fréquemment dotées d'une certaine permanence et fréquemment aussi d'une certaine neutralité. Elles sont personnelles sans plus. Il est cependant des données qui sont en quelque sorte plus que personnelles. Ce sont les données qui, qualitativement, se rapportent essentiellement à la vie privée, au secret de la vie privée, en ce compris l'intimité. Dans ces cas, en effet, le problème soulevé par les données personnelles commence, pour ainsi dire, déjà "en amont". Le problème qui alors se pose n'est pas encore celui des garanties afférentes au traitement des données, mais, plus en amont, celui des données en tant que telles, c'est-à-dire le fait que les circonstances de la vie privée d'une personne aient pu se cristalliser sous la forme de données, données susceptibles en conséquence d'être soumises à des traitements informatiques. C'est en ce sens qu'il est possible de soutenir que, lorsque de telles données sont en cause, elles soulèvent un problème qui est essentiellement préalable à celui de leur traitement, relevant prioritairement de la vie privée garantie par l'article 7 de la Charte et seulement secondairement des garanties qui se rapportent au traitement des données personnelles visées à l'article 8 de la Charte » (§§ 61 à 66).

Chapitre 2. Une protection par le droit à la vie privée

588. - Introduction. Dans la précédente partie de cette thèse, il est soutenu que le droit à l'oubli d'informations journalistiques trouve son fondement dans les dispositions protectrices du droit à la vie privée, soit essentiellement les articles 8 de la Convention européenne des

droits de l'homme et 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est en effet l'existence d'une exception de journalisme qui semble exclure que l'on puisse, à l'égard de l'auteur ou de l'éditeur d'un article, agir sur le fondement de la réglementation relative à la protection des données personnelles. Sans revenir sur ces développements (voy. *supra*), quelques nuances seront apportées dans le cadre de l'analyse des dispositions mettant en œuvre le droit à l'oubli d'informations non journalistiques (voy. *infra*).

Il importe cependant, dans le présent chapitre, de relever que les fondements du droit à la vie privée ont aussi permis l'émergence du droit à la protection des données à caractère personnel. En effet, les textes sont peu nombreux à distinguer clairement ces deux prérogatives. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est l'un des seuls textes à établir clairement cette distinction. L'on renvoie notamment aux développements proposés préalablement (voy. *supra*) visant à départir, d'une part, le contenu du droit à la vie privée, et, d'autre part, le contenu du droit à la protection des données à caractère personnel.

Le droit à la vie privée comprend différentes facettes, apparues progressivement au fil de la jurisprudence et de la doctrine. Dans un premier temps, le droit à la vie privée correspond au *right to be left alone* défendu par Louis Brandeis et Samuel Warren en 1890. Le droit à la vie privée s'est ensuite développé au regard des interférences potentielles de l'Etat : la vie privée doit pouvoir recevoir une protection en ce compris face aux interventions potentiellement néfastes des autorités publiques. Enfin, la dernière évolution du droit à la vie privée s'inscrit dans une nécessité, pour les individus, de voir leurs informations personnelles protégées : les citoyens souhaitent être en mesure de pouvoir contrôler leurs données³¹⁸⁸. La protection de la vie privée a évolué, passant d'un outil visant à protéger contre les intrusions à un outil permettant de favoriser l'épanouissement individuel³¹⁸⁹, prenant notamment la forme de ce que l'on appelle l'autodétermination informationnelle (voy. *infra*). Cette dernière renforce la protection de la vie privée par l'attribution de prérogatives précises en vue de permettre un contrôle de données qualifiées de personnelles³¹⁹⁰. Comme l'expriment correctement Yves Pouillet et Antoinette Rouvroy, « de “défensive” contre toute ingérence de l'extérieur conçue

³¹⁸⁸ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 192.

³¹⁸⁹ Autrement dit, cette évolution s'inscrit dans le passage d'un droit de la première génération vers un droit de la deuxième génération.

³¹⁹⁰ En ce sens, voy. A. LACHAPPELLE, « Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales : état des lieux de la jurisprudence européenne (1^{ère} partie) », *R.G.F.C.P.*, 2016/9, p. 36.

comme la défense d'un "jardin clos", garant d'un minimum nécessaire à l'épanouissement de l'individu, elle devient "offensive" et se transforme en exigence de reconnaissance par l'Etat des conditions du libre épanouissement de toutes les libertés individuelles »³¹⁹¹.

L'évolution – rapidement retracée – du droit à la vie privée engendre une évolution de la distinction entre ce qui relève de la vie privée et ce qui relève de la vie publique³¹⁹². Sans revenir sur les développements d'ores et déjà proposés à ce sujet (voy. *supra*), il y a simplement lieu de mentionner que si le terme « "public" » n'a pas varié depuis un siècle, la technologie a fondamentalement modifié les implications qui en découlent [...]. La pratique est claire [...], en Europe du moins : en raison du développement des technologies de l'information, on peut porter atteinte à la sphère privée même dans un lieu public. Le sens de ce mot a changé ; le "public" se décline désormais en de multiples nuances, contribuant à rendre la distinction entre sphère publique et privée encore plus confuse »³¹⁹³.

Enfin, cette évolution oblige à concevoir le droit à la protection des données à caractère personnel comme une adaptation du droit à la vie privée s'étant par la suite autonomisée. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne traduit ce phénomène. Etant l'un des derniers textes consacrant des droits fondamentaux à avoir été rédigé, elle a pu prendre toute la mesure de cette autonomisation du droit à la protection des données à caractère personnel. En témoigne la présence de deux dispositions différentes consacrant d'une part le droit à la vie privée et familiale, et d'autre part, la protection des données à caractère personnel.

589. - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : l'article 7³¹⁹⁴. Le libellé de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est identique

³¹⁹¹ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 204. Dans le même sens, voy. Y. POULLET, J.-M. DINANT, C. DE TERWANGNE (collab.), *Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunication. L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet. Eléments de réflexion sur la Convention n° 108 destinés au travail futur du Comité consultatif (T-PD)*, Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD), Strasbourg, 18 novembre 2004, T-PD (2004), 04 final.

³¹⁹² Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, pp. 40 et 41, n° 22.

³¹⁹³ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 841.

³¹⁹⁴ Pour une analyse globale de l'article 7, voy., parmi d'autres, J. VESTED-HANSEN, « Article 7. Respect for Private and Family Life », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, pp. 153 à 182 ; S. CHOUDKY, « Article 7 (Family Life Aspects) », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, pp. 183 à 221 ; N. CARIAT, « Article 7. Respect de la vie privée et familiale », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), C. RIZCALLAH (collab.), *Charte des droits*

à celui de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, seul un mot ayant été modifié. Ainsi, il est indiqué que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Dans le texte de la Convention européenne, il est question de la correspondance, et non des communications. La modification est essentiellement cosmétique : la Charte souhaitant faire œuvre d'une modernisation – toute relative –, les communications font davantage référence aux nouveaux moyens de communications. Cela étant, une telle substitution ne paraissait pas nécessaire, dès lors que la jurisprudence européenne consacre une interprétation très large des termes repris à l'article 8, § 1^{er}, de la Convention, incluant bien évidemment tous les moyens modernes de communication. Cette reproduction quasi à l'identique fait dire que, sur cette disposition, « l'apport de la Charte est nul »³¹⁹⁵. Du reste, cette reproduction implique non seulement que l'ensemble des incertitudes laissées par le texte de la Convention – et en partie soulevées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – demeurent, mais aussi que l'absorption prévue par l'article 52, § 3, de la Charte³¹⁹⁶ est parfaitement effectuée, sans aucun apport complémentaire de la part du droit de l'Union européenne.

590. - Lorsque vie privée et données personnelles s'entrecroisent. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue l'un des fondements de la protection des données à caractère personnel (voy. *supra*). Les deux dispositions de la Charte (article 7 pour le droit à la protection du droit à la vie privée et article 8 pour le droit à la protection des données personnelles), bien que distinctes sur un plan théorique, se chevauchent, dans leur mise en pratique, « nécessairement, au moins pour partie »³¹⁹⁷.

Chapitre 3. Une protection par le droit à l'autodétermination informationnelle³¹⁹⁸

fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161 à 183.

³¹⁹⁵ F. SUDRE, « Article II-67 – Respect de la vie privée et familiale », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 111, n° 1.

³¹⁹⁶ L'article 52, § 3, de la Charte indique que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

³¹⁹⁷ F. SUDRE, « Article II-67 – Respect de la vie privée et familiale », *op. cit.*, p. 114, n° 8.

³¹⁹⁸ Sur cette notion, voy. M. ALBERS, *Informationelle Selbstbestimmung*, coll. Studium zu Staat, Recht und Verwaltung, Baden-Baden, Nomos, 2005, 674 p.

591. - Introduction. Comme évoqué préalablement (voy. *supra*), le droit à l'autodétermination informationnelle – certains évoquent le droit à l'intégrité informationnelle³¹⁹⁹ – est une prérogative qui peut constituer le fondement du droit à l'oubli d'informations non journalistiques³²⁰⁰. Ce qui est encore appelé l'« autodétermination » en matière de données personnelles³²⁰¹ n'est pas propre au domaine des données personnelles. La notion s'inscrit plus largement dans les droits de la personnalité, renvoyant au « libre développement de la personnalité »³²⁰². L'autodétermination informationnelle découle directement de l'idée de garantir l'autonomie nécessaire pour contrecarrer la pression initiée par l'utilisation moderne des informations et des données³²⁰³. En réalité, ce droit à l'autodétermination informationnelle, qui est une construction jurisprudentielle, préexiste à la réglementation moderne relative aux données à caractère personnel, certains estimant même que le premier constitue « le véritable fondement » de la deuxième³²⁰⁴. Plusieurs principes repris actuellement dans cette réglementation trouvent, au moins pour partie, un fondement dans ce droit à l'autodétermination informationnelle. Tel est le cas du principe de minimisation, des obligations et droits des responsables du traitement et des personnes concernées, des principes de finalité et de proportionnalité³²⁰⁵.

³¹⁹⁹ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 856. L'auteur renvoie à B. RUDIN, « Kollektive Gedächtnis und informationelle Integrität : Zum Datenschutz im öffentlichen Archivwesen », *PJA/AJP*, 1998, p. 249.

³²⁰⁰ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *The American Journal of Comparative Law*, 1989/37, p. 687.

³²⁰¹ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 856. La formule initiale issue d'une traduction d'un concept imaginé par la jurisprudence allemande lui paraît « critiquable sous certains aspects. Peut-être un peu pédante, elle se réfère à la notion plus volatile d'information. L'expression d'autodétermination “en matière de données personnelles” me semble à cet égard préférable ». Sur la notion d'information, voy. *supra*.

³²⁰² Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, pp. 161 et 167, et p. 204. Ces auteurs donnent encore au concept d'autodétermination le sens suivant : le fait « de permettre à cet individu de réviser ses propres conceptions de la vie bonne, par l'organisation d'un environnement suffisamment hétérogène et pluraliste pour lui fournir l'occasion d'opérer ces révisions » (p. 204). Voy. encore Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, p. 67, n° 11.

³²⁰³ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 687 ; Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, p. 56, n° 4.

³²⁰⁴ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in F. RIGAUX (dir.), *La vie privée : une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 233, n° 3 ; Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 167.

³²⁰⁵ G. HORNING, C. SCHNABEL, « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *Computer Law & Security Review*, 2009/25, p. 87.

Section 1^{ère}. Les définitions du droit à l'autodétermination informationnelle

592. - Les définitions du droit à l'autodétermination informationnelle. Pour Cécile de Terwangne « [l]e droit à l'autonomie ou à l'autodétermination informationnelle signifie la possibilité de contrôle de ses propres informations personnelles, c'est-à-dire le droit pour des individus de déterminer quelles informations les concernant peuvent être communiquées à qui et à quelles fins »³²⁰⁶. La notion centrale est celle du contrôle³²⁰⁷, de la maîtrise de ses données personnelles – ce qui va plus loin que le simple fait de pouvoir se protéger contre des éventuels abus³²⁰⁸ –. Ceci implique « d'être [préalablement] au courant de leur sort, d'être informé de qui sait quoi sur soi et pour en faire quoi »³²⁰⁹. L'exigence de contrôle se retrouve notamment dans une définition proposée par le Juge Pettiti dans le cadre d'une opinion concordante rédigée à la suite de l'arrêt *Malone c. Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme : le concept d'autodétermination informationnelle s'inscrit comme étant la « faculté de l'individu de décider dans quelles limites les données de sa vie privée pourraient être divulguées et de se protéger contre une “publicisation” croissante »³²¹⁰. Thierry Léonard et Yves Poullet évoquent « le droit de tout individu à maîtriser l'image qu'il donne de lui-même dans la société »³²¹¹. Alexandre Flückiger y voit un droit garanti pour chacun « de décider de la diffusion et de l'utilisation de ses données personnelles »³²¹², ainsi que, plus simplement, le droit dont chacun

³²⁰⁶ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 253 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », *op. cit.*, p. 28, n° 7 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLIER, R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Droit, Normes et Libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 563, n° 9.

³²⁰⁷ Voy. à ce titre plusieurs publications de la Commission européenne (disponibles sur le site www.europa.eu) : Commission européenne, *It's your data – take control*, Luxembourg, 2018 ; Commission européenne, Direction générale de la justice, *Take control of your personal data*, Luxembourg, 2012. Voy. aussi H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », *op. cit.*, p. 229, n° 08.24.

³²⁰⁸ Plateforme d'informations humanrights.ch, « L'autodétermination informationnelle : le nouveau défi des droits humains ? », disponible à l'adresse suivante, www.humanrights.ch, mis en ligne le 15 février 2017, consulté le 21 septembre 2018.

³²⁰⁹ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 253 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », *op. cit.*, p. 28, n° 7.

³²¹⁰ Cour eur. D.H. (plén.), 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. 8691/79, opinion concordante du Juge Pettiti.

³²¹¹ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, p. 233, n° 3.

³²¹² A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 837.

dispose « de se déterminer sur le sort de ses données personnelles »³²¹³. C'est encore un « moyen de garantir le droit à la liberté individuelle et plus précisément à la protection de la sphère privée »³²¹⁴. Pour Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, « c'est le fait que le contrôle par un individu de l'information et des données produites à son propos est une condition, nécessaire mais [...] non suffisante, pour lui permettre de vivre une existence ne fût-ce que partiellement "autodéterminée" »³²¹⁵. Ils ajoutent que ce droit « ne devrait pas être interprété comme suggérant que le contrôle et la manipulation d'informations et de données concernant l'individu constituent une mise en œuvre de son "autodétermination". L'information et les données ne sont pas les éléments préexistants ou constitutifs de la personnalité et de l'identité d'un individu ou du "soi" »³²¹⁶. Selon Elise Degrave et Amélie Lachapelle, le droit à l'autodétermination informationnelle est « le droit pour chacun de garder la maîtrise de ses données, en décidant lui-même des conditions d'utilisation de celles-ci ou, du moins, en ayant connaissance de l'usage qui en est fait »³²¹⁷. Pour le Conseil d'Etat français, il s'agit pour les individus « du droit de décider de la communication et de l'utilisation de leurs données à caractère personnel, dans les conditions et limites définies par le règlement »³²¹⁸.

Le droit à l'autodétermination informationnelle se définit encore comme visant à « donner à l'individu l'autonomie informationnelle et décisionnelle nécessaire à son libre épanouissement dans l'univers numérique »³²¹⁹ ou comme « la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données »³²²⁰. Il permet aux individus de se protéger « from borderless collection, storage, application and transmission of personal data. It prevents any processing of personal data that leads to an inspection of or an influence upon a

³²¹³ *Ibidem*, p. 843. L'auteur ajoute que ce droit vise à « garantir à chacun le droit de déterminer dans quelle mesure ses pensées, ses sentiments et ses émotions doivent être communiquées aux autres, au public ou seulement à ses amis ».

³²¹⁴ *Ibidem*.

³²¹⁵ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 171.

³²¹⁶ *Ibidem*, p. 170. Ils ajoutent que « l'individu, le "soi" n'est pas réductible à ses données, aux informations produites à son égard » (p. 171).

³²¹⁷ E. DEGRAVE, A. LACHAPELLE, « Le droit d'accès du contribuable à ses données à caractère personnel et la lutte contre la fraude fiscale », note sous C. const., 27 mars 2014, arrêt n° 51/2014, *R.G.C.F.* 2014, p. 325. La définition est en outre reprise dans A. LACHAPELLE « Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales : état des lieux de la jurisprudence européenne (1ère partie) », *op. cit.*, p. 36.

³²¹⁸ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 269.

³²¹⁹ C. PAUL, C. FÉRAL-SCHUL, *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, rapport d'information déposé par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique, rapport n° 3119, assemblée nationale française, 2015, p. 131.

³²²⁰ J.-P. FOEGLE, « Le Conseil d'Etat, héraut de la révolution numérique ? », *La revue des droits de l'homme*, disponible à l'adresse suivante, www.journalsopenedition.org/revdh/1038, mis en ligne le 30 décembre 2014, consulté le 10 janvier 2019.

person that is capable of destroying and individual capacity for self-governance »³²²¹. Il « procure ainsi aux individus certains pouvoirs de prendre eux-mêmes des décisions concernant la collecte, la révélation et l'utilisation de leurs données à caractère personnel et, au-delà, le pouvoir de participer aux délibérations relatives au bien-fondé des limitations imposées à leurs libertés fondamentales que de tels traitements de données peuvent représenter »³²²².

La notion de contrôle apparaît comme centrale dans le droit à l'autodétermination informationnelle. Son importance n'est toutefois pas partagée par tous : Paul Schwartz précise que « [y]et the right of informational self-determination is not intended to be a right of control over personal data. It also creates no individual property interest in this information »³²²³. Pour ce dernier auteur, le droit à l'autodétermination informationnelle a pour fonction d'obliger les autorités étatiques à mettre en œuvre des règles afin que les traitements de données à caractère personnel respectent l'autonomie individuelle. Il s'inscrit pleinement dans la mise en œuvre d'obligations positives à charge du législateur, faisant notamment écho à l'évolution qu'a connue le concept de vie privée³²²⁴. Autrement dit, ce droit « both limits certain actions and obliges other activities on the part of the State »³²²⁵.

593.- Le contenu du droit à l'autodétermination informationnelle. Le droit à l'autodétermination informationnelle permet à chacun de maîtriser ses données. Dans la pratique, ce droit se décline en une série de prérogatives distinctes : « le droit de connaître l'existence de données personnelles, de les consulter, de faire rectifier des données inexactes ou de faire radier ses propres données, le droit de spécifier le but de l'utilisation des données récoltées, le droit de s'opposer à leur traitement, le droit à la transparence de la collecte (caractère reconnaissable de celle-ci et devoir d'information), le droit de ne pas exporter ses données vers des pays moins protecteurs, le droit à la sécurité des données [...], le droit à l'anonymat, en particulier celui d'aller et venir anonymement, le droit à l'oubli, le droit d'exiger un cadre et des moyens techniques permettant à chacun d'exercer effectivement des choix

³²²¹ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 690.

³²²² Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 181.

³²²³ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 690.

³²²⁴ Ce dernier est passé d'un concept impliquant que les autorités étatiques ne portent pas restriction au droit à la vie privée à un concept obligeant les législateurs à prendre des dispositions afin d'assurer une pleine et entière protection dudit droit (à ce propos, voy. *supra*).

³²²⁵ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 690.

éclairés : architecture informatique conçue pour améliorer le pouvoir de contrôle (*privacy enhancing technologies*), protection intégrée de la vie privée (*privacy by design*), dépôts de données personnelles (*personal data store*), de même que le droit de disposer librement de ses données à sa mort (droit successoral numérique) »³²²⁶.

Cette énumération faite avant le RGPD reprend concrètement des droits, principes et obligations, consacrés désormais dans ce texte³²²⁷. Elle vient en outre corroborer l'analyse proposée du droit à l'oubli consacré comme un unique droit mais qui, pour sa mise en œuvre, requiert l'application de – nombreuses – autres prérogatives d'ores et déjà consacrées dans la réglementation. Difficile *in fine* de ne pas voir les similitudes importantes, voire l'assimilation, du droit à l'autodétermination informationnelle et du droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Pourtant, l'énumération laisse présager que le droit à l'autodétermination informationnelle est plus large que le droit à l'oubli, ce dernier étant repris dans la liste. Toutefois, dans ce recensement, le droit à l'oubli doit être entendu comme un droit à l'effacement, celui-ci n'étant pas repris.

Dès lors qu'un droit est défini par une liste de ses composantes, des critiques évoquent les difficultés de déterminer précisément les contours de la prérogative. Tel est le cas pour le droit à l'autodétermination informationnelle : ces réticences évoquent notamment le fait que l'énumération « n'offre en effet aucun standard pour juger des informations qui devraient ou non transparaître d'une personne »³²²⁸. Une critique identique est dirigée contre la définition du droit à la vie privée, pointant les difficultés à en déterminer les contours exacts et à le mettre concrètement en œuvre (voy. *supra*). L'imprécision que l'on reproche à ces définitions est cependant inhérente aux concepts définis : des prérogatives qui ne peuvent être figées et qui doivent pouvoir évoluer compte tenu des technologies, des évolutions sociétales ainsi que des besoins des sociétés démocratiques et des individus qui les composent.

³²²⁶ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 852 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », *op. cit.*, pp. 566 à 568, n° 10 à 14.

³²²⁷ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 266.

³²²⁸ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 855.

Section 2. Les fondements et les consécration du droit à l'autodétermination informationnelle

§ 1^{er}. La consécration jurisprudentielle allemande : la *Census decision*

594. - L'arrêt fondateur de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : la consécration du droit à l'autodétermination informationnelle. Le concept de droit à l'autodétermination informationnelle émane de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans un arrêt rendu en 1983³²²⁹ sous l'appellation *Recht auf informationelles Selbstbestimmung*³²³⁰. Cela étant, des prémices de ce concept se retrouvent déjà dans des décisions issues de la tradition juridique du *common law*. Samuel Warren et Louis Brandeis, dans leur article relatif au *Right to Privacy*, soulignent que « [t]he common law secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extend his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others »³²³¹. Les auteurs se réfèrent à une décision de 1769 qui indique que « [i]t is certain every man has a right to keep his own sentiments, if he pleases. He has certainly a right to judge whether he will make them public, or commit them only to the sight of his friends »³²³². Il est fait mention essentiellement des sentiments et émotions, ce qui fait écho aux préoccupations de l'époque et ne s'apparente pas aux données personnelles telles qu'elles apparaissent aujourd'hui. L'un des principes élémentaires du droit à la protection des données est néanmoins d'ores et déjà posé : le contrôle sur ses données (émotions, sentiments ou autres) est l'élément clé. Celui-ci est d'ailleurs repris dans une définition de la *privacy* initiée par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis : il s'agit de l'« individual's control of information concerning his or her person »³²³³.

³²²⁹ Pour Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, il s'agit de « la première et la plus célèbre assertion du “droit à l'autodétermination informationnelle” » (Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 159).

³²³⁰ Sur ce droit et cet arrêt, voy. encore E. MARIA BELSER, « Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz : Missbrauchsschutz oder Schutz der informationellen Selbstbestimmung ? », in A. EPINEY, T. FASNACHT, G. BLASER, (dir.), *Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Instruments de mise en œuvre du droit à l'autodétermination informationnelle*, Bâle, Schulthess, 2013, pp. 19 à 45.

³²³¹ S. WARREN, L. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *op. cit.*, p. 198.

³²³² J. YATES, in *Millar c. Taylor*, 4 Burr. 2303, 2378 (1769), citée par S. WARREN, L. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *op. cit.*, p. 198, note 2.

³²³³ *United States Department of Justice v. Reporters Comm. For Freedom of the Press*, 789 US. 749, 763 (1989), cité par A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 844. La doctrine américaine partage cette définition fondée sur le contrôle.

La décision allemande dont il est question ci-avant porte sur une réglementation ouest-allemande visant à procéder à un recensement de la population³²³⁴. Cette démarche implique que soit révélée une série d'informations sur les personnes recensées, et notamment leur profession, leur lieu d'habitation et leur lieu de travail. D'autres questions portent sur la religion, les moyens de transport utilisés pour effectuer le trajet domicile-lieu de travail ou domicile-école, les sources principales de revenu, etc. Le texte allemand comprend en outre plusieurs dispositions visant à organiser la collecte de ces informations ainsi que leur transmission afin qu'elles puissent *in fine* être correctement exploitées. Au total, 160 questions sont posées afin que les données, récoltées par 600 000 collecteurs, puissent par la suite être analysées et comparées avec le registre de la population.

Alors que les débats parlementaires sont minimes, la question de la protection de la vie privée et des données personnelles n'ayant même pas été soulevée³²³⁵, la loi adoptée se heurte à de très nombreuses critiques, allant jusqu'à appeler au boycott dudit recensement³²³⁶. Le mouvement dénonce ce qui est appelé la « computarisation » générale et s'oppose frontalement aux autorités publiques³²³⁷. Dans ce contexte, la loi fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (la *Bundesverfassungsgericht*). Le recours concerne bien évidemment la loi, mais met plus largement en garde contre les risques engendrés par les traitements des données rendus possibles et facilités par les techniques et technologies. La Cour déclare la loi partiellement inconstitutionnelle et annule, certes temporairement, le recensement. Elle requiert de la part des autorités que des garanties soient ajoutées au texte afin que les droits fondamentaux, et en première ligne la vie privée et les données à caractère personnel, soit respectés. Compte tenu de cet arrêt, une nouvelle loi est adoptée en 1985 afin d'organiser ledit recensement en 1987³²³⁸. Cette loi fait, elle-aussi, l'objet d'un recours devant la Cour. Ayant tiré les leçons de l'annulation partielle du texte initial, le législateur allemand voit son nouveau texte passer avec succès le contrôle de constitutionnalité.

³²³⁴ Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs-, und Arbeitsstättenzählung, *Bundesgesetzblatt*, 1982, I, p. 369.

³²³⁵ Seules des considérations financières liées à la tenue de ce recensement sont soulevées.

³²³⁶ P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 688. L'auteur indique que « [t]he projected inquiry had become a symbol for the dangers of data gathering and processing » (p. 689).

³²³⁷ G. HORNUNG, C. SCHNABEL, « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *op. cit.*, p. 85.

³²³⁸ *Ibidem*.

595. - Le droit à l'autodétermination informationnelle et le droit à la protection des données à caractère personnel. L'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 15 décembre 1983, appelé *Census decision*, consacre le droit à l'autodétermination informationnelle entendu comme « le pouvoir de l'individu de décider lui-même sur base du concept d'autodétermination, quand et dans quelle mesure une information relevant de sa vie privée peut être communiquée »³²³⁹. Ce droit constitue le pilier juridique de la protection légale des données à caractère personnel en Allemagne³²⁴⁰, voire même en Europe. On ne peut cependant assimiler totalement le droit à la protection des données et l'autodétermination.

Paul Schwartz, dans son analyse du droit à l'autodétermination informationnelle, propose un intéressant parallèle avec l'arrêt *Lebach* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande datant de 1999³²⁴¹. En effet, il constate en se basant sur la décision *Census* que le rôle du pouvoir judiciaire est fondamental dans l'équilibre à trouver entre le traitement de données personnelles et l'autodétermination informationnelle. Une fois encore, la technique de la balance des intérêts est mise en œuvre, celle-là même qui avait été suggérée et appliquée dans le cadre de l'affaire *Lebach*. Dans cette dernière, le droit à la vie privée, et la possibilité d'une réinsertion au sein de la société d'un ancien détenu, se heurtent au droit à la liberté d'expression et aux informations d'intérêt général qui sont diffusées. Pour Paul Schwartz, l'arrêt *Lebach* peut laisser présager le développement du droit à l'autodétermination informationnelle. Dans la décision *Census*, la haute juridiction allemande met en balance l'autonomie individuelle d'une part, et la possibilité de traiter des données à caractère personnelle, de l'autre³²⁴².

³²³⁹ Dans le même sens, voy. une décision de la Cour constitutionnelle hongroise : Cour const. Hongr., 9 avril 1991, n° 15/1991 (citée par L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 246, note 73). L'arrêt indique que le droit à la protection des données à caractère personnel implique « le droit de prendre une décision sur la communication et l'utilisation des données personnelles » et « le contrôle de l'utilisation des données personnelles ».

³²⁴⁰ G. HORNING, C. SCHNABEL, « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *op. cit.*, pp. 84 et 85.

³²⁴¹ Cette décision a fait l'objet de développements *supra*.

³²⁴² P. SCHWARTZ, « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *op. cit.*, p. 694. L'auteur écrit ceci : « The *Lebach* decision may foreshadow the development of the right of informational self-determination. In cases involving this right, courts must judge the constitutionality of personal information processing that threaten individual autonomy. If they follow the *Lebach* model, German courts will first decide whether the processing of information or the interest in self-determination at stake is more important and then justify their decision by aligning the decisive interest of the public with the interest they only believe to be more significant. Public interests can be found in either a data processing system or an individual's complaint against this system – a democratic order requires both a relatively free flow of information and limits to knowledge of the individual. An alternative to the mechanical balancing of *Lebach* is for German courts to develop the right of informational self-determination through study and elaboration of the fundamental values of the German constitution. There would be no magical process involved – just analysis of constitutional principles, explication of social values and study of precedent. German courts must start on the

§ 2. Les fondements et consécration à la suite de la *Census decision*

596. - La dignité humaine et la protection de la liberté individuelle comme fondements.

Le droit à l'autodétermination informationnelle découlerait du droit à la vie privée et, plus précisément, de sa dimension visant à garantir l'autonomie individuelle³²⁴³. La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'appuie sur deux fondements pour consacrer ce droit : d'une part, la protection de la dignité humaine, et d'autre part, la protection de la liberté personnelle et individuelle. En rapprochant le droit à l'autodétermination informationnelle de l'idée de dignité humaine, la Cour « suggère l'application par défaut tout au moins d'un régime d'inviolabilité et d'inaliénabilité à l'information à caractère personnel »³²⁴⁴. La prérogative est fortement liée à ce concept de développement personnel et d'autodétermination personnelle. Elle est, à ce titre, essentielle tant du point de vue de l'individu que de la société. En effet, dans sa dimension publique, le droit à l'autodétermination informationnelle constitue l'un des fondements d'une vie démocratique³²⁴⁵. L'absence de dispositions protégeant la liberté individuelle amène les citoyens à ne pas faire pleinement usage de leur liberté, ceux-ci craignant que cette utilisation leur soit préjudiciable dans le futur³²⁴⁶. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a pu souligner la nécessité de développer un cadre légal adapté visant à protéger les données à caractère personnel, au risque « de détruire non seulement nos chances de nous développer mais aussi le bien-commun, car l'autodétermination est la condition fonctionnelle élémentaire d'une société démocratique libre fondée sur la capacité des citoyens

difficult task of developing a scale of values with which to evaluate the right of self-determination and the informational interests of society ».

³²⁴³ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, pp. 251 à 253 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », *op. cit.*, p. 28, n° 7.

³²⁴⁴ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 172. Les auteurs ajoutent que cela contraste avec la position qui tend « à fonder l'autodétermination uniquement sur la liberté du sujet ».

³²⁴⁵ En 2009, Yves Poulet et Antoinette Rouvroy posent la question d'une reinvention des régimes de protection des données et précise que « la "réinvention" devrait permettre de raviver l'autonomie réflexive des individus et l'autonomie délibérative de la collectivité » (Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 161). L'on retrouve le pendant « individuel » et le pendant « collectif » de l'autodétermination informationnelle.

³²⁴⁶ G. HORNING, C. SCHNABEL, « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *op. cit.*, pp. 85 et 86. L'auteur indique notamment que « the right to informational self-determination is not only granted for the sake of the individual, but also in the interest of the public, to guarantee a free and democratic communication order » (p. 86).

d'agir et de coopérer »³²⁴⁷. Autrement dit, « l'autonomie individuelle (l'autodétermination) et l'autonomie collective (la démocratie délibérative) se présupposent et se renforcent mutuellement, et présupposent ensemble l'effectivité d'une série de droits et libertés fondamentaux qui permettent à l'individu de vivre une vie qu'il peut qualifier (en partie, à tout le moins) d'autodéterminée, d'autobiographique, suivant des projets, des idéaux, des conceptions du "bien" qu'il a lui-même choisis »³²⁴⁸.

597. - Le droit de propriété comme fondement. Outre la protection de la personne, Alexandre Flückiger estime que le droit à l'autodétermination informationnelle s'appuie aussi sur le droit de propriété dont chaque individu semble disposer sur ses données personnelles³²⁴⁹. Il fait écho aux développements de ce concept qui, désormais, porte aussi sur de l'immatériel (voy. *infra*).

598. - La réglementation relative aux données à caractère personnel comme fondement. Cela étant, et démontrant les liens existants entre d'une part, le droit à la protection de la vie privée, et d'autre part, le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit à l'autodétermination informationnelle paraît consacré implicitement – puisqu'il n'est pas clairement cité – par la réglementation relative à la protection des données. En effet, les auteurs rattachent ce droit à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au RGPD (et précédemment à la directive 95/46/CE), ainsi qu'encore à la Convention n° 108 précitée visant à protéger les personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Pourtant, si l'on analyse le RGPD, force est de constater qu'aucune consécration directe n'est faite, sous réserve du considérant n° 7 qui indique que « les personnes physiques devraient avoir le contrôle des données à caractère personnel les concernant ». L'esprit de ce considérant figure dans une disposition de la loi française « informatique et libertés »³²⁵⁰. L'article 1^{er}, alinéa 2, affirme que « [t]oute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont

³²⁴⁷ L'extrait traduit est issu de Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, pp. 163 et 184. Pour ces auteurs, la Cour « fait référence au concept kantien de la liberté qui présuppose que les individus aient la possibilité de développer leurs personnalités au travers des interactions et des conversations qu'ils entretiennent entre eux » (p. 184).

³²⁴⁸ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 179.

³²⁴⁹ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 843.

³²⁵⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227. L'article 1er de cette loi s'est vu ajouté un second alinéa par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *J.O.R.F.*, 8 octobre 2016, article 54.

faits des données à caractère personnel la concernant, dans les conditions fixées par la présente loi ». Cette affirmation semble constituer l'un des – si pas le – principes directeurs de la loi. Certains y voient en outre une référence – voire une consécration – d'un droit de propriété sur ses données personnelles. Pour Lamia El Badawi, il ne faut toutefois pas considérer cette indication comme la consécration d'une logique d'« appropriation patrimoniale de ces données », mais simplement comme un axiome transversal ayant pour objectif de « renforcer les droits existants » en matière de protection des données personnelles³²⁵¹.

599. - Le droit à l'autodétermination informationnelle dans le *soft law*. Au titre des consécration du droit à l'autodétermination informationnelle, deux textes non contraignants doivent également être cités. Premièrement, la résolution 1165 du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée³²⁵², faisant écho au second texte, la résolution 428 sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme³²⁵³. La première indique que « [p]our tenir compte de l'apparition des nouvelles technologies de la communication permettant de stocker et d'utiliser des données personnelles, il convient d'ajouter à cette définition le droit de contrôler ses propres données ». Cet élément s'inscrit dans le droit à l'autodétermination informationnelle reprenant clairement la nécessité de pouvoir contrôler ses données personnelles.

§ 3. Les autres consécration juridiques

600. - Les autres consécration juridiques du droit à l'autodétermination informationnelle. Enfin et succinctement, le droit à l'autodétermination informationnelle a fait l'objet de quelques consécration juridiques.

La Cour européenne des droit de l'homme a consacré un droit à l'autodétermination tiré de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³²⁵⁴, perçu comme une

³²⁵¹ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 247.

³²⁵² Résolution 1165 (1998) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, adoptée le 26 juin 1998.

³²⁵³ Résolution 428 (1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant la déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, adoptée le 23 janvier 1970.

³²⁵⁴ Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2346/02, § 61. Voy. aussi Cour eur. D.H. (plén.), 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. 8691/79, opinion concordante du Juge Pettiti. Ce dernier mentionne

composante du droit à la protection de la vie privée³²⁵⁵ (voy. *supra*). Dans son arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, considéré comme la première affaire traitant de la problématique du droit à l'oubli d'informations journalistiques, la Cour affirme que « l'article 8 de la Convention consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne les données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu »³²⁵⁶.

Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle a déjà pu traduire l'autodétermination informationnelle dans un droit d'accès³²⁵⁷ entendu comme une prérogative permettant « aux individus de prendre connaissance du sort réservé à leurs données et de procéder à des vérifications des opérations effectuées sur elles, afin d'être à même d'exercer leurs autres droits prévus » par la réglementation relative à la protection des données personnelles³²⁵⁸. Quant à la jurisprudence nationale, l'Allemagne³²⁵⁹ a persévéré dans l'implémentation de ce droit. La décision de 1982 a été complétée par une autre décision de la Cour constitutionnelle fédérale, en 2008, qui ajoute un « droit fondamental à la confidentialité et à l'intégrité des systèmes techniques d'information à propos d'une surveillance informatique policière secrète »³²⁶⁰.

Section 3. Les caractéristiques du droit à l'autodétermination informationnelle

que « [c]'est à bon droit que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a dégagé le concept d'« auto-détermination informationnelle » [...] ».

³²⁵⁵ Cour eur. D.H., 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05, § 57. L'arrêt est confirmé par Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05. Voy. dans le même sens, Cour eur. D.H., 1^{er} juillet 2008, *Daroczy c. Hongrie*, req. 44378/05, § 32 ; Cour eur. D.H., 20 mars 2007, *Tysiack c. Pologne*, req. 5410/03, § 107.

³²⁵⁶ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 87. Voy. en outre, Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13, § 137.

³²⁵⁷ C.J.U.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*.

³²⁵⁸ C. DE TERWANGNE, « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », *op. cit.*, p. 571, n° 21.

³²⁵⁹ Pour la Suisse, voy. A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 849 à 851. Mentionnons simplement que le Tribunal fédéral suisse a eu recours à l'expression *informationelles Selbstbestimmungsrecht* en 1994.

³²⁶⁰ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 844. L'auteur cite la décision suivante, BVerfG, I BvR 370/07 du 27 février 2008, N. 201. Voy. aussi Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 266, notamment note 457.

601. - Le caractère relatif du droit à l'autodétermination informationnelle. Le droit à l'autodétermination informationnelle est un droit non absolu. Il est appliqué en tenant compte des autres droits et libertés, et principalement du droit à la liberté d'expression *sensu lato*. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'a d'ailleurs admis dès son arrêt précité de 1983. Elle indique en effet que « [l']individu n'exerce pas une souveraineté absolue sur les faits le concernant ; sa personnalité se développant au sein d'une communauté sociale, il ne peut vivre sans communiquer. L'information, même si elle est nominative, est une représentation de la réalité sociale qui n'est pas uniquement la propriété de l'individu concerné [...]. La Loi fondamentale [allemande] résout la dichotomie individu-société en considérant la personne comme une entité liée et insérée dans la société. C'est pourquoi en principe, l'individu doit accepter des restrictions de son 'droit à l'autodétermination en matière d'information' et ce, en faveur de l'intérêt général prépondérant ». François Rigaux affirme d'ailleurs, commentant la décision allemande, que « [l]iberté plutôt que droit, le *Selbststimmungsrecht* doit se concilier avec la liberté également reconnue à tous les autres sujets de droits. Les droits fondamentaux sont parfois en conflit avec les uns et les autres »³²⁶¹. Dès lors que le droit à l'autodétermination informationnelle conjugue une dimension individuelle et une dimension « publique », il faut pouvoir le restreindre lorsque des considérations d'intérêt public prévalent.

602. - Le champ d'application du droit à l'autodétermination informationnelle. Quant à son champ d'application, dès lors qu'il prend racine dans le droit à l'autonomie individuelle ainsi que dans la dignité humaine, le droit à l'autodétermination informationnelle n'est applicable qu'aux personnes physiques, à l'exclusion donc des personnes morales³²⁶². Un parallèle avec le droit à la protection des données à caractère personnel peut encore être fait, qui témoigne encore du lien important entre l'autodétermination et la réglementation protectrice de ces données.

Section 4. Le droit à l'autodétermination informationnelle comme fondement des droits à l'oubli

³²⁶¹ F. RIGAUX, *La protection de la personne et de la vie privée*, Louvain, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, 1988, p. 485.

³²⁶² G. HORNING, C. SCHNABEL, « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *op. cit.*, p. 86.

603. - Le droit à l'autodétermination informationnelle : un fondement pour les droits à l'oubli ? Plusieurs éléments développés laissent suggérer que le droit à l'autodétermination informationnelle puisse être considéré comme un fondement des droits à l'oubli. Bien que considéré comme constituant les prémices de la réglementation en matière de données à caractère personnel, le droit à l'autodétermination n'est pas explicitement consacré par celle-ci. Pour le Conseil d'Etat français, il n'est d'ailleurs « pas souhaitable d'ajouter le droit à l'autodétermination à la liste des droits déjà reconnus par les textes existants [...] », et d'ajouter que ce droit donne un sens aux différentes prérogatives reconnues aujourd'hui par le RGPD³²⁶³. Si ce droit n'est pas consacré, c'est essentiellement parce qu'il sous-tend l'actuel RGPD ainsi que les dispositifs visant la protection des données à caractère personnel. Il n'est pas un droit précis, mais il regroupe sous son appellation des prérogatives, des principes ainsi que des obligations devant être respectés par les différents acteurs des traitements de données et qui ont vocation à protéger l'individu, dans son autonomie et dans sa dignité. Ainsi, l'ensemble du RGPD est pas soutenu par le droit à l'autodétermination.

Chapitre 4. Une protection par le droit de propriété

§ 1^{er}. L'appropriation des données : les débats

604. - Les débats sur l'existence d'un droit de propriété sur des données. La protection du droit à l'oubli d'informations non journalistiques pourrait s'inscrire dans le droit de propriété. En réalité, il s'agit de rebondir sur les développements proposés relatifs à la protection des données à caractère personnel pour faire écho à la théorisation d'un droit de propriété sur ses propres données personnelles, voire plus globalement un droit de propriété sur l'information³²⁶⁴, ce droit ayant comme corollaire la possibilité de les contrôler³²⁶⁵. Cette théorisation n'est pas si

³²⁶³ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, op. cit., p. 269.

³²⁶⁴ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLIER, R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Droit, Normes et Libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 117 ; J.-P. Chamoux (dir.), *L'appropriation de l'information*, Paris, Litec, 1986.

³²⁶⁵ Ce débat est inhérent à l'apparition d'un droit protégeant les données, et notamment les données à caractère personnel. Voy. à ce propos, A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 261 (l'auteur indique que « [c]eux qui appellent à un régime de protection invoquent parfois la propriété :

récente que cela : « [e]lle remonte à John Locke et a permis de faire évoluer cette institution vers la propriété intellectuelle »³²⁶⁶. Ce débat sur la propriété des données a en outre « quelque chose de redondant, d'irrationnellement insistant et répétitif – bref, de déjà-vu »³²⁶⁷.

Le débat est régulièrement réactivé par l'adoption de textes équivoques, notamment européens, abordant la question d'un éventuel droit de propriété sur les données. Ainsi, le Parlement européen et le Conseil ont-ils, en 2015, proposé que les données, qu'elles soient personnelles ou non, puissent constituer un mode de paiement dans le cadre de contrats de fourniture de contenu numérique³²⁶⁸, cette proposition étant devenue en 2019 une directive³²⁶⁹. En 2016, un ancien commissaire européen plaide ouvertement, dans la presse, pour la création d'un Code civil sur les données, évoquant sans détour le droit de propriété sur celles-ci³²⁷⁰. En 2017, la Commission européenne adopte une communication ayant pour titre « Créer une économie européenne fondée sur les données »³²⁷¹. Le texte s'inscrit on ne peut plus clairement dans le cadre d'un marché des données – non personnelles –, celles-ci constituant « une ressource essentielle pour la croissance économique, la création d'emplois et le progrès sociétal ». En 2017 encore, une proposition de règlement est introduite afin de fixer un cadre pour la libre circulation des données non personnelles dans l'Union européenne³²⁷², le texte

en effet, celle-ci peut aider les individus à retrouver un contrôle perdu... : à tout le moins, s'en référer à la propriété tend à conférer une certaine valeur symbolique à ce contrôle »).

³²⁶⁶ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 859.

³²⁶⁷ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, p. 117. Les auteurs ajoutent que « [c]omme s'il s'agissait d'un obstacle qu'on retrouve fatalement après chaque contournement, de nouveau devant soi, malgré toutes les bonnes raisons qu'on avait eues pour le croire franchi une fois pour toutes, il y a déjà bien longtemps ». Voy. aussi Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, p. 89, n° 29.

³²⁶⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM(2015) 634 final. Sur cette proposition, voy. S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, pp. 135 à 139. Voy. aussi, dans une même perspective, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

³²⁶⁹ Directive 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L 136 du 22 mai 2019.

³²⁷⁰ G. OETTINGER, « Pour un "Code civil" des données numériques », *Le Monde* 15-16 octobre 2016. L'auteur, commissaire européen pour l'économie et la société numérique, indique ceci : « [d]e même que le code civil régit de façon claire, entre autres, le droit de propriété, de possession et de bail pour les biens meubles et immeubles, nous avons besoin d'un code civil pour l'ère numérique qui clarifie en détail les questions qui peuvent se poser en matière de droits relatifs aux données ».

³²⁷¹ Commission européenne, communication du 10 janvier 2017 au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Créer une économie européenne sur les données », COM(2017) 9 final. Sur ce texte, voy. notamment A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », *op. cit.*, pp. 257 à 259.

³²⁷² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 septembre 2017 concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, COM(2017) 495 final.

étant adopté en 2018³²⁷³. L'ensemble de ces initiatives s'inscrivent pleinement dans une reconnaissance d'un droit de propriété sur les données personnelles. Quant aux textes adoptés, tant la directive 95/46/CE que le RGPD s'inscrivent, selon Alain Strowel, pour partie au moins dans ce processus de marchandisation des données : de nombreuses prérogatives offrent aux individus une certaine autonomie sur la façon dont leurs données personnelles peuvent être traitées³²⁷⁴.

La problématique et les réflexions relatives à l'appropriation possible des données sont vastes et font l'objet d'une littérature abondante et variée – avec ses partisans et ses opposants – qui ne sera pas analysée³²⁷⁵. En l'espèce, il s'agit simplement d'apporter quelques éléments supplémentaires aux développements proposés, en inscrivant l'oubli dans ce potentiel droit de propriété. L'on souligne d'emblée que, dans l'état actuel de la réglementation relative aux données à caractère personnel, la logique retenue n'est pas celle d'une appropriation patrimoniale possible des données³²⁷⁶. Il faudrait en réalité repenser le concept de propriété, ou du moins lui reconnaître des spécificités propres dans le cadre de la protection des données personnelles. En effet, « [l]a maîtrise dont il est question sur les données personnelles ne peut évidemment être exactement la même que sur les choses »³²⁷⁷. Dès lors, il ne s'agirait plus d'introduire un droit de propriété sur des données, mais bien d'évoquer « des formes d'appropriation des données »³²⁷⁸. Alain Strowel souligne à cet égard que le droit de propriété,

³²⁷³ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 303 du 28 novembre 2018.

³²⁷⁴ A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », *op. cit.*, pp. 261 à 263. Il souligne notamment le droit à la portabilité des données personnelles comme un marqueur important de cette évolution. Ce droit n'est pas analysé dans la présente étude. Pour quelques développements, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 482 à 523, n° 105 à 168.

³²⁷⁵ Pour quelques références intéressantes ainsi qu'un bref résumé des enjeux relatifs à cette question, voy. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, pp. 88 à 94, n° 29 à 31.

³²⁷⁶ L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 245 ; Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 17 juillet 2014, Paris, La documentation française, 2014, p. 264 (le rapport cite P. TRUCHE, J-P. FAUGÈRE, P. FLICHY, *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc*, Paris, La documentation française, 2002).

³²⁷⁷ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 859. Dans le même sens, L. EL BADAWI, « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 248.

³²⁷⁸ A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », *op. cit.*, p. 252.

dans le cadre de ces réflexions, comprend « toutes les institutions pour l'organisation de l'usage des ressources dans une société »³²⁷⁹.

Au départ, le droit de propriété ne s'applique qu'aux biens matériels. Force est cependant de constater que l'immatériel bénéficie depuis plusieurs années d'un potentiel droit de propriété³²⁸⁰. L'on pense notamment à ce que l'on appelle la propriété intellectuelle, qui protège les créations de l'esprit. Face au développement des données et face à leur poids économique, la concrétisation d'un droit de propriété sur ces choses immatérielles s'est rapidement développée, fondant une approche plus économique du droit à la protection de ces données. Pierre Catala écrit notamment qu'on admet aujourd'hui « d'une façon assez générale que l'information a une valeur intrinsèque, qu'elle a une valeur préexistante à son transfert, une valeur "capitaliste", une valeur en capital. Donc c'est un bien ! »³²⁸¹. Un bien susceptible d'appropriation. Ainsi, illustre parfaitement cette tendance l'expression « vol de données personnelles »³²⁸², voire « voleur d'identité » qui induit que l'identité, c'est-à-dire un ensemble de données et d'informations propres à une personne, puisse être volée, au même titre que tout autre *res*. Le droit de propriété permet évidemment d'opposer « l'idée d'une éventuelle "marchandisation" des informations à caractère personnel et de la vie privée individuelle au principe de leur caractère inaliénable et "hors marché" »³²⁸³.

§ 2. L'appropriation des données : les critiques

605. - Les avantages et les inconvénients d'un droit de propriété sur les données.

Reconnaître un droit de propriété implique l'acceptation, à l'instar de ce qui a pu être fait avec

³²⁷⁹ *Ibidem*. L'auteur renvoie à J. COHEN, « Property as institutions for resources: lessons from and for IP », *Texas Law Review*, 2015/94, pp. 1 à 57.

³²⁸⁰ Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, p. 92, n° 31.

³²⁸¹ P. CATALA, « La protection juridique des productions immatérielles », in J.-P. CHAMOUX (dir.), *L'appropriation de l'information*, Paris, Litec, 1986, p. 90 ; P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.S.*, 1984, chron. XVII, p. 99 ; ces références sont citées par S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, p. 127. D'autres références à cet auteur sont reprises p. 126, note 19.

³²⁸² Il existe de la jurisprudence ancienne consacrant le vol d'informations. Voy. par exemple Anvers, 13 décembre 1984, *R.W.*, 1985-1986, p. 244. D'autres décisions refusent en revanche de considérer que l'information puisse être volée, au sens pénal du terme (Liège, 25 avril 1991, *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 1013 ; corr. Verviers, 4 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 709) Pour davantage de références, voy. O. DE HERT, S. GUTWIRTH, « Informatie : wel beschermd, doch niet vatbaar voor diefstal. Denkoefeningen over het juridisch statuut van informatieve vanop het grensvlak tussen het strafrecht en de intellectuele rechten », in K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, R. FELTKAMP (dir.), *Tendenzen in het economisch recht*, Anvers, Kluwer, 2006, pp. 55 à 86.

³²⁸³ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 172.

les droits de propriété intellectuelle – protégeant notamment les œuvres de l'esprit –, d'une extension du champ d'application du droit de propriété à un nouveau domaine³²⁸⁴. L'un des arguments avancés en faveur d'une telle extension est tiré d'un parallèle avec la création d'un droit *sui generis*, généralement inclus dans les droits de propriété intellectuelle. Le droit portant sur les bases de données matérialise de réels droits d'appropriation sur les données et les bases³²⁸⁵. Filant la comparaison, le Conseil d'Etat français évoque la création de sociétés de gestion collective des données personnelles « qui négocieraient avec les services souhaitant les utiliser et redistribueraient les bénéfices à leurs associés »³²⁸⁶.

606. - Les critiques apportées au phénomène d'appropriation des données. Une telle volonté d'appropriation des données n'est pas exempte de critiques. Il paraît difficile d'associer le droit de propriété, tel qu'il est actuellement entendu, aux données à caractère personnel, et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, si l'on s'en tient à une vision purement subjective, le droit de propriété permettrait de s'opposer à ce que des informations personnelles soient utilisées. Or, « l'échange social implique d'échanger constamment des informations sur autrui, que ce dernier le veuille ou non »³²⁸⁷. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, en consacrant le droit à l'autodétermination informationnelle, a d'ailleurs rappelé explicitement cette dimension sociale – voire sociétale³²⁸⁸. S'appuyer sur ce droit permet aboutit à considérer les données comme une liberté et non comme un bien susceptible d'appropriation³²⁸⁹. En outre, une telle opposition permet en réalité de considérer qu'il y a vol de données ou d'informations³²⁹⁰. Pour Serge

³²⁸⁴ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, 2014, p. 264.

³²⁸⁵ *Ibidem*, p. 265.

³²⁸⁶ *Ibidem*.

³²⁸⁷ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 853.

³²⁸⁸ *Voy. supra*.

³²⁸⁹ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, pp. 127 à 130. Les auteurs renvoient aux écrits d'Yves Poullet, ce dernier « a entrepris de critiquer et a réfuté l'idée d'un droit réel/de propriété sur les données à caractère personnel dans la perspective de la conceptualisation de la vie privée comme une liberté : la liberté d'autodétermination ou celle de pouvoir devenir à chaque moment, celui ou celle que l'on choisit d'être » (*ibidem*, p. 127 ; les références d'Yves Poullet sont reprises dans la même contribution, p. 117, note 1). Enfin, l'on peut ajouter que le débat autour des données à caractère personnel, entre liberté et propriété, s'inscrit en parallèle d'un autre débat, plus large, de l'insertion de la catégorie des droits de la personnalité, s'inscrivant notamment dans une logique d'appropriation de certains droits fondamentaux (notamment le droit à l'image). Sur cet élément, voy. encore A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », *op. cit.*, p. 263.

³²⁹⁰ Il a été souligné qu'il existe une certaine jurisprudence en la matière. L'enjeu entourant cette question s'est toutefois réduit avec l'avènement de la loi du 20 novembre 2000 sur la criminalité informatique (*M.B.*, 3 février 2001, p. 2909).

Gutwirth et Gloria González Fuster, il y a lieu de rejeter cette assimilation à l'infraction pénale. En effet, le droit pénal est d'interprétation stricte, ce qui empêche que l'on puisse aussi facilement étendre l'idée d'un vol au concept de données, dès lors qu'un tel vol n'aboutit généralement pas à une soustraction d'un objet³²⁹¹.

Deuxièmement, il ne serait pas souhaitable qu'un individu puisse renoncer à l'ensemble de ses droits portant sur ses données, ce qui serait *a priori* rendu possible avec le droit de propriété. L'argument peut toutefois être facilement contré en évoquant le démembrement possible de ce droit à l'instar de ce qui se fait déjà pour les droits d'auteur³²⁹². Cette comparaison avec les droits de propriété intellectuelle – qui constitue l'un des arguments clés des partisans d'une reconnaissance d'un droit de propriété sur les données – présentent toutefois ses limites³²⁹³. En effet, « même s'il est hors de doute que certaines formes de savoir-faire ont une valeur économique, celles-ci ne se rattachent pas pour autant à de la propriété : soit elles tombent sous le coup des droits intellectuels (droit d'auteur, droit des brevets, etc.), et les titulaires de ceux-ci n'ont en main, sous conditions, que des droits d'usage exclusif limités dans le temps ; soit elles ne tombent pas sous cette forme de protection et alors il restera la possibilité de faire recours à des protections non pas privatives, mais de défense contre des interventions illicites de tiers cherchant à s'en emparer (protection des secrets de fabrique et commerciaux, clause de discrétion dans le droit du travail, responsabilité civile, etc.) »³²⁹⁴.

Troisièmement, vouloir par le droit de propriété rétablir l'équilibre entre la personne concernée et le propriétaire d'une base de données semble illusoire³²⁹⁵. Certes, les données personnelles ont une certaine valeur économique. Il reste que « la valeur de l'actif que la

³²⁹¹ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, pp. 120 et 121. Ils soulignent en outre, se référant à un arrêt de la Cour de cassation, que l'interprétation évolutive du droit pénal ne peut se faire « qu'à la double condition que la volonté du législateur d'ériger des faits de cette nature en infraction soit certaine et que ces faits puissent être compris dans la définition légale de la disposition pénale » (Cass., 11 septembre 1990, *Pas.*, 1990, p. 37).

³²⁹² Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 265. En ce qui concerne le droit d'auteur, les droits patrimoniaux sont aliénables, ce qui n'est pas le cas des droits moraux (article XI.165, § 2, du Code de droit économique).

³²⁹³ Voy. notamment Commission européenne, communication du 10 janvier 2017 au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Créer une économie européenne sur les données », COM(2017) 9 final, pp. 11 et 12.

³²⁹⁴ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, p. 122. Les auteurs posent un constat à la suite du parallèle effectué entre la propriété des données et la protection des logiciels (pp. 123 à 125).

³²⁹⁵ En ce sens, voy. notamment *ibidem*, p. 138. Les auteurs sont critiques face à cet argument. La commercialisation des données ne peut, en aucun cas, aboutir à rééquilibrer les intérêts des personnes concernées. Voy. aussi Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, p. 93, n° 31.

reconnaissance du droit de propriété conférerait à chaque individu restera dérisoire »³²⁹⁶. Sans compter le déséquilibre lors d'éventuelles négociations entre une entreprise et un citoyen seul : le rapport de force, même en reconnaissant le droit de propriété, ne peut être totalement rétabli. Une telle reconnaissance devrait ensuite obligatoirement tenir compte de la collecte de données effectuée par les autorités publiques et justifiée par un objectif légitime. Il y aurait donc lieu d'assortir le droit de propriété d'une série d'exceptions devant répondre aux standards des normes restreignant un droit fondamental³²⁹⁷.

Quatrièmement, il faut reconnaître les spécificités d'un « bien » qui serait susceptible d'appropriation dans le cadre d'une protection par le droit de propriété des données personnelles, ou plus largement de l'information. En effet, « l'information en tant que telle est *a priori* un objet récalcitrant pour le droit des biens, les “droits réels” et le droit de propriété »³²⁹⁸, cette réticence étant induite par les caractéristiques propres de ce que l'on souhaite pouvoir s'approprier. En effet, l'information est « éphémère, volatile, immatérielle et incorporelle, et en conséquence peut être mise à disposition d'autres personnes sans perte d'usage ou de disponibilité. Elle peut être (ré)utilisée sans perte de substance ou de valeur, et elle ne s'use pas. Plusieurs personnes peuvent s'en servir au même moment sans que cela en diminue, en principe, la valeur d'usage pour chacune d'elles. [...] L']information est extrêmement facile à reproduire et multiplier, et cela, à moindre coût [...]. Bref, on peut en déduire que l'information est en tant que telle (de par sa “nature”), récalcitrante au droit des biens, qui qu'en soit son contenu »³²⁹⁹.

In fine, « la reconnaissance du droit de propriété impliquerait une moindre capacité de protection des pouvoirs publics sans renforcer pour autant la capacité des individus à veiller à leurs propres intérêts »³³⁰⁰.

³²⁹⁶ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 265.

³²⁹⁷ *Ibidem*, p. 266.

³²⁹⁸ S. GUTWIRTH, G. GONZÁLEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », *op. cit.*, p. 131.

³²⁹⁹ *Ibidem*. Dans le même sens, voy. A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », *op. cit.*, pp. 264 et 265. L'auteur aboutit à un constat similaire, en comparant la question de la propriété des données au contenu de la directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, L 157 du 15 juin 2016, p. 1. Voy. enfin V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 62 à 72. L'auteur propose une analyse du coût du stockage des informations ainsi que de son évolution.

³³⁰⁰ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 267.

§ 3. L'appropriation des données : une variante du droit à l'autodétermination informationnelle et au droit la vie privée

607. - Le droit de propriété, le droit à la vie privée et le droit à l'autodétermination informationnelle. Le droit de propriété se retrouve en arrière-plan des revendications d'un droit à l'autodétermination informationnelle. Ce dernier est interprété par certains comme créant un droit de propriété pour l'individu sur les informations et les données qui le concernent³³⁰¹.

Le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'autodétermination informationnelle sont en lien avec le droit de propriété. En effet, certains auteurs ont développé le concept de « vie privée informationnelle », entendue comme « la revendication d'individus, de groupes ou d'institutions de pouvoir déterminer eux-mêmes quand et dans quelle mesure des informations les concernant peuvent être communiquées à autrui »³³⁰². En se basant sur ce concept, on peut considérer que chaque individu dispose, sur les informations qui le concernent, d'un droit de propriété. Il est propriétaire de ses données et peut, s'il le souhaite, les céder. Pour autant, la logique qui sous-tend le droit à l'autodétermination informationnelle répond davantage à une « logique personnaliste et non patrimoniale »³³⁰³. L'on retrouve notamment le concept de droit de communication qui constitue l'un des droits patrimoniaux de l'auteur sur sa création : libre à lui de décider quand et sous quelle(s) forme(s) il communique son œuvre. A ce titre, « [u]n régime de propriété des données personnelles serait [...] bien moins éloigné qu'on ne le pense des principales caractéristiques du droit d'auteur : l'objet à protéger est également immatériel ; le droit moral de l'auteur inhérent à la personne – droit de divulgation, de paternité et d'intégrité de l'œuvre – est inaliénable et perpétuel, tout comme devrait l'être le droit moral de la personne au sujet de laquelle des données sont traitées. Ce droit moral du “propriétaire des données” pourrait comprendre l'ensemble des droits actuellement garantis par l'autodétermination en matière de données personnelles [...]. Il serait complété par une liste de droits patrimoniaux

Et ³³⁰¹ Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 172 ; A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 843.

³³⁰² Y. POULLET, A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *op. cit.*, p. 208. Les auteurs renvoient vers A. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New-York, Ateneum, 1967, p. 7 ; D. SOLOVE, « Conceptualizing Privacy », *California Law Review*, 2002, p. 1110.

³³⁰³ Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 268.

que le propriétaire des données pourrait librement céder et négocier (droit d'utilisation à des fins convenues, droit de suite en cas de cession ultérieure) »³³⁰⁴. Un tel droit permet d'octroyer au propriétaire de données quelques armes dans les négociations à mener relatives à ses données personnelles, et *in fine*, s'il le souhaite, de les monnayer.

TITRE 3. LES MISES EN ŒUVRE JURIDIQUE DU DROIT À L'OUBLI D'INFORMATIONS NON JOURNALISTIQUES

608. - Introduction. Le titre 2 relatif aux sources juridiques du droit à l'oubli d'informations non journalistiques permet de constater que la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel constitue le fondement principal de cet oubli. Depuis le 25 mai 2018 et la mise en application du RGPD, force est de constater que ce règlement devient l'outil principal permettant de mettre en œuvre l'oubli d'informations non journalistiques.

Concrètement, l'oubli prend la forme de droits, obligations et principes consacrés par le RGPD, souvent repris dans d'autres textes touchant la protection des données à caractère personnel, qu'ils soient internationaux ou nationaux. En effet, à certains égards, et spécifiquement dans le cadre d'une application de l'article 85, le RGPD n'est pas suffisant pour permettre l'oubli, le texte européen renvoyant vers les législations des Etats membres. Ces renvois obligent à passer d'une analyse qui s'inscrit essentiellement sous le prisme européen, à une étude plus locale de la mise en œuvre du droit à l'oubli, certains éléments trouvant leur assise législative dans le droit belge.

Ainsi, après avoir défini quelques notions clés en matière de protection des données à caractère personnel (Chapitre 1^{er}), il y a lieu d'évoquer d'emblée les restrictions souhaitées ou imposées par le RGPD en faveur du droit à la liberté d'expression (Chapitre 2). Il importe en effet de pouvoir analyser les différents droits mettant en œuvre l'oubli (Chapitre 3) en tenant compte de ces régimes particuliers issus tantôt directement du RGPD, tantôt des lois nationales. Plus succinctement, il y a un intérêt à aborder le caractère relatif des prérogatives analysées (Chapitre 4), celui-ci impliquant dans certaines circonstances que soit effectuée une pondération des intérêts, à l'instar de ce qui se fait pour le droit à l'oubli d'informations

³³⁰⁴ A. FLÜCKIGER, « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *op. cit.*, p. 861.

journalistiques. Enfin, outre les dérogations en faveur de la liberté d'expression – qui s'inscrivent directement dans le cadre de l'analyse de l'oubli dans le droit des médias et de la communication – d'autres exceptions sont développées notamment par le RGPD et ont un impact sur l'exercice de cet oubli (Chapitre 5).

Chapitre 1^{er}. De quelques définitions clés

609. - Introduction. Préalablement à l'analyse des mises en pratique concrètes du droit à l'oubli, il est nécessaire de définir trois notions clés : la « personne concernée » (Section 1^{ère}), le traitement (Section 2) et le « responsable du traitement » (Section 3). Outre ces trois notions, les concepts d'anonymisation et de pseudonymisation sont développés (Section 4). Ces développements permettent de déterminer plus aisément les champs d'application *ratione materiae* et *ratione personae* des formes d'oubli mises en œuvre par la suite. Quant à la notion de « donnée à caractère personnel », elle a d'ores et déjà été abordée dans le cadre de l'analyse de l'expression « information non journalistique » (voy. *supra*).

Section 1^{ère}. La personne concernée

610. - La définition apportée par le RGPD. La définition de la « personne concernée » ne fait pas l'objet, dans le RGPD ou, précédemment, dans la directive 95/46/CE, d'une disposition particulière dans les articles introductifs dédiés aux définitions. Pour autant, la « personne concernée » reçoit un contenu dans le cadre d'une définition des « données à caractère personnel ». Le RGPD, en son article 4, 1), indique que ces données regroupent « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable », une telle personne étant dénommée la « personne concernée »³³⁰⁵. La même disposition se poursuit en définissant cette « personne physique identifiable » comme « une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique,

³³⁰⁵ Le même itinéraire était proposé par l'article 2, a), de la directive 95/46/CE. Quant à la Convention n° 108, son article 2, a), précise simplement que l'expression « “données à caractère personnel” signifie : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (“personne concernée”) ».

psychique, économique, culturelle ou sociale ». Lorsque plusieurs données permettent *in fine* l'identification d'une personne, la Cour de justice de l'Union européenne précise que ces données ne doivent pas nécessairement se trouver « dans les mains d'une seule personne »³³⁰⁶.

611. - Une personne identifiable. La personne concernée est soit clairement identifiée, au moyen par exemple de ses nom et prénom, soit identifiable.

Dans cette seconde hypothèse, à partir de certains éléments identifiants, un lien peut être fait avec une personne particulière. Selon le considérant n° 26 du RGPD, « [p]our déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage »³³⁰⁷. Ces différents moyens doivent permettre de démontrer qu'une information a trait à une personne physique. Le Groupe de travail « Article 29 », dans un avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, a considéré qu'un lien est nécessaire entre une information et une personne, afin que la première permette d'identifier la seconde : « les données concernent une personne si elles ont trait à l'identité, aux caractéristiques ou au comportement d'une personne ou si cette information est utilisée pour déterminer ou influencer la façon dont cette personne est traitée ou évaluée »³³⁰⁸. En outre, des techniques mises en œuvre notamment pour permettre l'exécution de certains droits consacrés par le RGPD n'ôtent pas nécessairement le caractère identifiable d'une donnée. Tel est le cas du processus de pseudonymisation. Selon le Groupe de travail « Article 29 », des « données pseudonymisées de manière retraçable peuvent être considérées comme des informations sur des personnes

³³⁰⁶ C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, § 39 ; C.J.U.E., 19 octobre 2016, C-582/14, *Patrick Breyer c. République d'Allemagne*, § 43.

³³⁰⁷ Dans un sens identique, voy. Groupe de travail « Article 29 », avis 5/2014 du 10 avril 2014 sur les techniques d'anonymisation, WP 2014, p. 15. L'approche mise en œuvre par le RGPD est dite objective (L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 61, n° 3). Le considérant n° 26 vient en outre formaliser les enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne visant à ce que soit mise en œuvre une approche relative (C.J.U.E., 19 octobre 2016, C-582/14, *Patrick Breyer c. République d'Allemagne*, §§ 45 et 46, « [i]l convient cependant de déterminer si la possibilité de combiner une adresse IP dynamique avec lesdites informations supplémentaires détenues par ce fournisseur d'accès à Internet constitue un moyen susceptible d'être raisonnablement mis en œuvre pour identifier la personne concernée. Ainsi que l'a relevé en substance M. l'Avocat général au point 68 de ses conclusions, tel ne serait pas le cas si l'identification de la personne concernée était interdite par la loi ou irréalisable en pratique, par exemple en raison du fait qu'elle impliquerait un effort démesuré en termes de temps, de coût et de main-d'œuvre, de sorte que le risque d'une identification paraît en réalité insignifiant »).

³³⁰⁸ Groupe de travail « Article 29 », document de travail du 19 janvier 2005 sur les questions de protection des données liées à la technologie RFID, WP 105, p. 9.

physiques *indirectement identifiables* », dès lors que le recours à des pseudonymes permet *in fine* d'établir une telle correspondance³³⁰⁹.

Par ces termes, le Groupe de travail « Article 29 » rappelle la nuance qu'il y a entre la pseudonymisation de données et leur anonymisation³³¹⁰. Cette distinction est importante dès lors que le RGPD ne s'applique pas aux données anonymes (considérant n° 26). Encore faut-il, évidemment, que l'anonymisation soit effective. A défaut, « if the controller/processor can restore the anonymized information with reasonable likelihood, it will be deemed personal data under the GDPR »³³¹¹.

A propos du terme « identifiable », le rapport explicatif de la Convention n° 108 modernisée indique que « [l]e terme “identifiable” ne fait pas uniquement référence à l'identité civile ou juridique en tant que telle de la personne, mais également à tout élément susceptible d'“individualiser” ou de distinguer (et donc de traiter différemment) une personne parmi d'autres. Cette “individualisation” pourrait se faire, par exemple, à partir d'un numéro d'identification, d'un pseudonyme, de données biométriques ou génétiques, de données de localisation, d'une adresse IP ou d'un autre identifiant, qui renvoient à une personne donnée ou à un dispositif ou un ensemble de dispositifs (ordinateur, téléphone portable, appareil photo, console de jeu, etc.) »³³¹². Pour certains auteurs, l'on doit constater une évolution dans l'interprétation de la notion de « donnée à caractère personnel » : l'on assiste à un glissement « de la notion d'identification vers un concept d'individualisation »³³¹³. Yves Poullet souligne que « [l]a connaissance ou la possibilité de connaissance d'éléments de l'identité civile d'une personne n'est plus nécessaire pour l'individualiser et agir vis-à-vis d'elle : le concept

³³⁰⁹ Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 20. L'avis mentionne en outre que « [l]es données codées sont un exemple classique de pseudonymisation. Les informations correspondent à des personnes physiques possédant chacune un code, la clé permettant d'établir une correspondance entre ce code et des identifiants courants de ces personnes physiques (comme le nom, la date de naissance, l'adresse) étant conservée séparément ».

³³¹⁰ Pour la distinction entre l'anonymisation et la pseudonymisation, voy. *supra*.

³³¹¹ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, 2017, p. 14.

³³¹² Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 18.

³³¹³ C. DE TERWANGNE, K. ROSIER, B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau Règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *R.D.T.I.*, 2016/62, p. 6. Cette évolution s'est aussi faite, semble-t-il, dans les textes. Alors que, pour la directive 95/46/CE, une donnée à caractère personnel est « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable » (article 2, a) ; nous soulignons), le RGPD l'entend comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (article 4, 1) ; nous soulignons). Cela étant, la version anglaise n'a pas été modifiée, les deux textes utilisant le terme « relating to ». De la sorte, on peut considérer que la modification traduit davantage une question de traduction qu'une réelle volonté de changement.

d'«identifiabilité» devrait être élargi à ceux de traçabilité et de «contactibilité», et ce, notamment, pour résoudre l'éternelle question de la nature des données à caractère personnel comme l'adresse IP, les cookies »³³¹⁴. Autrement dit, compte tenu des évolutions technologiques, l'interprétation doit être élargie afin que ces données puissent être considérées comme étant « à caractère personnel ».

612. - Une personne physique. La personne concernée est, en outre, une personne physique. En effet, les personnes morales sont exclues du champ d'application du RGPD³³¹⁵. Les éventuels traitements de données à leur égard pourront cependant recevoir une protection par le biais de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, certaines prérogatives du droit à la vie privée *sensu lato* ayant été reconnues en faveur des personnes morales³³¹⁶. Le considérant n° 14 est à cet égard limpide : « [l]e présent règlement ne couvre pas le traitement des données à caractère personnel qui concernent les personnes morales, et en particulier des entreprises dotées de la personnalité juridique [...] »³³¹⁷. Pourtant, lorsque le RGPD est analysé parallèlement à la proposition de règlement vie privée et communications électroniques du 10 janvier 2017³³¹⁸, des doutes quant à un constat aussi clair peuvent être avancés. Cette proposition n'a en effet pas vocation à se limiter aux seules personnes physiques. Il est ainsi indiqué, au considérant n° 3 de la proposition de règlement que « les dispositions du [RGPD] s'appliquent aussi aux utilisateurs finaux qui sont des personnes morales ». Ce considérant peut être lu parallèlement à l'article 95 du RGPD³³¹⁹ : « [l]e présent règlement n'impose pas d'obligations

³³¹⁴ Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., pp. 105 et 106, n° 14, et p. 165, n° 61.

³³¹⁵ Article 4, 1), et considérant n° 4, du RGPD. Voy. aussi L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 61, n° 1 (« [d]ata referring to legal entities are not covered by the GDPR. This does not apply if the official title of the legal person identifies one or more natural persons », les auteurs renvoyant à C.J.U.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/03, *Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, § 53; dans le même sens, voy. enfin P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., 2017, p. 21).

³³¹⁶ Voy. notamment les développements proposés *supra*. Voy. aussi P. OLIVER, « Privacy and Data Protection : The Rights of Economic Actors », in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015, pp. 287 à 319. Voy. enfin Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 27.

³³¹⁷ Voy. aussi, C.J.U.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GBR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, § 53.

³³¹⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 10 janvier 2017 concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM(2017) 10 final.

³³¹⁹ Outre l'article 95 du RGPD, l'article 8, § 2, de la proposition de règlement peut être avancé comme un élément semant le doute quant à l'application du RGPD aux personnes morales. Cette disposition indique que la collecte d'informations sur un équipement terminal effectuée en vue d'une connexion à un autre dispositif ou équipement doit répondre aux exigences de l'article 13 du RGPD. Dans le cadre d'une application du RGPD, les bénéficiaires de l'obligation d'information contenu à l'article 13 sont les personnes concernées, c'est-à-dire des personnes

supplémentaires aux personnes physiques ou morales quant au traitement dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans l'Union en ce qui concerne les aspects pour lesquels elles sont soumises à des obligations spécifiques ayant le même objectif énoncées dans la directive 2002/58/CE ». Selon Karen Rosier, l'on peut déduire de ce libellé « qu'il faut se fier aux dispositions du futur Règlement ePrivacy pour déterminer si et dans quelle mesure les dispositions du RGPD s'appliquent »³³²⁰, et non le contraire. En l'état, les choses ne semblent pas encore claires³³²¹.

613. - Une personne vivante. Enfin, la personne concernée est une personne vivante. Le considérant n° 27 du RGPD affirme que les personnes décédées n'entrent pas dans le champ du règlement, tout en reconnaissant aux Etats membres la possibilité de prévoir des « règles relatives au traitement des données à caractère personnel des personnes décédées »³³²². L'exclusion est à nouveau clairement précisée, alors même que, dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, compte tenu des fondements de la mise en œuvre de l'oubli et des développements relatifs à l'exercice de droits extrapatrimoniaux par des ayant-droits, il est envisageable que cet oubli puisse s'appliquer pour les personnes décédées (voy. *supra*).

physiques. Or, dans le cadre de la proposition de règlement, « les bénéficiaires de la protection que prévoit cette disposition sont des utilisateurs finaux qui peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales » (K. ROSIER, « La notion de “données à caractère personnel” a-t-elle encore un sens dans la protection des données de communications électroniques ? », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 78, n° 8). Toutefois, la lecture des considérants relatifs à cette disposition semble refuser un tel postulat : « [i]l est donc question de recueillir des informations associées à l'utilisation d'un équipement par une personne physique et non au premier chef des données associées à une personne morale » (*ibidem*).

³³²⁰ *Ibidem*, p. 709, n° 9.

³³²¹ Karen Rosier ajoute ceci : « on comprend que le RGPD bénéficiera aux personnes morales lorsque les dispositions du futur Règlement ePrivacy s'y référeront mais le texte ne reste pas sans ambiguïté pour le reste. Il est spécifiquement question de l'application du RGPD dans le texte de la proposition de Règlement pour ce qui concerne les exigences en matière de validité du consentement, ce qui concerne les exigences en matière de validité du consentement, de mise en œuvre dans certains cas d'une analyse d'impact conformément à l'article 36 du RGPD, d'informations à fournir lors de l'accès ou du stockage d'informations sur un équipement terminal, ou encore de la compétence des autorités de contrôle pour le contrôle de l'application de la proposition de Règlement et l'imposition de sanctions en cas de violation du respect de celui-ci. Ainsi, si le consentement des personnes morales peut être requis pour certains traitements de données, bénéficieront-elles également des droits des personnes concernées (droit d'accès, droit à la portabilité des données, ...) ? Le texte n'offre pas de réponse explicite à cet[te] question » (*ibidem* ; l'auteur renvoie aux articles 6, § 3 ; 7 à 9 ; et 18 de la proposition de règlement).

³³²² Voy. cependant quelques nuances relativisant cette exclusion proposées par le Groupe de travail « Article 29 » (Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, p. 25).

Section 2. Le traitement

614. - Une interprétation large. L'article 4, 2), du RGPD définit le traitement comme étant « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction »³³²³.

La définition est extrêmement vaste. Elle répond en ce sens parfaitement à la volonté du législateur européen d'assurer une protection importante des personnes physiques dont des données sont traitées : les opérations effectuées sur ces données, aussi minimales soient-elles, même s'il s'agit d'une unique opération, impliquent l'application du RGPD³³²⁴. Concrétisant cette longue liste d'opérations, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Google Spain*, indique que l'indexation effectuée par des moteurs de recherche constitue bien une forme de traitement de données à caractère personnel³³²⁵.

615. - Une restriction : le traitement à des fins personnelles ou domestiques. Il importe de souligner l'existence d'une restriction établie par l'article 2 du RGPD. Ce dernier, relatif au champ d'application matériel, indique que le règlement n'est pas d'application lorsque le traitement est effectué « par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique » (article 2, § 2, c), du RGPD). Le considérant n° 18 ajoute que cette activité ne doit comporter aucun « lien avec une activité professionnelle ou commerciale ». A titre d'exemple, il souligne que l'échange de correspondance ou la tenue d'un carnet d'adresses pourrait s'inscrire dans cette exception.

³³²³ La définition est largement reprise du texte de la directive européenne 95/46/CE. Le règlement ajoute l'opération de structuration des données, et remplace le terme « verrouillage » par le terme « limitation », dans un souci de clarification. Voy. encore une erreur de traduction signalée par C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 65, n° 8, note 32.

³³²⁴ C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 66, n° 8.

³³²⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, §§ 73 à 75.

La Cour de justice de l'Union européenne apporte quelques précisions complémentaires intéressantes dans son arrêt *Lindqvist* du 6 novembre 2003³³²⁶. Appelée à se prononcer sur l'article 3, § 2, de la directive 95/46/CE³³²⁷, dont le contenu est repris par l'article 2, § 2, c), du RGPD, la Cour soutient que « [c]ette exception doit donc être interprétée comme visant uniquement les activités qui s'insèrent dans le cadre de la vie privée ou familiale des particuliers, ce qui n'est manifestement pas le cas du traitement de données à caractère personnel consistant dans leur publication sur Internet de sorte que ces données sont rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes » (§ 47). Pour la Cour de justice de l'Union européenne, diffuser des informations sur internet constitue un traitement de données qui n'a pas vocation à constituer une activité « strictement personnelle ou domestique ». Le caractère « strict » n'est en effet pas présent dès lors que l'information est, par la seule mise en ligne, disponible à un nombre indéfini d'internautes.

A ce propos, le considérant n° 18 du RGPD énonce que les « activités personnelles ou domestiques pourraient inclure [...] l'utilisation de réseaux sociaux et les activités en ligne qui ont lieu dans le cadre de ces activités ». Comme le souligne Quentin Van Enis, « [c]onjugée à l'enseignement de la Cour de justice de l'affaire *Lindqvist*, cette précision amènera sans doute à faire une distinction entre les réseaux sociaux configurés pour toucher un cercle restreint d'amis et ceux dont les paramètres permettent de rendre les données "accessibles à un nombre indéfini de personnes" »³³²⁸. Concrètement, c'est en fonction du type de réseau social utilisé, voire de la configuration qui en a été faite par l'internaute, que l'on doit déterminer s'il s'agit d'activités strictement personnelles ou domestiques, aboutissant à exclure l'application du règlement. Cela renvoie notamment aux développements proposés de la notion de divulgation publique faite lors de l'examen du droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*).

³³²⁶ C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren I Jönköping*. Voy. aussi le § 46 qui fait écho au correspondant n° 12 de la directive dont le contenu est repris au considérant n° 18 du règlement. Pour un commentaire de cette affaire, voy. C. DE TERWANGNE, « Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles », *R.D.T.I.*, 2004, pp. 81 à 99.

³³²⁷ Bien que la formulation de cette disposition soit quelque peu différente de celle du RGPD (« [l]a présente directive ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel : [...] effectué par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques »), le sens est en revanche identique à la formule de l'article 2, § 2, c), du RGPD.

³³²⁸ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 770 et 771, n° 8.

Le considérant n° 18 concède une ultime indication en affirmant que, quand bien même les activités seraient qualifiées de personnelles ou domestiques, « le présent règlement s'applique aux responsables du traitement ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens de traiter des données à caractère personnel pour de telles activités personnelles ou domestiques »³³²⁹. Cela signifie que les fournisseurs des outils permettant de mener des activités strictement personnelles ou domestiques n'échappent pas à l'application du RGPD et notamment aux obligations découlant de leur qualité de responsables de traitements ou de sous-traitants.

Section 3. Le responsable du traitement

616. - Le responsable du traitement. Le responsable du traitement endosse, comme son nom l'indique, une responsabilité importante : la plupart des obligations inscrites dans le droit de la protection des données personnelles doivent être accomplies par celui ou celle qui agit en cette qualité³³³⁰.

§ 1^{er}. Le responsable du traitement dans les textes

617. - Du maître du fichier... Dans les lignes directrices de l'OCDE précitées régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, la notion reprise n'est pas celle de responsable du traitement mais celle de « maître du fichier ». Il y est défini comme « toute personne physique ou morale qui, conformément au droit interne, est habilitée à décider du choix et de l'utilisation des données de caractère personnel, que ces données soient ou non collectées, enregistrées, traitées ou diffusées par ladite personne ou par un agent agissant en son nom »³³³¹. Dans le cadre d'un commentaire détaillé figurant dans

³³²⁹ Dans ce sens, voy. C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*. Pour la Cour, l'administrateur d'une page fan sur Facebook est tenu pour coresponsable du traitement, aux côtés de Facebook.

³³³⁰ A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, p. 371, n° 1.

³³³¹ Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58. En 2013, lors de la révision de cette recommandation, aucune modification de fond n'a été apportée. Seule une modification de forme est faite (l'expression « conformément au droit interne » est remplacée par « conformément à la législation nationale »).

l'exposé des motifs de ces lignes directrices, le maître du fichier est « la personne qui, en vertu du droit interne, devra assumer en dernier ressort la responsabilité des activités ayant trait au traitement de données de caractère personnel ». Cette personne est en outre « habilitée à décider du contenu et de l'utilisation des données »³³³².

L'expression « maître du fichier » est reprise par la Convention n° 108. Sa définition diffère légèrement : le maître du fichier y est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui est compétent selon la loi nationale, pour décider quelle sera la finalité du fichier automatisé, quelles catégories de données à caractère personnel doivent être enregistrées et quelles opérations leur seront appliquées » (article 2, d, de la Convention n° 108).

618. - ... au responsable du traitement. Dans le cadre d'une modernisation de ladite Convention, le « maître du fichier » est remplacé par le « responsable du traitement »³³³³. Désormais, l'article 2, d, se lit comme suit : « le “responsable du traitement” signifie : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service, l'agence ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, dispose du pouvoir de décision à l'égard du traitement des données ». Selon le rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention n° 108, le responsable est celui « qui dispose du pouvoir de décision à l'égard des finalités et moyens du traitement de données, que ce soit en vertu d'une désignation officielle ou de circonstances factuelles à apprécier au cas par cas »³³³⁴. Et d'ajouter que « [d]'autres facteurs pertinents dans cet exercice de qualification comprennent le fait de contrôler ou non les méthodes du traitement, le choix des données à traiter et les personnes autorisées à y accéder »³³³⁵.

La modernisation de la Convention n° 108 s'inscrit dans les pas de la réglementation européenne en matière de protection des données à caractère personnel et de sa récente actualisation. La directive 95/46/CE recourait à l'expression « responsable du traitement »³³³⁶,

³³³² Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58, exposé des motifs, § 40.

³³³³ Il n'y a donc plus aucune attache à un objet, le fichier. On est désormais responsable d'activités exécutées sur des données. Voy., en ce sens, Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 3.

³³³⁴ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 22.

³³³⁵ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 22.

³³³⁶ Article 2, d), de la directive 95/46/CE.

celle-ci ayant tout naturellement été reprise par le RGPD. Son article 4, 7), entend ce responsable comme étant la « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre ». Il s'agit concrètement de la personne, physique ou morale, l'organisme³³³⁷, effectuant certains choix « qui président à la définition et à la mise en œuvre des traitements »³³³⁸ et qui assume ensuite la responsabilité de ces choix³³³⁹.

619. - La détermination des finalités et des moyens. L'un des éléments centraux de la définition est la capacité à « déterminer » les finalités et les moyens d'un traitement, bref à prendre les décisions relatives à un traitement³³⁴⁰. Cette capacité se déduit « généralement d'une analyse des éléments factuels ou des circonstances de l'espèce »³³⁴¹. Il y a donc lieu de privilégier une approche factuelle – ou fonctionnelle – plutôt qu'une approche formelle³³⁴². Ce processus de détermination porte, selon le RGPD, tant sur les finalités que sur les moyens. La responsabilité peut en outre être conjointement engagée, sans être pour autant obligatoirement équivalente dans le chef de chaque coresponsable³³⁴³. En réalité, les moyens représentent « la façon de parvenir à un résultat »³³⁴⁴, c'est-à-dire à une finalité, celle-ci étant entendue comme

³³³⁷ L'expression utilisée par le texte « tout autre organisme », démontre clairement qu'il y a lieu d'apprécier largement celui ou celle qui peut être qualifié(e) de responsable de traitement. En ce sens, voy. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, p. 374, n° 7.

³³³⁸ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAUX, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 1^{ère} partie », *J.T.D.E.*, 1997, p. 126.

³³³⁹ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 4.

³³⁴⁰ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 19. Les auteurs écrivent que the « [d]ecision-making power as to data processing can result from an explicit or implicit responsibility or from an actual influence as to the purposes and means of processing [...] ».

³³⁴¹ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 9. L'avis poursuit en précisant qu'« il conviendra d'examiner les opérations de traitement en question et de comprendre qui les détermine, en répondant dans un premier temps aux questions “pourquoi ce traitement a-t-il lieu ?” et “qui l'a entrepris ?” ».

³³⁴² A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, p. 375, n° 9. A titre d'exemple, voy. l'affaire SWIFT, et l'avis 10/2006 du Groupe de travail « Article 29 » du 22 novembre 2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), WP 128. Voy. toutefois l'article 4, 7), du règlement qui indique que le responsable du traitement peut être désigné par le droit de l'Union européenne ou le droit national lorsque les finalités et moyens d'un traitement sont eux-mêmes déterminés par l'une de ces sources juridiques.

³³⁴³ Voy. notamment C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, §§ 35 à 43.

³³⁴⁴ Sur les types de moyens, voy. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, p. 376, n° 11 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 15.

le « résultat attendu qui est recherché ou qui guide les actions prévues »³³⁴⁵. Autrement dit, les traitements sont mis en œuvre grâce à des moyens – techniques, organisationnels ou financiers – afin d’arriver à un résultat, une finalité déterminée précisément à l’avance. Le Groupe de travail « Article 29 » affirme que « [l]a détermination des “moyens” englobe donc à la fois des questions techniques et d’organisation, auxquelles les sous-traitants peuvent tout aussi bien répondre (par exemple, “quel matériel informatique ou logiciel utiliser ?”), et des aspects essentiels qui sont traditionnellement et intrinsèquement réservés à l’appréciation du responsable du traitement, tels que “quelles sont les données à traiter ?”, “pendant combien de temps doivent-elles être traitées ?”, “qui doit y avoir accès”, etc. »³³⁴⁶.

620. - Une notion connexe : le sous-traitant. L’article 4, 8), du RGPD³³⁴⁷ définit le sous-traitant comme « la personne physique ou morale, l’autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement »³³⁴⁸. Le sous-traitant doit disposer d’une personnalité juridique distincte de celle du responsable du traitement et doit traiter des données pour le compte du sous-traitant, c’est-à-dire en suivant les instructions qui lui ont été données « au moins en ce qui concerne la finalité du traitement et les éléments essentiels des moyens »³³⁴⁹. Si, en revanche, les finalités et moyens sont déterminés directement par le sous-traitant, ce dernier est alors « considéré comme un responsable du traitement pour ce qui concerne ce traitement »³³⁵⁰.

³³⁴⁵ Ces définitions sont tirées de l’avis 1/2010 du 16 février 2010 du Groupe de travail « Article 29 » relatif aux notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 13. Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, la finalité est le « [c]aractère de ce qui tend à un but ; le fait de tendre à ce but, par l’adaptation de moyens à des fins ». Quant au moyen, il s’agit de « [c]e qui sert pour arriver à une fin ».

³³⁴⁶ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 15.

³³⁴⁷ Sur le sous-traitant, voy. aussi les articles 28 et 29 du règlement ainsi que le considérant n° 81 ; A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., pp. 121 à 127.

³³⁴⁸ La directive 95/46/CE proposait exactement la même définition (article 2, e)), liant toutefois cette définition au terme « sous-traitement » (ce qui, au demeurant, était tout à fait illogique, le sous-traitement ne pouvant être une personne physique ou morale, un organisme ou une autorité).

³³⁴⁹ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 27.

³³⁵⁰ Article 28, § 10, du RGPD.

621. - Le principe d'*accountability*³³⁵¹. Le RGPD innove en consacrant le principe d'*accountability*³³⁵², c'est-à-dire l'idée « de laisser plus de marge de manœuvre aux responsables de traitement et à leur(s) sous-traitant(s) pour assurer la conformité de leurs traitements avec le cadre légal applicable à ceux-ci, tout en exigeant de ces derniers d'être en mesure de pouvoir démontrer, prouver, cette conformité »³³⁵³. Cette définition entend positivement ce principe. Cela étant, il est essentiellement conçu comme une obligation générale, pour les responsables de traitement et sous-traitants, « de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer »³³⁵⁴ que les traitements soient effectués conformément au texte du règlement. Découle donc de ce principe trois obligations générales à charge du responsable du traitement : une obligation de respect du RGPD, une obligation visant à vérifier constamment ce respect ainsi qu'une obligation de démontrer – voire prouver – ce respect³³⁵⁵. Il s'agit bien de responsabiliser les responsables des traitements durant toutes les étapes des traitements de données. Cette responsabilisation s'est concrétisée par un renversement de la charge de la preuve, dès lors que c'est désormais au responsable du traitement à tout moment que son traitement respecte le prescrit du RGPD, et qu'il n'y a dès lors aucune violation de ce texte.

³³⁵¹ Outre les brefs développements proposés, voy. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, pp. 381 à 386, n° 21 à 32 ; J. ALHADEFF, B. VAN ALSENOY, J. DUMORTIER, « The Accountability Principle in Data Protection Regulation : Origin, Development and Future Directions », in D. GUAGNIN, L. HEMPEL, C. ILTEN, I. KROENER, D. NEYLAND, H. POSTIGO (éds.), *Managing Privacy through Accountability*, Londres, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 49 à 82 ; L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, pp. 76 et 77, n° 13, et pp. 141 à 144 ; P. VOIGT, A. VOM DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.* pp. 31 et 32 ; Groupe de travail « Article 29 », avis n° 3/2010 adopté le 13 juillet 2010 sur le principe de responsabilité, WP 173 ; Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, pp. 115 à 119, n° 19 à 22.

³³⁵² Le principe est cependant déjà inscrit dans les lignes directrices de l'OCDE régissant le droit à la vie privée (recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, C(80)58, article 14 : « [t]out maître du fichier devrait être responsable du respect des mesures donnant effet aux principes énoncés ci-dessous »). Il est en outre repris dans les travaux du Groupe de travail « Article 29 » visant à réformer la directive 95/46/CE (Groupe de travail « Article 29 », *The future of Privacy : joint contribution to the Consultation of European Commission on the legal framework for the fundamental right to the protection of personal data*, WP 168, 1^{er} décembre 2009, spéc. p. 20, §§ 79 et 80). Sur les prémices de ce principe, voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, pp. 77 et 78, n° 14.

³³⁵³ A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *op. cit.*, p. 371, n° 1.

³³⁵⁴ A. BELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, *op. cit.*, p. 121 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 38.

³³⁵⁵ *Ibidem*. Voy. aussi le considérant n° 74 du RGPD.

Le principe est consacré à l'article 5, § 2³³⁵⁶ : « [l]e responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité) », ledit paragraphe renvoyant aux principes relatifs au traitement des données. Il figure en outre à l'article 24 du RGPD³³⁵⁷ ainsi que dans le cadre d'une série de dispositions plus concrètes qui tendent à lui donner une consistance plus précise.

§ 2. Le responsable du traitement dans la jurisprudence

622. - Focus sur l'affaire *Google Spain* : les conclusions de l'Avocat général. Il importe de souligner, à propos de la notion de responsable de traitement, les enseignements de l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne. L'affaire concerne la potentielle responsabilité d'un moteur de recherche.

Dans ses conclusions, l'Avocat général Niilo Jääskinen³³⁵⁸ estime qu'en l'espèce, *Google* ne doit pas être considéré comme un responsable de traitement de données à caractère personnel. Le contraire aboutirait à interpréter trop largement la directive 95/46/CE. Tout en s'appuyant sur l'avis 1/2010 du Groupe de travail « Article 29 » relatif aux notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant »³³⁵⁹, il souligne que le moteur de recherche « n'exerce pas de contrôle sur les données à caractère personnel figurant sur les pages web de tiers. Le fournisseur de services n'est "conscient" de l'existence de données à caractère personnel qu'en ce sens que, d'un point de vue statistique, il est probable que des pages web comportent des données à caractère personnel. Au cours du traitement des pages web source aux fins d'exploration, d'analyse et d'indexation, les données à caractère personnel ne se manifestent en tant que telles d'aucune manière particulière » (§ 84). Cette absence de contrôle

³³⁵⁶ Voy. aussi les considérants n° 50 et 157 du RGPD, ainsi que Groupe de travail « Article 29 », Lignes directrices du 27 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01.

³³⁵⁷ L'article 24, § 1^{er}, affirme que « [c]ompte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement. Ces mesures sont réexaminées et actualisées si nécessaire ». L'article 24, § 2, précise que « [l]orsque cela est proportionné au regard des activités de traitement, les mesures visées au paragraphe 1 comprennent la mise en œuvre de politiques appropriées en matière de protection des données par le responsable du traitement ».

³³⁵⁸ Conclusions de l'Avocat général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

³³⁵⁹ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, p. 15.

concret ne lui permet pas d'endosser la qualité de responsable de traitement, d'autant plus que « [l]e fournisseur de services de moteur de recherche sur Internet n'a aucun rapport avec le contenu des pages web source de tiers » (§ 86). Une telle affirmation est correcte, la Cour le confirme d'ailleurs dans son arrêt en distinguant clairement la responsabilité du moteur de recherche de celle de l'éditeur³³⁶⁰. A défaut d'un tel contrôle, en l'absence d'une telle maîtrise sur le contenu, les fournisseurs de services de moteur de recherche ne peuvent être déclarés responsables.

L'Avocat général s'appuie notamment sur une affirmation du Groupe de travail « Article 29 » qui indique, dans son avis 1/2008, que « [l]e principe de proportionnalité veut que, lorsqu'un fournisseur de moteur de recherche agit exclusivement en tant qu'intermédiaire, il ne soit pas considéré comme le principal responsable du traitement des données à caractère personnel effectué. Dans ce cas, les responsables principaux sont les fournisseurs d'informations »³³⁶¹. Ce qui n'est en revanche pas indiqué dans le raisonnement de l'Avocat général, c'est que le même avis du Groupe de travail indique préalablement qu'« [u]n fournisseur de moteur de recherche qui traite des données d'utilisateur comprenant des adresses IP et/ou des "cookies" persistants contenant un identifiant unique relève de la définition du responsable du traitement, puisqu'il détermine effectivement les finalités et les moyens du traitement »³³⁶². L'avis nuance son raisonnement en indiquant encore que « [l]es moteurs de recherche ne se bornent pas toujours exclusivement à un rôle d'intermédiaire. Par exemple, certains d'entre eux stockent des parties entières de contenus sur internet [...] sur leurs serveurs. En outre, on ne sait pas jusqu'à quel point les moteurs de recherche ciblent activement les informations personnellement identifiables dans les contenus qu'ils traitent. [...] Les fournisseurs de moteurs de recherche peuvent ainsi effectuer des opérations à valeur ajoutée, liées à des caractéristiques ou à des types de données à caractère personnel, sur les informations qu'ils traitent. Dans ce cas, ils sont entièrement responsables au regard de la législation en matière de protection des données, des contenus affichés dans la liste des résultats à la suite du traitement des données à caractère personnel. Un moteur de recherche qui vend de la publicité induite par des données à caractère personnel, comme le nom d'une personne, est soumis à la

³³⁶⁰ Sur cette distinction, voy. *supra*.

³³⁶¹ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, WP 148, p. 15.

³³⁶² Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, WP 148, p. 9.

même responsabilité »³³⁶³. Le Groupe de travail « Article 29 » ajoute encore que le fait de stocker, dans la mémoire cache, des informations constitue un élément supplémentaire démontrant que le moteur de recherche va au-delà de son rôle exclusif d'intermédiaire. Ces différentes actions menées sur les données, l'Avocat général les a lui-même pointées dans ses conclusions³³⁶⁴, soulignant *in fine* que *Google* ne se borne pas à un rôle exclusif d'intermédiaire.

La lecture des conclusions de l'Avocat général et des avis du Groupe de travail « Article 29 » oblige à prendre en compte les circonstances de chaque cas d'espèce, compte tenu du rôle exact du moteur de recherche : est-il exclusivement intermédiaire, ou en fait-il davantage ? On le comprend rapidement, la plupart des moteurs de recherche ont ces fonctions supplémentaires impliquant *de jure* qu'ils ne peuvent être considérés comme étant exclusivement des intermédiaires.

623. - Focus sur l'affaire *Google Spain* : quand la Cour ne suit pas les conclusions de l'Avocat général. La grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt du 13 mai 2014, ne suit pas son Avocat général, jugeant *Google* responsable du traitement effectué dès lors que l'entreprise américaine détermine les finalités et les moyens du traitement. La Cour indique qu'« il est constant que cette activité des moteurs de recherche joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées. De plus, l'organisation et l'agrégation des informations publiées sur internet effectuées par les moteurs de recherche dans le but de faciliter à leurs utilisateurs l'accès à celles-ci peut conduire, lorsque la recherche de ces derniers est effectuée à partir du nom d'une personne physique, à ce que ceux-ci obtiennent par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet leur permettant d'établir un profil plus ou moins détaillé de la personne concernée » (§§ 36 et 37). La Cour souligne ensuite que l'activité d'un moteur de recherche, « en tant que personne déterminant les finalités et les

³³⁶³ Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, WP 148, p. 16.

³³⁶⁴ Voy. les conclusions de l'Avocat général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, §§ 70 à 75. Sur la mémoire cache, l'Avocat général souligne toutefois que « les contenus de la mémoire cache des moteurs de recherche sur Internet ne peuvent être considérés comme relevant du contrôle du fournisseur de services, puisque le cache résulte de processus entièrement techniques et automatisés » (§ 92). Sur ce point, l'Avocat général semble donc s'éloigner de l'avis précité du Groupe de travail « Article 29 ».

moyens de cette activité » (§ 38) est susceptible d'affecter « significativement et de manière additionnelle par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel » (§ 38).

Dans son raisonnement, la Cour reste finalement extrêmement lacunaire sur les justifications avancées pour considérer que les moteurs de recherche déterminent des finalités et mettent en œuvre des moyens pour les atteindre. Elle se limite à expliciter, en ses propres mots, le service offert par les exploitants de moteurs de recherche lorsqu'ils répondent à une sollicitation d'un internaute lancée à partir du nom d'une personne physique³³⁶⁵. Elle apporte cependant quelques éléments complémentaires en évoquant la possibilité qu'ont les éditeurs de sites web « d'indiquer aux exploitants de moteurs de recherche [...] qu'ils souhaitent qu'une information déterminée, publiée sur leur site, soit exclue en totalité ou partiellement des index automatiques de ces moteurs » (§ 39). Pour les juges de Luxembourg, « cette circonstance ne change pas le fait que les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par cet exploitant. En outre, à supposer même que ladite faculté des éditeurs de sites web signifie que ceux-ci déterminent conjointement avec ledit exploitant les moyens dudit traitement, cette constatation n'enlèverait rien à la responsabilité de ce dernier », dès lors que la responsabilité peut être endossée seule ou conjointement (§ 40).

624. - Focus sur l'affaire *M.L. et W.W. c. Allemagne*. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* rendu le 28 juin 2018³³⁶⁶ reprend, en partie, le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne. La requête concerne la suppression d'informations présentes en ligne, notamment dans des archives³³⁶⁷. Les juges de Strasbourg, faisant un lien direct entre l'affaire traitée et les enseignements rendus par leurs homologues luxembourgeois dans l'affaire *Google Spain*, admettent « que c'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants tenues à disposition par les médias concernés peuvent facilement être repérées par les internautes. Il n'en demeure pas moins que l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la

³³⁶⁵ Il est *a priori* difficile d'indiquer si, le fait que la requête concerne l'identité d'une personne, est un élément prépondérant ayant permis à la Cour de considérer *Google* comme responsable du traitement. Bien que la Cour souligne à plusieurs reprises cette particularité, il semble que toute requête sollicitée à partir de données à caractère personnel permettant d'identifier, directement ou indirectement, une personne, doit aboutir au même raisonnement – et donc à la même conclusion de la part de la Cour de justice. Le contraire reviendrait à reconnaître à l'identité de la personne un statut particulier dans le vaste champ des données considérées comme étant à caractère personnel.

³³⁶⁶ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

³³⁶⁷ Pour un résumé plus complet de cette affaire, voy. *supra*.

vie privée résulte de la décision des médias concernés de publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public, les moteurs de recherche ne faisant qu'amplifier la portée de l'ingérence en question. Cela dit, en raison de cet effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations et de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit la publication de l'information sur la personne concernée, les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci » (§ 97).

§ 3. Le responsable du traitement et le droit à l'oubli d'informations non journalistiques

625. - Le responsable du traitement en cas d'application du droit à l'oubli. Le RGPD met en œuvre plusieurs dispositions qui concrétisent l'oubli. Celles-ci doivent être utilisées par les personnes concernées à l'encontre des responsables de traitement, sauf pour le principe de finalité qui joue même en l'absence d'intervention des personnes concernées. Dans l'environnement numérique, cette responsabilité peut être endossée soit par l'éditeur d'un site web, soit par l'auteur d'un contenu, soit encore par un moteur de recherche.

L'arrêt précité *Google Spain* enseigne qu'il faut distinguer d'une part, la responsabilité du moteur de recherche, et d'autre part, la responsabilité de l'éditeur d'un site web. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, les deux sont des responsables de traitements différents pouvant potentiellement porter atteinte aux droits fondamentaux (§ 83), notamment les droits à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

En ce qui concerne le moteur de recherche, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît que Google, en tant qu'exploitant d'un tel moteur, « 'collecte' » des données personnelles qu'il « 'extrait', 'enregistre' et 'organise' par la suite dans le cadre de ses

programmes d'indexation, 'conserve' sur ses serveurs et, le cas échéant, 'communique à' et 'met à disposition de' ses utilisateurs sous forme de listes de résultats de leurs recherches » (§ 28 de l'arrêt). L'ensemble de ces opérations constitue, selon les termes de l'article 2, b), de la directive 95/46/CE, un traitement³³⁶⁸, « sans qu'il importe que l'exploitant du moteur de recherche applique les mêmes opérations également à d'autres types d'information et ne distingue pas entre celles-ci et les données à caractère personnel » (§ 28). La Cour ajoute que l'exploitant du moteur de recherche est le « responsable du traitement »³³⁶⁹ dès lors qu'il détermine les finalités et les moyens du traitement.

La Cour distingue ces deux acteurs présents sur internet. Concernant l'exploitant d'un moteur de recherche, la Cour de justice de l'Union européenne considère que son traitement « est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée » (§ 87), dès lors que l'accessibilité à l'information en est grandement facilitée. Par ces termes, la Cour confirme le rôle important que jouent les moteurs de recherche dans la concrétisation du droit de recevoir des informations. En ce qui concerne l'éditeur d'un site web, la Cour met en garde compte tenu de l'existence de dérogations pour les traitements effectués « aux seules fins de journalisme » (§ 85)³³⁷⁰. A demi-mot³³⁷¹ et *a contrario*, la Cour considère qu'un traitement effectué par un exploitant d'un moteur de recherche dans le cadre d'une requête effectuée en ligne par un internaute n'est pas un traitement effectué « aux seules fins de journalisme ». Il y a lieu d'abonder dans le sens de la Cour en estimant que l'intérêt économique non négligeable semble être la justification déterminante d'un tel traitement.

626. - Les responsables de traitement et le droit à l'oubli. Tant l'éditeur d'un site web, que le journaliste, auteur d'un article, que le fournisseur d'un service de moteur de recherche, peuvent être considérés comme des responsables de traitement compte tenu de la réglementation européenne en matière de protection des données et de son interprétation donnée par la Cour de justice. L'ensemble des droits ne sont pas toujours d'application à l'égard de tous ces types de responsable de traitement (voy. *infra*).

³³⁶⁸ Dans le RGPD, l'esprit de la définition du terme « traitement » demeure le même que celui de la directive 95/46/CE. Voy. *supra*.

³³⁶⁹ L'article 2, d), de la directive se retrouve en grande partie à l'article 4, 7), du RGPD. Voy. *supra*.

³³⁷⁰ Article 9 de la directive 95/46/CE, article 85 du RGPD. Voy. *infra*.

³³⁷¹ Voy. la Cour qui précise que « le traitement par l'éditeur d'une page web, consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique, peut, le cas échéant, être effectué "aux seules fins de journalisme" et ainsi bénéficier, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci, tandis que tel *n'apparaît pas être le cas* s'agissant du traitement effectué par l'exploitant d'un moteur de recherche » (nous soulignons). La formule n'est pas totalement précise.

Section 4. L'anonymisation vs la pseudonymisation

627. - Anonymisation vs pseudonymisation. L'anonymisation et la pseudonymisation sont deux processus différents concrétisant d'une certaine façon l'oubli d'informations ou de données. Dans le cadre des développements relatifs au droit à l'oubli d'informations journalistiques, la distinction entre ces deux techniques a été abordée, l'anonymisation ayant fait l'objet de quelques développements (voy. *supra*). Il importe, avant même de développer les mises en œuvre concrètes du droit à l'oubli, consacrées par le RGPD, de distinguer clairement les deux notions. En effet, le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108 indique que « [l]'utilisation d'un pseudonyme ou de tout identifiant/identité numérique n'entraîne pas l'anonymisation des données, la personne concernée pouvant encore être identifiable ou individualisée »³³⁷².

Comme indiqué préalablement, des données sont dites anonymisées lorsque « tous les éléments identifiants ont été supprimés d'un ensemble de données à caractère personnel. Les informations ne doivent plus contenir aucun élément qui soit susceptible au moyen d'un effort raisonnable, de servir à réidentifier la ou les personnes concernées. Lorsque des données ont été correctement anonymisées, elles ne sont plus des données à caractère personnel »³³⁷³, et ne sont donc plus soumises aux dispositions du RGPD. Cela étant, « [d]es données en apparence anonymes car non assorties d'un élément d'identification évident peuvent néanmoins, dans certains cas (ne nécessitant pas des délais, activités ou ressources déraisonnables), permettre l'identification d'une personne. C'est notamment le cas lorsque la combinaison de différents types de données, telles que des données physiques, physiologiques, génétiques, économiques ou sociales (combinaison de données relatives à l'âge, au sexe, à l'activité professionnelle, à la géolocalisation, à la situation de famille, etc.) permet au responsable du traitement, ou à toute autre personne, d'identifier la personne concernée. Dans pareille situation, les données ne

³³⁷² Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 18.

³³⁷³ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014, p. 48. Dans le même sens, AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 93.

sauraient être considérées comme anonymes et sont couvertes par les dispositions de la Convention »³³⁷⁴.

La pseudonymisation est consacrée par le RGPD. Son article 4, 5), la définit comme « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable ». Concrètement, la pseudonymisation implique un remplacement des données identifiantes par un pseudonyme ou, autrement dit, par la technique du cryptage³³⁷⁵.

A l'instar du chiffrement³³⁷⁶, la pseudonymisation constitue une mesure permettant de sécuriser le traitement de données compte tenu notamment des risques pour le droit à la vie privée de la personne concernée³³⁷⁷. Selon le considérant n° 28 du RGPD, « [l]a pseudonymisation des données à caractère personnel peut réduire les risques pour les personnes concernées et aider les responsables du traitement et les sous-traitants à remplir leurs obligations en matière de protection des données. L'introduction explicite de la pseudonymisation dans le présent règlement ne vise pas à exclure toute autre mesure de protection des données »³³⁷⁸.

³³⁷⁴ Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 19.

³³⁷⁵ AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014, p. 48. Dans le même sens, AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 93.

³³⁷⁶ Sur le chiffrement, voy. le considérant n° 83 du RGPD qui indique, « [a]fin de garantir la sécurité et de prévenir tout traitement effectué en violation du présent règlement, il importe que le responsable du traitement ou le sous-traitant évalue les risques inhérents au traitement et mette en œuvre des mesures pour les atténuer, telles que le chiffrement ». L'article 34, § 3, a), précise lui que « le responsable du traitement a mis en œuvre les mesures de protection techniques et organisationnelles appropriées et ces mesures ont été appliquées aux données à caractère personnel affectées par ladite violation, en particulier les mesures qui rendent les données à caractère personnel incompréhensibles pour toute personne qui n'est pas autorisée à y avoir accès, telles que le chiffrement ».

³³⁷⁷ A cet égard, voy. les articles 6, § 4, e), et 32 du RGPD.

³³⁷⁸ Voy., dans la continuité de ce considérant, le considérant n° 29 : « [a]fin d'encourager la pseudonymisation dans le cadre du traitement des données à caractère personnel, des mesures de pseudonymisation devraient être possibles chez un même responsable du traitement, tout en permettant une analyse générale, lorsque celui-ci a pris les mesures techniques et organisationnelles nécessaires afin de garantir, pour le traitement concerné, que le présent règlement est mis en œuvre, et que les informations supplémentaires permettant d'attribuer les données à caractère personnel à une personne concernée précise soient conservées séparément. Le responsable du traitement qui traite les données à caractère personnel devrait indiquer les personnes autorisées à cet effet chez un même responsable du traitement ».

La mise en œuvre de la pseudonymisation n'exclut pas l'application du RGPD³³⁷⁹. En effet, le considérant n° 26 rapporte que « [l]es données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable ».

Chapitre 2. Les limitations en faveur de la liberté d'expression

628. - La liberté d'expression, une valeur concurrente à la protection des données ? Le RGPD contient plusieurs dispositions ayant vocation à établir un équilibre entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression. De telles mesures sont essentielles dès lors que ces droits cohabitent, sans être hiérarchisés, en ayant des objectifs *a priori* contraires. Le considérant n° 4 du règlement affirme d'ailleurs que « [l]e droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique »³³⁸⁰. Le RGPD se doit d'établir des principes visant à permettre que le droit à la protection des données qu'il consacre puisse s'appliquer sans restreindre à outrance d'autres droits fondamentaux consacrés, et notamment le droit à la liberté d'expression et d'information. Il faut constater que le texte européen est, sur ce point, défaillant et se montre « assez imprécis sur la manière de réaliser cet objectif »³³⁸¹, laissant une marge de manœuvre – trop – importante

³³⁷⁹ Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 18 (« [l]es données pseudonymisées doivent donc être considérées comme des données à caractère personnel et sont à ce titre couvertes par les dispositions de la Convention »).

³³⁸⁰ Sur cette proportionnalité, voy. aussi C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren i Jönköping*, §§ 85 à 88 (§ 87 : « il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme à la directive 95/46, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de cette dernière qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité »).

³³⁸¹ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 765, n° 2.

aux Etats membres. A titre d'illustration, alors que le considérant précité semble laisser entendre que dès lors qu'il y a conflit, les droits fondamentaux doivent être mis en balance, les dispositions du RGPD ne sont pas toutes aussi claires à ce sujet, certaines indiquant clairement qu'une pondération doit être faite, d'autres s'abstenant de le préciser³³⁸².

La Cour de justice de l'Union européenne reconnaît d'ailleurs l'existence de cette marge de manœuvre. Dans son arrêt *Lindqvist*³³⁸³, elle affirme qu'« [i]l est vrai que les États membres disposent à maints égards d'une marge de manœuvre en vue de la transposition de la directive 95/46. Toutefois, rien ne permet de considérer que le régime que celle-ci prévoit manque de prévisibilité ou que ses dispositions sont, en tant que telles, contraires aux principes généraux du droit communautaire et, notamment, aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (§ 84). Elle poursuit son raisonnement en se focalisant sur le droit à la liberté d'expression en considérant que « les dispositions de la directive 95/46 ne comportent pas, en elles-mêmes, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant notamment à l'article 10 de la CEDH. Il appartient aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la directive 95/46 d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire » (§ 90).

Tel était le raisonnement tenu dans le cadre d'une directive européenne, un tel texte laissant *de facto* une certaine marge de manœuvre aux Etats membres. Le recours à un règlement aurait dû restreindre, sinon supprimer, cette latitude. On ne peut que constater que cette marge inhérente à l'instrument juridique qu'était la directive est devenue, à certains égards, une carence dans un règlement incapable d'aboutir à une réelle uniformisation.

Il faut encore indiquer que l'arrêt *Lindqvist* ne s'inscrit pas dans une application de l'article 9 de la directive, soit la disposition qui formalisait les dérogations en faveur des traitements effectués aux seules fins de journalisme. Pour Quentin Van Enis, découle de cet arrêt une « obligation de prise en compte générale de la liberté d'expression et du principe de proportionnalité [...] au-delà de l'obligation, prévue par la directive, imposant aux Etats

³³⁸² Voy. notamment la formulation des articles 17, § 3, et 85, § 2, du RGPD.

³³⁸³ C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren i Jönköping*.

membres de mettre en place » ces dérogations³³⁸⁴. Cette clause générale semble avoir été formalisée à l'article 85, § 1^{er}, du RGPD. En ce qui concerne l'existence d'un principe transversal de proportionnalité dès lors que la protection des données se heurte à la liberté d'expression, il a déjà été indiqué que les choses sont moins claires (voy. *supra*, et *infra*).

629. - Les dispositions réglementaires et législatives en faveur de la liberté d'expression.

Les développements qui suivent vont, dans un premier temps, analyser le contenu et la portée de l'article 85 (Section 1^{ère}). Cette disposition n'est toutefois pas l'unique point de ralliement et de conciliation entre la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression. En effet, l'article 17, § 3, a), du RGPD inscrit la liberté d'expression comme une exception au droit à l'effacement (Section 2). Enfin, dès lors que l'article 85 délègue aux Etats membres l'instauration de régimes nationaux conciliant ces libertés, les dispositifs belges et français sont analysés (Section 3).

Section 1^{ère}. L'article 85 du RGPD

§ 1^{er}. L'absence d'uniformisation des dispositions en faveur du droit à la liberté d'expression

630. - L'article 85 : un manquement à l'uniformisation. L'un des premiers motifs d'insatisfaction de cette disposition³³⁸⁵ est inscrit dès le début de l'article 85, § 1^{er}, ce dernier laissant aux Etats membres le soin de concilier le droit à la protection des données à caractère personnel « et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». Le considérant n° 153 est extrêmement clair : « les États membres devraient adopter des dispositions législatives qui fixent les exemptions et dérogations nécessaires aux fins d'assurer un équilibre entre ces droits fondamentaux. Les États membres devraient adopter de telles exemptions et dérogations en ce qui concerne les principes généraux, les droits de la personne concernée, le responsable du traitement et le sous-traitant, le transfert de données à caractère

³³⁸⁴ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 772, n° 9.

³³⁸⁵ Outre le fait que la lecture de l'article 85, même accompagnée du considérant n° 153, n'est pas aisée (R. TINIÈRE, « Article 8. Protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 195).

personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, les autorités de contrôle indépendantes, la coopération et la cohérence, ainsi que les situations particulières de traitement des données ».

L'objectif d'uniformisation du régime souhaité par le passage d'une directive à un règlement n'est donc pas complet puisque chaque Etat membre est désormais compétent pour exécuter cette conciliation³³⁸⁶. L'on retrouve *in fine* la même logique, dommageable, que celle contenue dans la directive 95/46/CE. Conscient de la situation, le considérant n° 153, pragmatiquement et de façon tout à fait lucide, indique que « [l]orsque ces exemptions ou dérogations diffèrent d'un État membre à l'autre, le droit de l'État membre dont relève le responsable du traitement devrait s'appliquer »³³⁸⁷.

§ 2. La protection du droit à la liberté d'expression et le journalisme

631. - La définition du journalisme. Comme indiqué préalablement (voy. *supra*), le RGPD n'apporte aucune définition de la notion de finalité journalistique. Pourtant la proposition de règlement datant de 2012³³⁸⁸ affirmait, dans un considérant n° 121, que « 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 », tout en ajoutant qu'« [i]l convient de ne pas limiter cette catégorie aux seules activités des entreprises de médias et d'y inclure tant celles qui poursuivent un but lucratif que celles qui n'en poursuivent pas ». Une telle définition, disparue dans le texte adopté en 2016,

³³⁸⁶ J. P. ALBRECHT, « How the GDPR Will Change the World », *op. cit.*, p. 287.

³³⁸⁷ Voy. dans le même sens l'avis du contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », 2011/C, J.O.U.E., C 181 du 22 juin 2011, §§ 52 et 53. Tout en soulignant la nécessité de restreindre la marge de manœuvre étatique, et donc de renforcer l'uniformisation, l'avis précise que cela ne doit pas aboutir à exclure systématiquement la diversité, et donc des divergences dans les régimes applicables. L'avis évoque un certain degré de flexibilité, notamment dans le cadre des mesures relatives à la liberté d'expression. Relevant l'article 9 de la directive, l'avis indique que « [c]ette flexibilité apparaît justifiée, sous réserve, bien entendu, des limitations prévues par la charte et la CEDH, étant donné les différentes traditions et les différences culturelles qui peuvent exister dans ce domaine dans les divers États membres. Toutefois, elle n'empêcherait pas une éventuelle actualisation de l'article 9 actuel sur la base des évolutions observées sur l'internet ».

³³⁸⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

s'inscrivait parfaitement dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³³⁸⁹.

Malgré l'absence de précision, tout laisse à penser que les enseignements tirés de l'analyse de l'article 9 de la directive 95/46/CE, ainsi que les décisions jurisprudentielles qui en ont découlé, demeurent d'application dans le champ d'application du RGPD. Le fait que le considérant n° 153 fasse une référence notamment à l'article 11 de la Charte qui consacre la liberté d'expression et d'information « laisse entrevoir une certaine continuité en la matière, et ce tant du point de vue de la jurisprudence de la Cour du Luxembourg, que celle de son homologue strasbourgeoise »³³⁹⁰. Cette référence renvoie en outre implicitement à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, par application de l'article 52, § 3, de la Charte, cette disposition indiquant que « [d]ans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

§ 3. Le régime de l'article 85

632. - Introduction. L'article 85 est composé de trois paragraphes qui nécessitent, chacun, une analyse particulière.

633. - L'article 85, § 1^{er}, du RGPD. Le premier précise que « [l]es États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». La disposition se conçoit *a priori* comme une clause générale visant à concilier la protection des données à la liberté d'expression. Elle indique que toute mesure visant à atteindre cet objectif doit être prévue par la loi, faisant clairement référence à la condition de légalité telle que reprise tant à

³³⁸⁹ Cette jurisprudence est développée *supra*.

³³⁹⁰ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 780, n° 12. L'auteur fait lui-même référence aux articles suivants : C. ETTELDORF, « Media privilege », in M. CAPPELLO (ed.), *Journalism and media privilege*, IRIS special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017, p. 16 (« the ECJ's case law on Article 9 DPD continues to be relevant for the interpretation of the GDPR [...] ») ; M. JOZWIAK, « The Scale Matters : The ECtHR Grand Chamber Finds That Prohibition of Mass Publication of 'Raw' Taxation Data Does Not Infringe Right to Freedom of Expression », *European Data Protection Law Review*, 2018/1, p. 133.

l'article 52, § 1^{er}, de la Charte qu'aux articles 8, § 2, et 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. Le caractère général de cette affirmation est cependant réduit dès lors que l'article 85, § 1^{er}, précise que la conciliation du droit à la protection des données se fait avec le droit à la liberté d'expression, « y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». Ces différentes finalités constituent des composantes particulières de la finalité plus large qu'est le respect du droit à la liberté d'expression. L'on peut s'interroger sur la nécessité – ou l'utilité – d'une telle précision complémentaire ainsi que sur son éventuelle redondance avec l'article 85, § 2. D'autant plus que le contenu de l'article 85, § 1^{er}, ne se retrouve pas, en tant que tel, dans l'article 9 de la directive 95/46/CE.

Il est intéressant de mettre en parallèle cette disposition avec l'analyse que l'Avocate générale Juliane Kokott a proposé dans ses conclusions précédant l'arrêt *Satamedia*³³⁹¹. S'interrogeant sur la portée exacte de l'article 9, elle note que « les États membres ne sont pas obligés de concilier la liberté d'expression et la protection de la vie privée exclusivement dans le cadre de l'article 9 de la directive 95/46. Ils peuvent également se fonder sur d'autres dispositions, étant donné que la directive, de manière globale, accorde la marge de manœuvre nécessaire aux États membres lors de l'adoption des mesures de transposition, qui peuvent être adaptées aux différents cas de figure envisageables » (§ 61). Ce raisonnement semble alors donner du sens à l'article 85, § 1^{er} : la disposition deviendrait le fondement permettant aux États membres de concilier la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel sans impliquer une application du dispositif particulier prévu dans le cadre du traitement journalistique. Une telle interprétation renforce le postulat selon lequel la liberté d'expression ne peut être assimilée au journalisme. Cela étant, affirmer cela, c'est *a priori* aller à l'encontre de la jurisprudence européenne qui, définissant le journalisme, l'assimile à la liberté d'expression (voy. *supra*).

634. - L'article 85, § 2, du RGPD. L'article 85, § 2, requiert que les États membres restreignent le régime de protection des données à caractère personnel lorsque le traitement est « réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire », et pour autant que ces dérogations soient « nécessaires pour concilier le droit à la

³³⁹¹ Conclusions de l'Avocate générale Juliane Kokott présentées le 8 mai 2008, C-73/07, *Tietosuojavalvutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*. Pour l'arrêt, voy. C.J.U.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuojavalvutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*.

protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information »³³⁹². Si l'on compare cette disposition à l'article 9 de la directive, l'on constate que la justification apportée par cette seconde disposition était plus stricte, dès lors que les dérogations devaient être mises en œuvre « dans la *seule* mesure où elles s'avèrent nécessaire pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ». C'est d'ailleurs un élément qui a été abondamment pris en compte par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Satamedia*³³⁹³. Le considérant n° 153 du RGPD dispose que « [d]ans le cadre du traitement de données à caractère personnel *uniquement* à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, il y a lieu de prévoir des dérogations ou des exemptions à certaines dispositions du présent règlement si cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information ». A nouveau, ces dérogations sont justifiées « si cela est nécessaire », sans qu'elles soient introduites dans la réglementation des Etats membres « dans la *seule* mesure où elles s'avèrent nécessaires » (selon les termes de la directive)³³⁹⁴. Le considérant ajoute toutefois le terme « uniquement » lorsqu'il vise les traitements qui donnent lieu à ces dérogations³³⁹⁵. Cela étant, comme il a été souligné préalablement, il s'agit bien de deux éléments distincts : premièrement, savoir quels sont les traitements bénéficiant de dérogations, deuxièmement, déterminer le motif de justification de ces exemptions.

L'article 85, § 2, requiert de la part des Etats membres la mise en œuvre, par voie législative³³⁹⁶, des dérogations lorsque le traitement est réalisé dans le cadre de certaines

³³⁹² Outre les propos développés ici, voy. aussi ceux relatifs à cette disposition et proposés dans le cadre de la définition du terme « journalisme », *supra*.

³³⁹³ Voy. *supra*. Voy. aussi les développements proposés pour l'arrêt suivant, C.J.U.E., 14 février 2019, C-345/17, *Sergejs Buivids*.

³³⁹⁴ Un parallèle peut être effectué avec l'arrêt *Google Spain*. La Cour de justice affirme que la protection des données à caractère personnel et le droit à la vie privée doivent prévaloir lorsqu'ils s'opposent au seul intérêt économique. En revanche, lorsqu'à cet intérêt économique s'ajoute un intérêt tiré de l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, cette hiérarchisation entre lesdits intérêts n'est plus de rigueur, une réelle balance des intérêts devant être faite sur base de critères notamment proposés par la Cour (C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 81).

³³⁹⁵ Sur ce terme, voy. en outre le commentaire proposé par Quentin Van Enis, relativisant sa portée : « [i]l est toutefois possible que l'adverbe "uniquement" vise à distinguer le régime spécifique applicable aux "fins journalistiques" et aux "fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire" du régime général de conciliation entre la protection des données et la liberté d'expression » (Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 782, n° 13). Une telle analyse renforce le postulat visant à considérer que l'article 85, § 1^{er}, vise une dérogation d'ordre général, alors que l'article 85, § 2, concerne des exemptions dans un contexte plus précis et moyennant le respect de conditions plus strictes.

³³⁹⁶ Bien que cela ne soit pas clairement indiqué à l'article 85, § 2, il y a lieu de considérer que l'indication faite à l'article 85, § 1^{er}, et qui porte sur un régime général de dérogation, s'applique à l'article 85, § 2, qui concerne un

finalités, et que ces dérogations se concilient avec le droit à la liberté d'expression. Cette disposition organise un régime particulier, conditionné, et plus précis que celui mis en place par l'article 85, § 1^{er}. Quentin Van Enis souligne, à raison, que « [l]a superposition de régimes gigognes au sein de l'article 85 du RGPD pourrait avoir pour conséquence paradoxale de mettre en place un régime apparemment plus précis s'agissant des hypothèses spécifiques listées au paragraphe 1 et explicitées au deuxième paragraphe de cet article, ce qui semble laisser croire que les Etats disposeraient d'une plus grande latitude pour faire échapper les traitements de données simplement justifiés par la liberté d'expression et non par les hypothèses spécifiques expressément prévues »³³⁹⁷.

L'application concrète de l'article 85, § 2, implique que les autorités nationales mettent en œuvre, dans l'adoption de leurs dérogations, une pondération des intérêts inhérents au droit à la protection des données à caractère personnel et ceux attachés au droit à la liberté d'expression. Une telle pondération ne semble, en revanche, plus devoir être mise en application lors de l'application des dérogations nationales à des cas d'espèce.

635. - L'article 85, § 3, du RGPD. L'article 85, § 3, prévoit que « [c]haque Etat membre notifie à la Commission les dispositions légales qu'il a adoptées en vertu du paragraphe 2 et, sans tarder, toute disposition légale modificative ultérieure ou toute modification ultérieure les concernant »³³⁹⁸. L'on peut s'étonner, si la distinction entre la clause générale de l'article 85, § 1^{er}, et la clause spécifique de l'article 85, § 2, est confirmée, que la notification ne porte que sur les dispositions législatives visées par la seconde clause. Aucune notification n'est requise dans le premier cas.

§ 4. Traiter des donner à des fins de liberté d'expression

régime spécifique. L'article 85, § 3, lève l'incertitude en évoquant les « dispositions légales [...] adoptées en vertu du paragraphe 2 ». Le considérant n° 153 va d'ailleurs en ce sens en affirmant que « les États membres devraient adopter des dispositions législatives qui fixent les exemptions et dérogations nécessaires aux fins d'assurer un équilibre entre ces droits fondamentaux ». Enfin, même en l'absence d'une telle précision, l'article 23 du règlement impose, en cas de limitation à ses propres dispositions, le respect de la condition de légalité. Cela renvoie enfin à l'article 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'aux articles 8, § 2, et 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur ces différents textes, voy. *infra*.

³³⁹⁷ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 782, n° 13.

³³⁹⁸ Pour une analyse de l'article 85, § 3, voy. Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 793 et 794, n° 24.

636. - Sur quel motif de licéité faut-il le fonder ? Malgré l'article 85 du règlement qui évoque explicitement les traitements à des fins de liberté d'expression et d'information, ainsi que les traitements réalisés à des fins journalistiques ou de diverses expressions, le RGPD ne prévoit pas expressément que ces objectifs puissent légitimer un traitement. L'article 6 qui donne une liste exhaustive des motifs de licéité ne fait en effet aucune mention de la liberté d'expression. La catégorie plus résiduelle prévue à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), et qui vise le « traitement [...] nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou un tiers », peut englober les traitements justifiés par la liberté d'expression. Ce fondement est d'autant plus concevable qu'il prévoit qu'un tel traitement est licite « à moins que ne prévalent les intérêts ou libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), *in fine*). L'appui sur ce motif de licéité présente l'avantage d'obliger la mise en œuvre d'une pondération des intérêts en présence³³⁹⁹.

Une autre base de légitimation visée à l'article 6 pourrait permettre de légitimer les traitements à des fins de liberté d'expression : l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, e), concerne le traitement « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public [...] ». Le règlement n'apporte pas d'indication sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « mission d'intérêt public ». A propos du même motif de licéité, le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108 en apporte quelques-unes. La Convention n° 108 modernisée indique que le traitement peut être effectué lorsqu'il s'appuie sur un fondement légitime prévu par la loi (article 5, § 2, de la Convention n° 108 modernisée). Le rapport précité souligne que ce « fondement légitime prévu par la loi » englobe notamment « le traitement réalisé pour des motifs d'intérêt public » (§ 46). Il poursuit en précisant qu'un tel traitement pour des motifs d'intérêt public « doit être prévu par la loi, notamment lorsqu'il s'agit d'un traitement à des fins monétaires, budgétaires et fiscales, à des fins de santé publique et de sécurité sociale, à des fins de prévention, d'investigation, de détection et de répression des infractions pénales et d'exécution des sanctions pénales, à des fins de protection de la sécurité nationale, de défense, de prévention, d'investigation, de détection et de répression des violations de la déontologie en

³³⁹⁹ Voy. aussi le considérant n° 69 du RGPD : « [i]l devrait incomber au responsable du traitement de prouver que ses intérêts légitimes impérieux prévalent sur les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée ».

ce qui concerne les professions réglementées, et à des fins d'exécution des décisions civiles et de protection de l'indépendance de la magistrature et de la procédure judiciaire » (§ 47)³⁴⁰⁰.

La Cour de justice de l'Union européenne apporte quelques indications complémentaires sur la notion de « mission d'intérêt public ». Elle a déjà considéré que font partie de ce type de mission « la perception de l'impôt et la lutte contre la fraude fiscale »³⁴⁰¹, la réparation par un organisme de droit privé des dommages matériels causés par un véhicule non assuré ou non identifié³⁴⁰², « l'activité d'une autorité publique consistant à sauvegarder, dans une base de données, des données que les sociétés sont tenues de communiquer sur la base d'obligations légales, à permettre aux personnes intéressées de consulter ces données et à leur fournir des copies de celles-ci relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique »³⁴⁰³. La Cour de justice a en outre estimé que les organismes de radiodiffusion publics « sont des établissements de droit public, pourvus de la personnalité juridique et investis d'une mission d'intérêt public »³⁴⁰⁴.

Compte tenu des précisions relatives à la notion d'intérêt public, il paraît plus complexe de reconnaître largement qu'un traitement fondé sur la liberté d'expression puisse constituer une mission d'intérêt public. Le cas des organismes de radiodiffusion publics constitue une particularité dès lors qu'ils sont financés par les autorités et doivent, en contrepartie, accomplir plusieurs missions de service public, c'est-à-dire d'intérêt public.

³⁴⁰⁰ Il ajoute qu'« [u]n traitement de données peut servir à la fois un motif d'intérêt public et les intérêts vitaux des personnes concernées, par exemple dans le cas de données traitées à des fins humanitaires, notamment pour la surveillance d'une épidémie potentiellement mortelle et de sa propagation, ou dans le cas d'urgences humanitaires. Cette dernière éventualité peut se présenter dans des situations de catastrophes naturelles où le traitement des données à caractère personnel de personnes portées disparues peut se révéler nécessaire, pendant une durée limitée, à des fins liées au contexte d'urgence à évaluer au cas par cas. Cela peut également se produire dans des situations de conflit armé ou d'autres formes de violence. Le traitement de données à caractère personnel par des autorités publiques aux fins de réaliser les objectifs, prévus par le droit constitutionnel ou le droit international public, d'associations à caractère religieux officiellement reconnues peut également être considéré comme étant effectué pour des motifs d'intérêt public ».

³⁴⁰¹ C.J.U.E., 27 septembre 2017, C-73/16, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky, Kriminálny úrad finančnej správy*, § 108.

³⁴⁰² C.J.U.E., 10 octobre 2017, C-413/15, *Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, §§ 34 à 38.

³⁴⁰³ C.J.U.E., 9 mars 2017, C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*, § 43. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. E. CRUYSMANS, E. MARIQUE, « Quand l'oubli s'imisce en droit des sociétés : vers une limitation de l'accès aux données contenues dans les registres des sociétés ? », *R.P.S./T.V.R.*, 2017/7, pp. 921 à 930.

³⁴⁰⁴ C.J.U.E., 13 décembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, § 14. Dans un sens identique, voy. C.J.U.E., 20 mai 2003, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*

Section 2. L'autre fondement du RGPD : l'article 17, § 3, a)

637. - L'article 17, § 3, a), du RGPD. L'article 17 du RGPD consacre le droit à l'effacement, appelé aussi le droit à l'oubli. Alors que le premier paragraphe évoque les cas dans lesquels cet effacement peut être mis en œuvre, le dernier paragraphe de la disposition énumère des dérogations au droit à l'effacement. Tel est notamment le cas lorsque le traitement est nécessaire « à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information »³⁴⁰⁵. Le considérant n° 65 soutient à cet égard que « la conservation ultérieure des données à caractère personnel devrait être licite lorsqu'elle est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». La généralité de la disposition et la façon dont elle est libellée font craindre des difficultés d'interprétation³⁴⁰⁶.

L'article 17, § 3, a), du règlement s'inscrit dans la lignée de l'article 85, § 1^{er}, qui indique que les Etats membres prévoient des dérogations afin de concilier protection des données et liberté d'expression et d'information. Pour le surplus, la disposition est analysée dans le cadre des développements relatifs au droit à l'effacement (voy. *infra*).

Section 3. Les dispositifs nationaux

638. - Introduction. Compte tenu d'une délégation faite par le RGPD aux Etats membres, ces derniers ont réglementés les traitements à des fins de liberté d'expression et d'information. La Belgique (§ 1^{er}) et la France (§ 2), à titre d'exemple, ont adopté de telles règles.

§ 1^{er}. La situation belge : de la loi du 8 décembre 1992 à la loi du 30 juillet 2018

³⁴⁰⁵ A noter que l'article 17, § 3, ne restreint pas l'exception à l'unique finalité de liberté d'expression et d'information (« aux seules fins de liberté d'expression et d'information »), comme c'est le cas dans d'autres dispositions. Sur cette condition d'unique finalité, présente dans la directive 95/46/CE, mais désormais absente du RGPD, voy. C.J.U.E., 14 février 2019, C-345/19, *Buivids*.

³⁴⁰⁶ L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 122, n° 9 (« [t]he provision is so general and vague that divergences in the interpretation of the right to be forgotten are to be expected »).

639. - Trois lois. Le régime belge de la protection des données à caractère personnel a évolué, passant de la loi du 8 décembre 1992 (A.), modifiée par la loi du 11 décembre 1998 (B.), à la loi du 30 juillet 2018 (C.), cette dernière faisant suite à l'entrée en application du RGPD.

A. Les limitations en faveur de la liberté d'expression dans la loi du 8 décembre 1992

640. - La loi du 8 décembre 1992. Dans la première version de la loi du 8 décembre 1992, aucune dérogation particulière n'est prévue pour des traitements de données effectués à des fins de journalisme, voire même plus largement des règles particulières afin de prendre en compte la liberté d'expression. A défaut de telles précisions, la loi s'appliquait pleinement à l'ensemble des traitements de données effectués par la presse, par les journalistes ainsi qu'à des fins de journalisme³⁴⁰⁷. Dans les discussions préalables à l'adoption de cette loi, cette absence a pourtant été soulevée, sans pour autant aboutir à une modification, sur ce point, du projet de loi. Dans le Rapport fait au nom de la Commission justice pour le Sénat, mention est faite des différences entre le texte belge et le projet de directive européenne, qui deviendra par la suite la directive 95/46/CE. Ce rapport indique que « [l]e projet de directive européenne prévoit une dérogation au principe de la protection de la vie privée en faveur des médias. L'article 9 impose en effet aux Etats de prévoir une telle dérogation afin de concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression. Ceci n'est que la consécration juridique d'une situation de fait existant dans les pays de la Communauté européenne. La seule obligation consiste donc dans le fait de prévoir de telles dérogations, le principe de subsidiarité s'appliquant pour le surplus, quant au contenu de celles-ci »³⁴⁰⁸. Le rapport poursuit en se demandant « s'il est opportun de prévoir l'obligation susmentionnée, puisqu'en dépit des

³⁴⁰⁷ Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 567, n° 443 ; M. FLAMÉE, T. LÉONARD, « La liberté de la presse à l'aune de la loi sur la protection des données : liberté responsable ou liberté surveillée », *R.G.D.C.*, 1997, p. 15. Voy. aussi le projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl. Sén.*, sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 59 (ci-après, « Rapport Vandenberghe »). Le rapport précise ceci : « [u]n autre membre se demande quelle incidence la projet aura sur l'activité de la presse. Dans quelle mesure la loi s'applique-t-elle aux données à caractère personnel enregistrées par la presse dans le but de réunir des informations ? Tous les articles, y compris les articles 4 à 8, s'appliquent-ils à la presse ? ». A cette question, la réponse du ministre semble être la suivante : « [s]i c'était le cas, toute presse critique pourrait bien devenir impossible. Strictement parlant, la presse tombe sous l'application de la loi en projet ». Voy., dans un sens identique, rapport Vandenberghe, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 75 ; projet de loi 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 des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 18.

³⁴⁰⁸ Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, pp. 6 et 7.

différences de statut existant pour les journalistes et les médias dans les divers pays de la Communauté, les médias ont de plus en plus une vocation transfrontalière. Pourquoi, dès lors, entre deux chaînes de télévision susceptibles d'être captées dans un même Etat, permettre à l'une, et non à l'autre, de diffuser certaines informations. Il en va de même pour la protection des personnes contre certaines divulgations »³⁴⁰⁹. Dans le cadre de la discussion générale, il est indiqué qu'un « membre est d'avis qu'il faudra une loi spéciale en ce qui concerne les médias (*cf.* la directive), pour concilier les intérêts de la liberté d'information avec la protection de la vie privée des personnes »³⁴¹⁰. Il est intéressant de pointer notamment le fait que le rapport s'interroge déjà sur les conséquences d'un renvoi aux Etats membres de cette possibilité de dérogation, à l'heure où les médias n'ont plus tout à fait vocation à restreindre leur champ de diffusion sur un territoire bien précis. Cette remarque rejoint celle relative à l'article 85 du RGPD (*voy. supra*).

Les travaux parlementaires ne font que peu état de la question relative à l'équilibre entre la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et de la presse. Les discussions ont cependant été plus importantes en réaction à un amendement déposé qui propose d'ajouter, à la disposition relative au champ d'application de la loi en projet, un nouveau point rédigé comme suit : « [l]a présente loi ne s'applique pas : [...] aux traitements de données à caractère personnel exclusivement destinées à l'information de la presse »³⁴¹¹. Faisant un parallèle avec les législations française et néerlandaise³⁴¹², les rédacteurs de cet amendement justifient leur amendement en indiquant qu'il permet une application sensée de la réglementation en projet au regard de la liberté de la presse³⁴¹³. Pourtant, l'amendement a fait l'objet de discussions, un membre du Sénat allant jusqu'à considérer qu'« [i]l pourrait être, en effet, la négation même de toute la philosophie du projet »³⁴¹⁴. Allant à l'encontre d'une telle modification du projet de loi, le représentant du ministre souligne que « [l]e problème posé est si difficile que le projet de directive l'a laissé aux Etats membres », faisant référence à la formulation du texte européen qui se limite à renvoyer les Etats membres à leur législation

³⁴⁰⁹ Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 7.

³⁴¹⁰ Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 40.

³⁴¹¹ Projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, amendements, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/11.

³⁴¹² Un extrait du texte néerlandais est repris dans les discussions parlementaires : « [e]n outre, la loi ne s'applique pas aux registres de données à caractère personnel exclusivement destinés à l'information du public par la presse, la radio ou la télévision ».

³⁴¹³ Dans les justifications de l'amendement, ils posent la question suivante : « [d]ans quelle mesure la loi s'applique-t-elle aux données à caractère personnel enregistrées par la presse en vue de réunir des informations ? ».

³⁴¹⁴ Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 72.

nationale. Cela étant, aucune disposition globale n'est adoptée en faveur de la presse dans le projet de loi, tout en garantissant la possibilité pour le Roi de modifier au besoin la règle, solution critiquable, certains parlementaires estimant que le Roi disposerait là d'un pouvoir trop important³⁴¹⁵. Tout en admettant qu'« [i]l est évident qu'il y a en soi, pour la presse, une différenciation sectorielle quant aux libertés constitutionnelles et aux finalités, et qu'il faudra en tenir compte pour l'interprétation de la loi », et tout en rappelant que la liberté d'expression n'est pas absolue, « le ministre n'est pas partisan d'une exception au profit de la presse, d'autant que la loi est fondée sur une liberté de principe qui n'est limitée que par l'obligation de fournir des renseignements, par le droit d'accès et par le droit de rectification »³⁴¹⁶.

641. - L'avis de la Commission de la protection de la vie privée. Suite à l'adoption de la loi, la Commission de protection de la vie privée remet un avis relatif à l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les médias³⁴¹⁷. L'avis est requis suite à un mémorandum rédigé par des organisations professionnelles représentant les journalistes de la presse écrite, de la radio et de la télévision. Ce mémorandum plaide pour l'insertion de dérogations permettant de soustraire les traitements des fichiers rédactionnels à l'application de la loi.

La Commission propose de définir les fichiers rédactionnels comme des « ensembles systématiques d'informations qui sont en quelque sorte la "matière première" des médias : des nouvelles et des informations qui paraissent dans les journaux, les hebdomadaires, les émissions de télévision, mais également des informations qui n'ont pas (encore) valeur de nouvelles et ne sont pas publiées et toutes sortes d'informations de fond. Il s'agit très souvent d'informations sur des personnes occupant une quelconque fonction publique [...]. Les informations à caractère personnel peuvent se rapporter directement à cette fonction publique, mais également à des aspects de leur vie privée. Il peut aussi s'agir d'informations sur des personnes n'exerçant pas de fonction publique qui, à la suite de l'un ou l'autre événement, se retrouvent dans l'actualité : les victimes ou auteurs de délits ou d'accidents, les personnes menant une existence marginale ou exemplaire, les heureux gagnants du Loto ou les malheureux parents d'un enfant

³⁴¹⁵ Voy. notamment Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Sén.*, sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, pp. 73 et 75. Un parallèle est aussi fait entre une telle exception et le respect de normes déontologiques, alors inexistantes à l'époque.

³⁴¹⁶ Rapport Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.*, *Sén.*, sess. extr., 1991-1992, n° 445/2, p. 76.

³⁴¹⁷ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/95 du 5 avril 1995 relatif à l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les médias.

disparu. Ces informations peuvent prendre toutes sortes d'apparences : informations linguistiques, sons et images »³⁴¹⁸.

La Commission plaide *in fine* pour l'insertion de certaines dérogations, considérant qu'elles sont nécessaires pour l'exercice de la liberté de la presse. S'appuyant sur des réglementations étrangères dans lesquelles des dispositions prennent en compte les exigences de la presse, la Commission accepte qu'il soit envisagé, sous certaines conditions, des exceptions notamment en ce qui concerne le traitement de données particulières, le droit d'information de la personne concernée et le droit d'accès aux données. La Commission, pour l'ensemble de ces droits, a examiné « à chaque fois dans quelle mesure les obligations imposées aux maitres de fichier par la loi du 8 décembre 1992 constituent une ingérence dans la liberté de la presse, en se basant sur les objections soulevées dans le mémorandum », tout en considérant « que le seul fait d'une telle ingérence ne suffit pas à dispenser la presse de son obligation »³⁴¹⁹.

B. La loi du 11 décembre 1998

642. - La loi du 11 décembre 1998³⁴²⁰. Six années après l'adoption de la loi du 8 décembre 1992, des modifications sont proposées en vue de transposer la directive européenne 95/46/CE. Les discussions parlementaires préalables rouvrent le débat sur l'insertion d'une exception en faveur de la presse dès lors que la directive européenne invite les Etats membres à prendre de telles dérogations (article 9 de la directive), obligeant par conséquent « les citoyens ordinaires à subir certaines intrusions dans leur vie privée »³⁴²¹.

³⁴¹⁸ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/95 du 5 avril 1995 relatif à l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les médias, p. 6, n° 6. Cette définition renvoie en outre à la distinction entre les personnes publiques et les personnes privées. A ce propos, voy. *supra*.

³⁴¹⁹ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/95 du 5 avril 1995 relatif à l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les médias, pp. 3 à 5, n° 4 et 5.

³⁴²⁰ 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, p. 3049.

³⁴²¹ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 180. L'avis du Conseil d'Etat se poursuit en indiquant que « [t]el est d'ailleurs bien le sens que le considérant (37) attribue à cet article 9 ».

Dans l'avant-projet de loi soumis à la section de législation du Conseil d'Etat, l'article 3, § 3, se limite à une transcription littérale de ce qui était inscrit dans la directive européenne. Ainsi, la disposition nationale affirme que « [l]orsque leur application est inconciliable avec les règles régissant la liberté d'expression, les articles 5, 6 à 10, 17, 18, 21 et 22 de la présente loi ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel, effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ». Les articles évoqués concernent les conditions générales de licéité des traitements (articles 5 à 8), les droits de la personne concernée (articles 9 et 10), la déclaration devant la Commission de protection de la vie privée (articles 17 et 18), ainsi que le transfert des données (articles 21 et 22). Sans en dire davantage, l'exposé des motifs confirme l'objectif d'établir une pondération entre la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression. Cependant, il poursuit en confiant à la jurisprudence le rôle de déterminer la façon dont cet équilibre doit être effectué ainsi que les éventuels critères à prendre en compte³⁴²².

La section de législation du Conseil d'Etat a considéré que cette formulation ne transposait pas correctement la directive européenne. L'article 3, § 3, en projet semble seulement répéter l'objectif de conciliation évoqué par l'article 9 de la directive européenne, sans le mettre concrètement en œuvre³⁴²³. Le Conseil d'Etat critique ce rôle attribué aux décisions judiciaires : « [à] supposer qu'une jurisprudence ferme puisse un jour s'établir sur ces questions, il n'est pas douteux que pendant une période plus ou moins longue, la plus grande incertitude planera sur la question de la frontière entre les droits de ceux qui, d'une part, sont toujours très soucieux de faire valoir leur liberté d'expression, et de ceux qui, d'autre part, cherchent à protéger leur vie privée contre les intrusions des premiers. Cette incertitude est inhérente à la difficulté où l'on se trouve quand, dans un système juridique légaliste comme l'est le système belge, qui ignore la doctrine du précédent et du "stare decisis", il faut – pour déceler une jurisprudence – mesurer l'exacte portée des décisions judiciaires plus ou moins nombreuses et plus ou moins cohérentes »³⁴²⁴. C'est en définitive à tort que cette mission de première importance est confiée au pouvoir judiciaire.

³⁴²² Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, pp. 180 et 181.

³⁴²³ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, pp. 181 à 190. La section de législation considère qu'en souhaitant transposer de la sorte le texte européen, le législateur belge ne respecte ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la Constitution belge.

³⁴²⁴ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 182. Voy. aussi l'exposé des motifs, p. 19.

En outre, le contrôle *a priori* de constitutionnalité effectué par la section de législation a porté sur la conformité de l'article 3, § 3, en projet et de la Constitution belge. Cette disposition semble contraire aux articles consacrant la légalité des poursuites et des peines (articles 12, alinéa 2 et 14) ainsi qu'au droit à la vie privée (article 22). Ainsi, « [c]et article du projet permet, en effet, à une personne inculpée pour avoir enfreint l'une ou l'autre des règles imposées par la loi en projet, d'échapper à la condamnation prévue à l'article 38 de la loi du 8 décembre 1992 en alléguant qu'elle a estimé pouvoir commettre cette infraction pour sauvegarder sa liberté d'expression. On voit ainsi que les notions de journaliste, d'artiste, ou celle d'écrivain, celle aussi de liberté d'expression ou celle encore de conciliabilité entre cette liberté et le droit au respect de la vie privée sont autant de notions dont vont dépendre des condamnations ou des acquittements »³⁴²⁵. En confrontant l'article 3, § 3, au principe de légalité en matière pénale instauré par la Constitution³⁴²⁶, le Conseil d'Etat conclut à la nécessité de définir dans la loi ces notions centrales. En effet, « c'est à la loi qu'il appartient en tout cas de définir les éléments constitutifs des infractions ainsi que de déterminer les exceptions qui les assortissent. A cet égard, il est nécessaire que la loi précise notamment ce qui dans le contexte de traitement de données personnelles doit être considéré comme la liberté d'expression, et qu'elle précise aussi quelles activités peuvent être considérées comme du journalisme, de l'art ou de la littérature »³⁴²⁷. Le Conseil d'Etat poursuit son raisonnement en indiquant que la liberté d'expression se comprend parfois de façon trop extensive, englobant la liberté d'investigation. Or, il estime qu'il y a là une distinction à faire : être libre de s'exprimer n'inclut pas, de fait, la liberté d'« avoir un libre accès à toutes les sources d'informations et de disposer du droit d'enquêter sans entrave sur toutes les affaires publiques ou privées et, finalement, sur la vie intime de chacun »³⁴²⁸. A cette recommandation du Conseil d'Etat, le rédacteur du projet de texte ne répond pas positivement : « [l]a suggestion du Conseil d'Etat de définir de façon précise ce qu'il faut entendre par les notions “journalistique”, “littéraire” et “artistique”, n'est pas suivie, non seulement au vu des difficultés inhérentes à de telles définitions, mais également parce que l'interprétation de ces notions issues d'une directive européenne, relève en dernier

³⁴²⁵ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 186.

³⁴²⁶ L'avis souligne à cet égard que « [l]e principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer des règles précises » (p. 187).

³⁴²⁷ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 188.

³⁴²⁸ Projet de loi transposant la directive, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 189.

ressort de la compétence de la Cour de justice »³⁴²⁹. Ajoutons sur ce dernier élément que la Cour de justice a apporté des éclaircissements sur la notion de journalisme, ces développements ayant été proposés ci-avant (voy. *supra*).

Malgré le refus de définir ces notions, le rédacteur du projet de texte prend en compte les autres remarques faites par la section de législation afin de remanier profondément l'article 3, § 3. L'exposé des motifs précise que, désormais, « [p]our chaque disposition de la loi pour laquelle une exception est autorisée par l'article 9 de la directive, il a été examiné de quelle façon l'application de cette disposition pourrait menacer l'intérêt essentiel de la communication au public et donc de l'activité du journaliste, de l'écrivain ou de l'artiste [...]. De la sorte, on circonscrit les conditions auxquelles le journaliste, l'écrivain, ou l'artiste peut exciper de la liberté d'expression pour se libérer de l'application de la loi »³⁴³⁰. Le nouveau texte se veut par conséquent plus précis et crée des dérogations plus particulières pour chaque disposition de la future loi.

C. La loi du 30 juillet 2018

1. Le contenu et la mise en œuvre de l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018³⁴³¹

643. - L'article 24 de la loi belge du 30 juillet 2018. L'article 24 de la loi belge du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁴³² porte sur les traitements à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire. La disposition est une mise en œuvre de l'article 85, § 2, du règlement. Elle s'inscrit donc dans le cadre de la clause spécifique propre aux traitements justifiés par les finalités précitées, et non dans le cadre de la clause générale relative aux limitations en faveur du droit à la liberté d'expression et d'information.

³⁴²⁹ Projet de loi transposant la directive, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 19.

³⁴³⁰ Projet de loi transposant la directive, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1997-1998, n° 1566/1, p. 19.

³⁴³¹ C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, L. GÉRARD, A. DELFORGE, *La protection des données à caractère personnel en Belgique. Manuel de base*, Bruxelles, Politeia Editions, 2019, pp. 115 à 123.

³⁴³² Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

Pour rappel (voy. *supra*), l'article 24, § 1^{er}, définit le traitement à des fins journalistiques comme suit : « [o]n entend par traitement de données à caractère personnel à des fins journalistiques la préparation, la collecte, la rédaction, la production, la diffusion ou l'archivage à des fins d'informer le public, à l'aide de tout média et où responsable du traitement s'impose des règles de déontologie journalistique ».

L'article 24, § 2, affirme, lui, que les articles 7 à 10, 11, § 2, 13 à 16, 18 à 20 et 21, § 1^{er}, du RGPD « ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel effectués à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire ». Sont concernés par cette exemption, les conditions propres au consentement (articles 7 et 8), les règles relatives aux données sensibles et aux données judiciaires (articles 9 et 10), un cas particulier lorsque le traitement effectué ne nécessite pas l'identification de la personne concernée mais que le responsable du traitement est en mesure de le faire (article 11, § 2), les informations devant être fournies par le responsable du traitement lorsque les données sont, ou non, collectées auprès de la personne concernée (articles 13 et 14), le droit d'accès (article 15), le droit de rectification (article 16), le droit à la limitation du traitement (article 18), l'obligation de notification incombant au responsable du traitement en cas d'application d'un droit par la personne concernée (article 19), le droit à la portabilité des données (article 20), ainsi qu'une des possibilités de requérir l'opposition au traitement de données (article 21, § 1^{er}).

644. - L'application des dérogations de l'article 24 de la loi de 2018. Dans la mise en œuvre de l'ensemble de ces dérogations, il ne semble pas qu'il faille confronter, à ce stade, les intérêts en cause, à savoir la protection des données de la personne concernée d'une part, et la liberté d'expression d'autre part. Seul l'article 24, § 4, suggère que cela soit effectué, indiquant limpидement que les dérogations sont d'application « dans la mesure où cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information ». Comme indiqué préalablement (voy. *supra*), l'article 85, § 2 – dont l'ensemble des dérogations reprises à l'article 24 découlent –, oblige les Etats membres à effectuer cette balance des intérêts lorsqu'ils établissent leur liste d'exemptions. Une pondération serait donc faite en amont. En outre, la procédure de notification prévue à l'article 85, § 3, permet à la Commission de contrôler la transformation de ce pouvoir de déroger en dispositions nationales propres à chaque Etat membre.

2. Une comparaison de l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 et des textes antérieurs

645. - L'article 24 de la loi de 2018 face à l'article 3, § 3, de la loi de 1992. Il est intéressant de comparer ces dérogations à celles qui figuraient dans la loi du 8 décembre 1992. En vertu de l'article 9 de la directive 95/46/CE, l'article 3, § 3, de la loi listait plusieurs dérogations lorsque le traitement était effectué « aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire ». On relève déjà que la loi du 8 décembre 1992 évoquait des traitements « aux seules fins de journalisme », ce qui n'est pas repris à l'article 24 de la loi. Alors que sous la loi de 1992, il fallait que la finalité visée soit unique, tel n'est plus le cas sous la loi de 2018.

La comparaison de ces textes législatifs peut encore se faire au regard de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Son article 29 reprend les dérogations pour les traitements à des fins journalistiques³⁴³³. La plupart de ces dérogations sont justifiées parce que l'application des droits auxquels il sera dérogé aboutirait à des formes de censure ou au non-respect de la protection des sources journalistiques³⁴³⁴.

La comparaison proposée part de l'article 3 de la loi du 8 décembre 1992 et identifie les dispositions correspondantes pour chacune des dérogations bénéficiant aux traitements à des fins journalistiques tant dans l'avant-projet de loi que dans la loi telle qu'adoptée le 30 juillet 2018.

646. - Les dérogations relatives aux catégories particulières de données. L'article 3, § 3, a), excluait l'application des articles 6, 7, et 8, soit respectivement l'interdiction de traitement des données sensibles, relatives à la santé, et judiciaires³⁴³⁵. Il indiquait que la dérogation était en mesure de s'appliquer « lorsque le traitement se rapporte à des données rendues manifestement publiques par la personne concernée ou sur des données qui sont en relation

³⁴³³ L'avant-projet est divulgué sur le site internet du Conseil d'Etat, concomitamment à la diffusion de l'avis rendu par la section de législation à propos de cet avant-projet (avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel').

³⁴³⁴ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, pp. 51 et s.

³⁴³⁵ Ces trois types de données à caractère personnel sont visés à l'article 8 de la directive.

étroite avec le caractère public de la personne concernée ou du fait dans lequel elle est impliquée ».

L'avant-projet de loi reprend une dérogation similaire : l'article 29, § 2, permet de déroger aux articles 9 et 10 du RGPD, conditionnant cette dérogation de la même façon que l'article 3, § 3, a), précité.

La loi du 30 juillet 2018 confirme à l'article 24, § 2, que les articles 9 et 10 du RGPD ne sont pas d'application lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. En revanche, aucune indication supplémentaire limitant l'exception à deux cas de figure précis n'est reprise. Autrement dit, le champ de la dérogation est désormais plus large que celui de l'article 3, § 3, a), de la loi de 1992, ainsi que celui proposé dans l'avant-projet de loi.

647. - Les dérogations relatives à l'obligation d'information. L'article 3, § 3, b), indiquait qu'il pouvait être dérogé à l'article 9 de la loi, celui-ci obligeant le responsable du traitement à informer la personne concernée, selon que les données aient été collectées directement (article 9, § 1^{er}) ou non (article 9, § 2), auprès d'elle³⁴³⁶. En ce qui concerne l'article 9, § 1^{er}, l'exemption ne valait que « lorsque son application compromettrait la collecte des données auprès de la personne concernée ». Quant à l'article 9, § 2, sa non-application aux traitements à des fins de journalisme ne valait que si son application avait « une ou plusieurs des conséquences suivantes : son application compromettrait la collecte des données ; son application compromettrait une publication en projet ; son application fournirait des indications sur les sources d'information ».

L'avant-projet de loi indique une dérogation similaire à l'article 29, § 4. Son exposé des motifs estime que cette dérogation est nécessaire pour « permettre les enquêtes effectuées dans l'anonymat telles que les enquêtes sous couverture d'une identité fictive, ou enquêtes en omettant de présenter l'objectif du reportage »³⁴³⁷. L'avant-projet exclut les articles 13 et 14 pour autant que l'application de ces dispositions du RGPD ont l'une ou plusieurs des conséquences inscrites dans la loi de 1992, pour l'article 9, § 2. Autrement, l'avant-projet

³⁴³⁶ Cette obligation d'information est reprise aux articles 10 (données collectées auprès de la personne concernée) et 11 (données non collectées auprès de la personne concernée) de la directive.

³⁴³⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 54.

s'inscrit dans la continuité de la loi de 1992, tout en élargissant les possibilités d'application de la dérogation lorsque les données sont collectées directement chez la personne concernée.

La loi de 2018 reprend ces exemptions, l'article 24, § 2, mentionnant les articles 13 et 14 du RGPD. A nouveau, la loi ne conditionne plus l'application de ces dérogations à l'existence concrète d'une ou plusieurs conséquences particulières. Leur champ d'application est donc désormais plus vaste.

648. - La dérogation relative au droit d'accès. Quant à l'article 3, § 3, c), de la loi de 1992, il excluait l'application du droit d'accès (article 10 de la loi de 1992) et du droit de rectification (article 12 de la loi de 1992)³⁴³⁸. La loi conditionnait l'absence d'application de ces deux droits « dans la mesure où leur application compromettrait une publication en projet ou fournirait des indications sur les sources d'information ».

Dans l'avant-projet, l'article 29, §§ 5 et 6 reprend ces dérogations, le premier paragraphe visant le droit d'accès, le second concernant le droit de rectification. Pour le droit d'accès, la dérogation ne vaut que si son application compromet la collecte des données ou une publication en projet, ou aboutit à concéder des indications sur les sources journalistiques. Quant au droit de rectification, son dérogation s'envisage lorsque l'application de ce droit « compromettrait une publication en projet, pour autant que la personne concernée dispose, après publication, du droit de faire des déclarations complémentaires et qu'une publicité similaire y soit assurée par le responsable du traitement et le sous-traitant sauf dans la mesure où la déclaration complémentaire est injurieuse ou contraire aux lois et aux bonnes mœurs »³⁴³⁹. L'exposé des motifs soutient que ces indications complémentaires font en réalité écho au droit de réponse consacré dans la législation belge³⁴⁴⁰.

L'article 24, § 2, de la loi du 30 juillet 2018 consacre une dérogation aux articles 15 (droit d'accès) et 16 (droit de rectification) du RGPD sans cependant reprendre, une fois encore, les précisions apportées dans l'avant-projet.

³⁴³⁸ Le droit d'accès est consacré par l'article 12, a), de la directive, et le droit de rectification l'est par l'article 12, b).

³⁴³⁹ Article 29, § 6, de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

³⁴⁴⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 55. Voy. aussi la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 8 juillet 1961, p. 5573.

Le refus de conditionner le droit de rectification fait suite à l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat qui souligne la confusion entre le droit à la protection des données à caractère personnel, et le droit de rectification qui y est consacré, et le droit de la presse, dans lequel s'inscrit le droit de réponse. Il indique que la précision apportée par l'exposé des motifs et relatifs au droit de réponse « révèle une confusion entre le droit à la protection des données personnelles et le droit qui en découle à la rectification des données inexactes, et le droit de la presse qui englobe le droit de réponse [...]. Les conditions dans lesquelles doit d'exercer la demande de diffusion d'une réponse, différentes selon que l'information mettant en cause la personne concernée, émane de la presse écrite ou de la presse audiovisuelle, ne correspondent en rien au droit de "faire des déclarations complémentaires" visé dans le texte en projet. Ce n'est pas la législation en matière de traitement des données à caractère personnel qui doit être le siège d'une modification du subtil équilibre établi par le législateur depuis de nombreuses années entre la liberté de l'information et le droit pour toute personne concernée par cette information de solliciter la diffusion d'une réponse, et ce d'autant moins que, dans la presse écrite, le droit de réponse, ouvert à toute personne mise en cause n'est pas un droit de rectification »³⁴⁴¹.

Le Conseil d'Etat conclut de la sorte : « [l]e droit de solliciter la diffusion d'une réponse étant acquis, dès lors que l'on se situe ici nécessairement dans un cadre journalistique, l'écartement de l'article 16 aux traitements ayant cette dernière finalité ne devrait être soumis à aucune condition ». Autrement dit, le Conseil d'Etat renvoie dos à dos les deux réglementations, estimant en partie que la précision proposée dans l'avant-projet n'est pas nécessaire : le traitement journalistique implique que l'on se situe dans le cadre du droit de la presse, ce qui permet à toute personne de requérir un droit de réponse.

649. - Les dernières dérogations reprises dans la loi de 1992. L'article 3, § 3, d), permettait encore des dérogations à certaines dispositions lorsque les traitements étaient effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, sans ajouter une condition complémentaire.

³⁴⁴¹ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', p. 30, n° 4.6.

Etait premièrement visé, l'article 17, § 3, 9°, et 12°, de la loi de 1992. Cette disposition indiquait que la déclaration préalable et la publicité des traitements devait mentionner « les moyens par lesquels les personnes qui font l'objet des données en seront informées, le service auprès duquel s'exercera le droit d'accès et les mesures prises pour faciliter l'exercice de ce droit » (9°), ainsi que « les motifs sur lesquels le responsable du traitement fonde, le cas échéant, l'application de l'article 3, § 3, de la présente loi » (12°). La dérogation permettait donc de ne pas mentionner ces deux points³⁴⁴². Dès lors que la déclaration préalable ne figure pas dans le RGPD, ces dérogations ne sont reprises ni dans l'avant-projet de loi, ni dans le contenu final de la loi du 30 juillet 2018.

L'article 3, § 3, d), visait deuxièmement l'article 17, §§ 4 et 8³⁴⁴³ et l'article 18³⁴⁴⁴. A nouveau, le contenu de ces paragraphes n'étant pas repris en tant que tel dans l'actuelle réglementation, aucune dérogation n'est prévue en leur faveur.

L'article 3, § 3, d), concernait enfin les articles 21 et 22 de la loi de 1992. Le contenu de ces dispositions relatives aux flux transfrontaliers de données vers des Etats non membres de l'Union européenne est repris aux articles 45 et 46 du RGPD. La dérogation figure à l'article 29, § 11, de l'avant-projet et est inscrite à l'article 24, § 4, de la loi du 30 juillet 2018 dispose que « [l]es articles 44 à 50 du Règlement ne s'appliquent pas aux transferts de données à caractère personnel effectués à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire vers des pays tiers ou à des organisations internationales dans la mesure où cela est nécessaire pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information »³⁴⁴⁵.

³⁴⁴² En ce qui concerne le droit d'accès, la dérogation est logique dès lors que la loi permet que l'on déroge au droit d'accès lui-même.

³⁴⁴³ L'article 17, § 4, de la loi de 1992 précisait que « [d]ans le cadre de ses pouvoirs de contrôle et d'enquête [...], la Commission de la protection de la vie privée a le pouvoir d'exiger d'autres éléments d'information, notamment l'origine des données à caractère personnel, la technique d'automatisation choisie et les mesures de sécurité prévues ». L'article 17, § 8, al. 1^{er}, de la loi de 1992 permettait au Roi, après avis de ladite Commission, d'« exempter certaines catégories de la déclaration visée au présent article lorsque, compte tenu des données traitées, il n'y a manifestement pas de risque d'atteinte aux droits et libertés des personnes concernées et que sont précisées les finalités du traitement, les catégories de données traitées, les catégories de personnes concernées, les catégories de destinataires et la durée de conservation des données ».

³⁴⁴⁴ L'article 18 de la loi de 1992 obligeait la Commission de la protection de la vie privée à tenir un registre des traitements automatisés.

³⁴⁴⁵ L'avant-projet de loi reprend déjà cette condition (article 29, § 10, de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel). Cette dérogation est justifiée parce que « nécessaire pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression ».

3. Les nouvelles dérogations de la loi du 30 juillet 2018

650. - De nouvelles dérogations inscrites dans la loi du 30 juillet 2018. Si l'on poursuit la comparaison des textes, on s'aperçoit que l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 propose de nouvelles dérogations.

La première concerne les articles 7 et 8 du RGPD, soit les dispositions consacrées au consentement³⁴⁴⁶. Ces dérogations ne sont pas reprises dans l'avant-projet de loi. L'exposé des motifs précise à cet égard que « [d]ans la mesure où ces traitements [à des fins de journalisme] ne sont pas basé [sic] sur le consentement de la personne concernée, les articles 7 et 8 du règlement relatifs à la portée et au régime du consentement ne leur sont pas applicables »³⁴⁴⁷. La section de législation du Conseil d'Etat, dans son avis relatif à l'avant-projet de loi, rappelle qu'« une collecte de données basée sur le consentement reste possible dans le cadre d'une activité aux fins de journalisme et est même une pratique courante lors des interviews. Il conviendrait donc de prévoir expressément dans le dispositif toutes les dérogations au régime de droit commun, en insérant notamment un nouveau paragraphe 2 qui préciserait que les articles 7 et 8 du RGPD ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel effectuées à des fins de journalisme [...] »³⁴⁴⁸.

La deuxième porte sur l'article 11, § 2, du RGPD³⁴⁴⁹. L'avant-projet de loi, en son article 29, § 3, exclut l'application de l'article 11, § 2, « lorsque son application aurait une ou plusieurs des conséquences suivantes : son application compromettrait la collecte des données ; son application compromettrait une publication en projet ; [...] son application fournirait des indications sur les sources d'information ». Selon l'avis rendu par la Commission de la protection de la vie privée à propos du texte de l'avant-projet, il est inutile de prévoir une telle

³⁴⁴⁶ Pour une analyse de ces dispositions, voy. *infra/supra*.

³⁴⁴⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, pp. 53 et 54.

³⁴⁴⁸ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', pp. 28 et 29, n° 4.2.

³⁴⁴⁹ Inscrit dans un article 11 intitulé « [t]raitement ne nécessitant pas l'identification », ce paragraphe énoncé que « [l]orsque, dans les cas visés au paragraphe 1 du présent article, le responsable du traitement est à même de démontrer qu'il n'est pas en mesure d'identifier la personne concernée, il en informe la personne concernée, si possible. En pareils cas, les articles 15 à 20 ne sont pas applicables, sauf lorsque la personne concernée fournit, aux fins d'exercer les droits que lui confèrent ces articles, des informations complémentaires qui permettent de l'identifier ».

dérrogation « car, si l'hypothèse visée à l'article 11.2 du RGPD se réalise, la personne concernée ne pourra exercer les droits qui lui confère le RGPD dans la stricte mesure prévue par la réglementation d'exécution du RGPD (qui aura atteint un équilibre optimal pour le respect tant du droit à la liberté d'expression que de celui à la protection des données) »³⁴⁵⁰. L'avis de la Commission n'a cependant pas été pris en compte par le législateur qui a décidé de maintenir pareille exclusion.

D'autres droits consacrés par le RGPD, absents de la législation de 1992, font désormais l'objet d'une dérogation lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. Tel est le cas des articles 18 (droit à la limitation du traitement) et 21, § 1^{er} (droit d'opposition) dont l'exemption figure à l'article 29, §§ 7 et 8 du texte de l'avant-projet. Deux remarques peuvent être apportées. Premièrement, l'article 29, § 7, indique que la dérogation au droit à la limitation ne vaut que lorsque « son application compromettrait une publication en projet »³⁴⁵¹. Pour la Commission de la protection de la vie privée, une telle exemption généralisée à l'ensemble des hypothèses visées par l'article 18 n'est pas concevable. Elle estime qu'une dérogation ne doit être possible que dans deux des quatre hypothèses, soit l'article 18, § 1^{er}, a), et d)³⁴⁵², et ne doit donc pas viser les hypothèses indiquées à l'article 18, § 1^{er}, b), et c)³⁴⁵³. Deuxièmement, l'article 29, § 8, qui concerne une hypothèse du droit d'opposition, est applicable sans limite particulière³⁴⁵⁴. Pour la Commission de la protection de la vie privée, il faut indiquer que la dérogation ne vaut que si l'application du droit d'opposition vient compromettre une

³⁴⁵⁰ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 53, § 182.

³⁴⁵¹ L'exposé des motifs de l'avant-projet souligne que l'exercice du droit à la limitation du traitement implique une suspension « de la publication le temps nécessaire pour vérifier l'exactitude des données ». S'appuyant sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui rappelle que « l'information est un bien périssable et en retarder la publication [...] risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt » (Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, § 108), l'exposé des motifs conclut à la non application de l'article 18, § 1^{er}, a), parce que contraire à la liberté d'expression et d'information (exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 57).

³⁴⁵² Sur l'article 18, voy. *infra*.

³⁴⁵³ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 54, §§ 183 à 185. Il est intéressant d'indiquer que l'article 29, § 7, de l'avant-projet évoque bien l'article 18 (et donc toute ses hypothèses d'application), alors que l'exposé des motifs ne justifie que la dérogation à l'article 18, § 1^{er}, voire même 18, § 1^{er}, a), du RGPD. La lecture de l'exposé des motifs donne donc, comme impression, que le champ d'application se veut restrictif, comme suggéré par la Commission de la protection de la vie privée, sans que cela ne soit cependant clairement indiqué dans l'avant-projet.

³⁴⁵⁴ Dans l'avant-projet de loi, c'est la seule dérogation qui n'est nullement conditionnée. L'exposé des motifs affirme que l'article 21, § 1^{er}, confère un droit d'objection « contraire à l'article 25 de la Constitution qui interdit la censure » (exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 57).

publication en projet³⁴⁵⁵. *In fine*, l'article 24, § 2, de la loi du 30 juillet 2018 permet de déroger aux articles 18 et 21, § 1^{er}, sans évoquer de conditions supplémentaires et sans restreindre le champ de l'exemption à certaines hypothèses mentionnées à l'article 18, § 1^{er}.

Les articles 19 (obligation de notification) et 20 (droit à la portabilité) du RGPD, figurent aussi dans la liste des dispositions reprises à l'article 24, § 2. Ils ne figurent pas dans l'avant-projet de loi. La section de législation du Conseil d'Etat souligne à leur propos qu'une telle dérogation devrait être reprise dans la législation belge³⁴⁵⁶. A propos de l'article 19, l'exposé des motifs de l'avant-projet justifie son absence par la non application de cette disposition, sauf « dans la mesure où le[s] droit[s] à la rectification et à l'oubli s'appliquent à ces traitements ». Or, tel n'est pas le cas : la première prérogative est indiquée dans la liste des dispositions, la deuxième dispose d'une dérogation particulière lorsque le traitement est nécessaire à la liberté d'expression et d'information (article 17, § 3, a), du RGPD³⁴⁵⁷). L'exposé des motifs souligne encore que l'article 20 ne doit pas être repris puisqu'il implique un consentement. Or, l'avant-projet part du présupposé que le traitement journalistique n'implique pas de consentement, postulat remis en cause par l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

L'article 24, § 3, de la loi de 2018 ajoute des dernières dérogations supplémentaires, non prévues par la loi de 1992. Des dérogations aux articles 30, § 4³⁴⁵⁸, 31³⁴⁵⁹, 33³⁴⁶⁰ et 36³⁴⁶¹

³⁴⁵⁵ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 54, § 186.

³⁴⁵⁶ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', p. 29, n° 4.3.

³⁴⁵⁷ Sur cette disposition, voy. *infra/supra*.

³⁴⁵⁸ L'article 30, § 4, oblige le responsable du traitement ou le sous-traitant, voire le cas échéant leur représentant, à mettre à la disposition de l'autorité de contrôle, sur simple demande, leur registre des activités de traitement. Dans la loi de 1992, l'article 18 reprenait une obligation similaire mais qui, dans la mise en œuvre, présentait quelques différences. L'article précisait que « [i]l est tenu auprès de la Commission de la protection de la vie privée un registre des traitements automatisés de données à caractère personnel ». Ce registre reprenait une série d'informations communiquées par le responsable du traitement dans le cadre d'une obligation de déclaration préalable après de la Commission de tout traitement de données (article 17 de la loi de 1992).

³⁴⁵⁹ L'article 31 du RGPD organise la coopération entre le responsable du traitement et l'autorité de contrôle.

³⁴⁶⁰ L'article 33 du RGPD prévoit une procédure de notification à l'autorité de contrôle en cas de violation de données à caractère personnel. Une telle violation est définie comme étant « une violation de la sécurité entraînant, de manière accidentelle ou illicite, la destruction, la perte, l'altération, la divulgation non autorisée de données à caractère personnel transmises, conservées ou traitées d'une autre manière, ou l'accès non autorisé à de telles données » (article 4, 12), du RGPD).

³⁴⁶¹ L'article 36 du RGPD oblige le responsable du traitement à consulter préalablement l'autorité de contrôle « lorsqu'une analyse d'impact relative à la protection des données [...] indique que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque » (§ 1^{er}).

sont inscrites pour les « traitements à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire lorsque leur application compromettrait une publication en projet ou constituerait une mesure de contrôle préalable à la publication d'un article »³⁴⁶². Justifiée par la crainte de la censure, les exemptions ne sont applicables que dans cette hypothèse bien particulière. Cela étant, les termes étant suffisamment larges, ladite hypothèse semble rapidement rencontrée.

Quant à l'article 24, § 5, il exclut l'application de l'article 58³⁴⁶³ « lorsque son application fournirait des indications sur les sources d'information ou constituerait une mesure de contrôle préalable à la publication d'un article ». Repris de l'avant-projet (article 29, § 11), cette disposition a pourtant été critiquée par la Commission de la protection de la vie privée qui l'estime disproportionnée, invitant le législateur à reformuler le texte sans procéder à une dérogation, mais en rappelant clairement le principe du respect de la protection des sources des journalistes³⁴⁶⁴. Le législateur n'a *in fine* pas cru bon de suivre l'avis de la Commission.

4. Une absence de dérogation

651. - L'absence de dérogation à l'article 17 du RGPD. Tant l'avant-projet, que le projet de loi, que la loi du 30 juillet 2018, n'incluent dans la liste des dispositions dérogeables l'article 17 du RGPD consacrant le droit à l'effacement. La justification est claire et simple : dès lors que l'article 17, § 3, « dispose que le droit à l'oubli n'est pas applicable aux traitements à des fins de liberté d'expression et d'information », il n'est pas nécessaire de le mentionner une nouvelle fois dans la législation belge³⁴⁶⁵. En effet, le règlement étant directement applicable,

³⁴⁶² Voy. l'article 29, § 9 de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel ; Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), pp. 55 et 56, §§ 189.

³⁴⁶³ L'article 58 concerne les pouvoirs de l'autorité de contrôle. Son pendant dans la directive 95/46/CE était l'article 28, lui-même transposé à l'article 31 de la loi belge de 1992. Cette disposition ne faisait pas l'objet d'une dérogation dans cette précédente réglementation.

³⁴⁶⁴ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 56, § 190. La Commission propose de reformuler le texte comme suit : « [L]'autorité de la protection des données exerce, vis-à-vis des responsables de traitement et sous-traitant réalisant des traitements de données à caractère personnel à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, ses pouvoirs visés à l'article 58. et 2. du Règlement sans prendre connaissance des sources d'information journalistique et sans procéder à l'évaluation d'une opinion journalistique, universitaire, artistique ou littéraire ».

³⁴⁶⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 55.

il s'agirait d'une redondance inutile. Ce raisonnement est confirmé par l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat³⁴⁶⁶.

L'exposé des motifs fait une précision étonnante. Il indique que « l'article 17.3 [...] n'est pas applicable aux archives de presse mises en ligne sur internet, pour lesquelles la jurisprudence reconnaît un droit à l'oubli »³⁴⁶⁷. Pour aboutir à ce constat, l'exposé prend appui non seulement sur l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi sur l'arrêt de la Cour de cassation belge du 29 avril 2016³⁴⁶⁸. La section de législation du Conseil d'Etat affirme cependant que cette affirmation contenue dans l'exposé des motifs est contraire au RGPD³⁴⁶⁹.

La Commission de la protection de la vie privée ne partage pas l'interprétation selon laquelle il n'est pas nécessaire d'inscrire une dérogation au droit à l'effacement³⁴⁷⁰. Elle interprète l'article 17, § 3, a), comme impliquant une pondération des intérêts « entre les deux droits fondamentaux lorsque le droit à l'effacement est exercé, pour que la limitation au droit à l'effacement ne soit imposée que dans la stricte mesure nécessaire au droit à la liberté d'expression »³⁴⁷¹. La Commission soutient d'une part que la référence faite à l'arrêt *Google Spain* soit supprimée, et d'autre part, qu'une intervention législative est requise. Ainsi, elle estime qu'il faut ajouter une disposition rédigée comme suit : « [l]'article 17 du Règlement est applicable aux traitements de données à caractère personnel à finalités journalistiques ou d'expression universitaire, artistique ou littéraire si leur contenu informatif ne présente pas ou plus de pertinence pour le débat d'intérêt général ou si leur préservation en l'état d'origine n'est pas indiquée au vu de leur contenu ou de leur forme ou des circonstances et des répercussions

³⁴⁶⁶ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', p. 29, n° 4.3.

³⁴⁶⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 55.

³⁴⁶⁸ Sur cet arrêt, voy. *supra*.

³⁴⁶⁹ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', p. 29, n° 4.3, note 20.

³⁴⁷⁰ A cet égard, la Commission indique qu'elle « ne partage pas l'interprétation de l'article 17.3 reprise dans l'exposé des motifs selon laquelle une dérogation n'est pas nécessaire au motif que selon l'article 17.3., le droit à l'effacement ne serait pas applicable aux traitements à des fins de liberté d'expression et d'information » (commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 56, § 187).

³⁴⁷¹ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 55, § 188.

de leur contenu informatif sur la ou les personnes concernées. L'effacement revêt l'une des formes suivantes, tenant compte de l'évolution de l'état de la technique :

- a) L'anonymisation du contenu informatif ;
- b) L'adoption de mesures techniques qui, sans altérer la possibilité de prendre connaissance du contenu informatif litigieux auprès du responsable de traitement, permettent au minimum d'en limiter la diffusion (L'exposé des motifs fera à ce sujet utilement référence aux modifications du référencement habituel, à la mise en place de balise *No index* qui empêche le référencement de l'article par les moteurs de recherche ou encore à la mise à disposition d'une version pseudonymisée au public...) »³⁴⁷².

§ 2. La situation française : les articles 40, I, et 67 de la loi française « informatique et libertés »

652. - Les dérogations en France. La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés³⁴⁷³ intègre les « certaines des “marges de manœuvre nationales” autorisées par le Règlement général sur la protection des données [...] »³⁴⁷⁴. Cette intégration s'est faite par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles³⁴⁷⁵.

³⁴⁷² Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 56, § 188.

³⁴⁷³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227.

³⁴⁷⁴ <https://www.cnil.fr/fr/loi-78-17-du-6-janvier-1978-modifiee>, consulté le 8 mars 2019. Voy. aussi la délibération de la CNIL n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du janvier 1978. Elle indique, à propos de cette marge de manœuvre que « le projet de loi mobilise de manière judicieuse les “marges de manœuvres” ouvertes aux Etats par le Règlement et soit ainsi en pleine cohérence avec la logique sous-tendant la démarche européenne. Le Règlement comporte en effet plus d'une cinquantaine de renvois au droit national, permettant aux Etats membres de maintenir des formalités préalables à certains traitements, de poser des règles de fond propres ou de moduler les garanties offertes aux personnes. Il appartient au législateur national de se prononcer sur chacun de ces points, en décidant si et dans quelle mesure il souhaite faire usage de ces marges. Si, sur certains points, la Commission pourra exprimer une appréciation divergente et proposera de positionner différemment le curseur, elle tient à souligner que, de manière globale, le projet de loi lui semble faire un usage raisonnable de ces marges, ne conservant une spécificité nationale que par exception, dans les cas qui le justifient absolument. Il s'inscrit ainsi pleinement dans la logique du Règlement, cadre unique et harmonisé pour l'ensemble des citoyens et opérateurs de l'espace européen » (p. 3).

³⁴⁷⁵ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *J.O.R.F.* n° 0141, 21 juin 2018.

L'article 67 de la loi « informatique et libertés » précise que plusieurs dispositions de la loi ne sont pas d'application lorsque les traitements sont « mis en œuvre aux seules fins [...] d'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession ». Les dispositions visées sont les suivantes :

- L'article 6, 5°, qui pose le principe de la limitation de conservation des données ;
- L'article 8 qui concerne l'interdiction de traitement des données sensibles ;
- L'article 9 vise à restreindre le traitement des données judiciaires ;
- L'article 32 porte sur les obligations d'information incombant au responsable du traitement ;
- L'article 40, I, permet à « [t]oute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite ».
- Les articles 68 à 70 concernent enfin les transferts de données à caractère personnel vers des Etats n'appartenant pas à la Communauté européenne.

L'article 67 paraît très restrictif eu égard au prescrit de l'article 85 du RGPD. En effet, il n'est pas question de traitement à des fins journalistiques ou à des fins de liberté d'expression et d'information. La disposition permet de déroger à des dispositions lorsque le traitement est « mis en œuvre aux seules fins [...] d'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste, dans le respect des règles déontologiques de cette profession »³⁴⁷⁶. Le champ d'application est extrêmement réduit. Il s'oppose à la vision large du journalisme défendue par le RGPD lui-même et par la Cour de justice de l'Union européenne. Le fait qu'il faille l'exercer « à titre professionnel » et « dans le respect des règles déontologiques », semble en contradiction avec ces enseignements. En revanche, cette interprétation restrictive se rapproche davantage de celle qui est proposée et défendue dans cette thèse (voy. *supra*). Tout laisse cependant à penser qu'en l'état, la législation française pourrait être contraire au prescrit du RGPD.

En outre, la liste des dispositions auxquelles s'appliquent les dérogations est différente de celle proposée dans la loi belge. Le principe de limitation de conservation n'est pas une dérogation possible en Belgique alors qu'elle l'est en France. Quant aux droits de la personne

³⁴⁷⁶ L'on remarque que la loi française évoque les « seules fins [...] », élément qui est désormais absent de la législation belge (voy. *supra*).

concernée, la disposition française est plus vaste : elle concerne le droit de rectification, le droit à l'effacement et le droit à la limitation en cas de traitement illicite. La loi belge est plus restreinte dès lors qu'elle s'applique pour certains de ces droits et, parfois, dans des circonstances plus précises. En revanche, le dispositif belge vise d'autres droits, notamment la possibilité de s'opposer au traitement.

Quant aux similitudes, les deux dispositifs nationaux dérogent, lorsque le traitement est justifié à des fins de journalisme, aux principes relatifs aux données sensibles et judiciaires, ainsi qu'aux obligations d'information incombant aux responsables des traitements et aux règles relatives aux transferts de données vers des Etats tiers à l'Union européenne.

Chapitre 3. Les consécration juridiques de l'oubli d'informations non journalistiques

653. - Introduction. Le droit à l'oubli d'informations non journalistiques se concrétise à travers la mise en œuvre de dispositions consacrées notamment par le RGPD. Celles-ci s'inscrivent plus largement dans l'application d'un processus visant à permettre à toute personne concernée de disposer de la maîtrise des données qui la concerne. Cette faculté de contrôle est premièrement consacrée dans le droit d'être informé et de s'informer, ainsi que dans le droit d'accéder aux données à caractère personnel traitées (Section 1^{ère}). Ensuite, le contrôle s'exerce à travers l'effacement desdites données (Section 2). D'autres prérogatives permettent de mettre en œuvre, peut-être plus indirectement, le droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ainsi, le droit de rectifier des données ou de compléter les informations incomplètes peut, dans certaines circonstances, satisfaire des prétentions à l'oubli (Section 3). De même, limiter (Section 4) ou s'opposer (Section 5) au traitement permet implicitement d'obtenir un oubli, certes plus restreint que l'effacement, de données.

Section 1^{ère}. Les droits d'information et d'accès

654. - Introduction : le droit d'accès comme préalable à l'oubli. Evoquer le droit d'accès, c'est en réalité potentiellement évoquer plusieurs prérogatives différentes : l'accès à des informations comme composante du droit à la liberté d'expression (§ 1^{er}) et l'accès aux données personnelles qui sont traitées par un responsable du traitement (§ 2). Ces droits participent à

l'oubli d'informations dès lors qu'ils permettent d'une part de prendre connaissance des données traitées, et d'autre part, d'obtenir les informations nécessaires afin que cet oubli soit correctement mis en œuvre par le biais des droits consacrés par le RGPD.

§ 1^{er}. Les consécration des droits d'accès et d'information en général³⁴⁷⁷

655. - Introduction. L'article 10, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme consacre « la liberté de recevoir ou de communiquer des informations »³⁴⁷⁸. Outre l'article précité, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées » (article 11). Ces consécration précises, moins nombreuses que pour le volet actif de la liberté d'expression, n'enlèvent cependant pas le caractère incertain de la composante passive du droit à la liberté d'expression³⁴⁷⁹. Pourtant, le développement d'internet et la multiplication des revendications en termes de droit d'accès – ou de droit de savoir³⁴⁸⁰ – ont considérablement renforcé ce volet de la liberté d'expression. Ce droit à l'information s'entend du « droit de pouvoir accéder, sans ingérence injustifiée des autorités publiques, à des informations ou des idées qu'autrui consent librement à nous faire parvenir »³⁴⁸¹. Les appellations de cette composante passive sont diverses : le droit d'accès, le droit de savoir, le droit à l'information³⁴⁸².

Comme la composante active de la liberté d'expression, le droit à l'information n'est pas absolu. Il est clair qu'elle ne peut être assimilée à un droit de savoir sans aucune limite. Un individu ne saurait dès lors, en toutes circonstances, se prévaloir de sa liberté d'expression et

³⁴⁷⁷ Les développements proposés sont tirés de F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 82 à 85, n° 117 à 120, et pp. 765 à 767, n° 1083 à 1084.

³⁴⁷⁸ Voy. S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, op. cit., p. 75, n° 142. Ces auteurs précisent que si ce texte, établi après la Seconde Guerre mondiale, se réfère expressément à la liberté de recevoir des informations ou des idées, c'est sans doute parce que « la communauté internationale sortait du fascisme » lequel avait usé et abusé de la propagande pour annihiler la liberté de pensée et pour mouvoir les masses.

³⁴⁷⁹ Sur ces volets actifs et passifs de la liberté d'expression, voy. *supra*.

³⁴⁸⁰ Voy. à ce propos, F. JONGEN, « Y-a-t'il un droit de savoir ? », *Juger*, 1995/8-10, pp. 17 à 22.

³⁴⁸¹ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *J.E.D.H.*, 2015/2, p. 174, n° 2.

³⁴⁸² Cette dernière appellation n'est pas exempte de critiques. Pour une brève discussion de cette question, voy. F. JONGEN, « Y a-t-il un droit de savoir ? », op. cit., pp. 17 à 22. Voy. aussi M. HANOTIAU, « Le droit à l'information », *Rev. trim. D.H.*, 1993, pp. 23 à 56, qui distingue le « droit à l'information » comme un « alibi » et le « droit fondamental sauvegardant le pluralisme de la presse ».

d'information afin de se ménager l'accès à une information qui serait en possession d'un tiers³⁴⁸³. Divers dispositifs, notamment législatifs, permettent d'ailleurs de restreindre l'accès à certaines informations. A titre d'exemple dans le domaine du droit des médias et de la communication, les principes régissant le secret des sources journalistiques, tant ceux exposés par la jurisprudence européenne que ceux formalisés dans la loi belge du 7 avril 2005³⁴⁸⁴, permettent la non-divulgateion d'informations. En outre, les droits à l'oubli, qu'ils porte sur des informations journalistiques ou non, constituent un second exemple de restriction au droit d'accès à des informations.

L'on peut enfin indiquer que le RGPD s'inscrit parfaitement le volet passif du droit à la liberté d'expression. Il consacre non seulement de tels droits – d'accès et d'information –, mais il oblige aussi, à plusieurs reprises, à prendre en considération « la liberté d'expression et d'information ». En effet, des restrictions sont consacrées afin que la protection des données puisse, dans une certaine mesure, se concilier avec cette liberté d'expression et d'information, c'est-à-dire tant les volets actif que passif de la liberté d'expression entendue au sens large.

A. Les droits d'accès et d'information dans les textes

656. - Introduction. Il a été souligné qu'aucun des textes en matière de liberté d'expression ne reconnaît, comme tel, un droit général du public à l'accès à l'information³⁴⁸⁵. Un tel droit n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit.

657. - La transparence administrative³⁴⁸⁶ : les consécutions. Tel est notamment le cas pour la transparence administrative consacrée à l'article 32 de la Constitution : « [c]hacun a le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et

³⁴⁸³ Voy. E. MACKAAY, « The Public's Right to Information », in W. F. KORTHALS ALTES, E. J. DOMMERING, P. B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL (eds), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, p. 171.

³⁴⁸⁴ Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, *M.B.*, 27 avril 2005, p. 19522.

³⁴⁸⁵ Voy. les travaux de F. DUBUISSON, et notamment « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 89 et s. Voy. aussi J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 608 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2003, pp. 418 à 419.

³⁴⁸⁶ Cette partie est fortement inspirée de F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 583 à 586, n° 814 à 819.

conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 »³⁴⁸⁷. L'objectif de cette disposition est de rendre l'action administrative davantage transparente et accessible aux administrés. Le droit subjectif est bien consacré directement par la Constitution, le Constituant exigeant que le législateur intervienne ensuite pour le concrétiser et, éventuellement, le limiter. Cela étant, ce droit revêt un caractère absolu : il est ouvert à tous³⁴⁸⁸, indépendamment de toute condition d'intérêt³⁴⁸⁹, il pourra s'exercer à l'égard de toute autorité administrative et pourra viser toute forme de document administratif – écrit, audiovisuel ou autre.

Le principe de la publicité administrative a reçu plusieurs concrétisations aux différents niveaux de pouvoirs. L'autorité fédérale a adopté la loi du 11 avril 1994³⁴⁹⁰, les autorités fédérées, décentralisées et publiques, ayant également réglé la matière, chacune pour ce qui les concerne³⁴⁹¹. Ces textes développent des principes qui sont pour la plupart équivalents³⁴⁹². Les développements qui suivent s'appuient sur la loi fédérale.

658. - La transparence administrative et les données à caractère personnel. Sans nul doute, les données administratives peuvent constituer des données à caractère personnel. Il est intéressant de noter que l'article 1^{er}, alinéa 2, définit d'une part le « document administratif » (2^o) et, d'autre part, le « document à caractère personnel » (3^o). Est un document administratif, « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose ».

³⁴⁸⁷ L'article est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995.

³⁴⁸⁸ L'article 32 indique que ce droit est ouvert à « chacun ». Il s'agit donc des Belges et non-Belges, résidents et non-résidents, personnes physiques ou personnes morales, voire même adultes et enfants.

³⁴⁸⁹ L'accès aux informations administratives ne suppose aucunement de devoir démontrer un quelconque intérêt. Dès lors, le fait d'être ou non concerné par le document administratif ne permet pas de restreindre la portée de ce droit. Une telle absence laissait entrevoir un réel risque : voir les administrations submergées de demandes motivées par la curiosité. Fort heureusement, la mise en pratique du droit ne s'est pas traduite de cette façon. Généralement, les citoyens n'ont même pas connaissance de l'existence de ce droit d'accès.

³⁴⁹⁰ Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17662.

³⁴⁹¹ Voy. décret du 26 mars 2004 de la Communauté flamande relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 1^{er} juillet 2004, p. 53378 ; décret de la Région wallonne du 7 mars 2001 relatif à la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes, *M.B.*, 20 mars 2001, p. 8719 ; loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 19 décembre 1997, p. 34253 ; ordonnance de la Commission communautaire commune du 26 juin 1997 relative à la publication de l'administration, *M.B.*, 20 septembre 1997, p. 24510 ; décret de la Commission communautaire française du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 27 août 1996, p. 22702 ; décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs, *M.B.*, 29 décembre 1995, p. 34989 ; décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, *M.B.*, 28 juin 1995, p. 18372 ; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 23 juin 1995, p. 18049 ; décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 31 décembre 1994, p. 32774, *erratum*, *M.B.*, 21 mars 1995, p. 6319.

³⁴⁹² Sur ces différentes législations, voy. notamment D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, coll. Centre Montesquieu d'Etudes de l'action publique, Bruxelles, Bruylant, 2008, 988 p. ; V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l'administration. 20 ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 534 p.

Sont visés sous cette notion relativement large, les documents écrits, les enregistrements sonores et visuels y compris les données reprises dans le traitement automatisé de l'information, les rapports et études, même de commissions consultatives non officielles, certains comptes rendus et procès-verbaux, les statistiques, les directives administratives, les circulaires, les contrats et licences, les registres d'enquête publique, les cahiers d'examen, les films, les photos, etc.

Quant au document à caractère personnel, il s'agit de tout « document administratif comportant une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommément désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer un préjudice à cette personne »³⁴⁹³. Alors qu'aucun intérêt n'est requis pour le premier, l'accès à un document à caractère personnel nécessite d'en justifier un (article 4, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1994). Cette condition supplémentaire tend à protéger les données à caractère personnel, dès lors qu'elles peuvent porter atteinte notamment au droit à la vie privée des personnes.

659. - La transparence administrative en pratique. La loi du 11 avril 1994 distingue la publicité active de la publicité passive.

La première oblige les autorités à fournir des informations aux citoyens, sans même qu'il ait à agir de sa propre initiative (article 2). Le but est ici « de fournir au public une information claire et objective sur l'action des autorités administratives fédérales ». Il s'agit notamment de renseignements sur l'organisation et le fonctionnement des autorités administratives, des personnes de contact au sein des administrations pour bénéficier des informations sur des dossiers. La publicité active comporte en outre l'obligation de mentionner, dans toute décision ou acte à portée individuelle et notifiée à un administré, les instances compétentes, les délais et les formes aux fins de l'introduction d'un éventuel recours.

³⁴⁹³ Il est intéressant de confronter cette définition à celle de « donnée à caractère personnel », cette dernière étant, pour rappel, définie de la sorte : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée “personne concernée”) ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Sur cette notion, voy. *supra*.

La publicité passive comporte, elle, trois prérogatives distinctes (article 4) : le droit de prendre connaissance, sur place, de tout document administratif (*droit de regard*), le droit d'obtenir des explications à son sujet (*droit d'explication*) et le droit d'en recevoir communication sous forme de copie (*droit de communication*). Ces droits s'exercent par le biais d'une demande de l'administré adressée à l'autorité administrative. La demande de consultation, d'explication ou de communication peut cependant être rejetée si l'administration « a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts » énuméré dans la liste contenue à l'article 6, § 1^{er}, de la loi³⁴⁹⁴. Ce rejet se fait à la suite d'une mise en balance des intérêts en présence, comme l'indique la disposition. En outre, l'article 6, § 2³⁴⁹⁵, indique que la demande est toujours rejetée, sans qu'une balance des intérêts soit effectuée, lorsque le document administratif porte atteinte « à la vie privée, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie ; [...] à une obligation de secret instaurée par la loi ; [...] au secret des délibérations du Gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée [...] »³⁴⁹⁶. L'article 6, § 3, prévoit encore le rejet de la demande lorsque celle-ci « concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet ; [...] concerne un avis ou une opinion communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité ; [...] est manifestement abusive ; [...] est formulée de façon manifestement trop vague ». Il est intéressant, enfin, de pointer l'article 11, alinéa 3, de la loi qui indique que « [l]es motifs d'exception visés à l'article 6 ne sont plus d'application après l'expiration du délai fixé pour le secret des archives concernées ». L'alinéa suivant dispose toutefois que la suppression de ces motifs d'exception ne s'applique pas « aux Archives Générales du Royaume ou aux Archives de l'Etat dans les Provinces, auxquelles les dispositions légales relatives aux Archives restent entièrement d'application ».

³⁴⁹⁴ « 1° la sécurité de la population ; 2° les libertés et les droits fondamentaux des administrés ; 3° les relations internationales fédérales de la Belgique ; 4° l'ordre public, la sûreté ou la défense nationale ; 5° la recherche ou la poursuite de faits punissables ; 6° un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public ; 7° le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ; 8° le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel ».

³⁴⁹⁵ Outre les hypothèses visées dans le texte, l'article 6, § 2, en contient une dernière : lorsqu'il y a atteinte « aux intérêts visés à l'article 3 de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification, aux habilitations, attestations et avis de sécurité ».

³⁴⁹⁶ Le consentement constitue un motif de licéité de la publicité d'une donnée portant atteinte à la vie privée d'une personne. Dans le cadre de l'application du RGPD, le consentement est aussi repris dans la liste des motifs de licéité (voy. *infra*).

Enfin, l'article 7 de la loi vise la situation où l'administré constate des informations inexactes ou incomplètes. Elles doivent être rectifiées, sans frais pour l'intéressé, par l'autorité compétente, à la suite d'une demande écrite. L'alinéa 2 précise que « [l]autorité administrative fédérale qui ne peut pas réserver une suite immédiate à une demande de rectification ou qui la rejette communique dans un délai de soixante jours de la réception de la demande les motifs de l'ajournement ou du rejet. En cas d'ajournement, le délai ne pourra jamais être prolongé de plus de trente jours. En cas d'absence de communication dans le délai prescrit, la demande est réputée avoir été rejetée ». Le droit de rectification est aussi consacré dans le RGPD (voy. *infra*).

660. - L'accès aux documents officiels. Le RGPD, en son article 86, organise l'accès du public aux documents officiels³⁴⁹⁷. Il indique que « [l]es données à caractère personnel figurant dans des documents officiels détenus par une autorité publique ou par un organisme public ou un organisme privé pour l'exécution d'une mission d'intérêt public peuvent être communiquées par ladite autorité ou ledit organisme conformément au droit de l'Union ou au droit de l'État membre auquel est soumis l'autorité publique ou l'organisme public, afin de concilier le droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement »³⁴⁹⁸.

B. Les droits d'accès et d'information dans la jurisprudence européenne

661. - La consécration du volet passif du droit à la liberté d'expression. Le volet passif du droit à la liberté d'expression est moins présent dans la jurisprudence européenne³⁴⁹⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que la presse a non seulement pour tâche de communiquer des informations, mais « le public a aussi le droit de les

³⁴⁹⁷ Pour la définition de la donnée à caractère personnel, voy. *supra*. Elle diffère de la conception proposée par la loi précitée du 11 avril 1994.

³⁴⁹⁸ La directive 95/46/CE ne consacrait aucune disposition à ce droit. Cependant, le considérant n° 72 indiquait que « la présente directive permet de prendre en compte, dans la mise en œuvre des règles qu'elle pose, le principe du droit d'accès du public aux documents administratifs ».

³⁴⁹⁹ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 175, n° 3. Pour une brève analyse de cette jurisprudence, voy. encore C. DE TERWANGNE, « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », *op. cit.*, pp. 573 à 576, n° 24.

recevoir »³⁵⁰⁰. S'appuyant essentiellement sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a déjà fondé un droit d'accès à certaines informations personnelles ou environnementales sur le droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la Convention, voire sur le droit à la vie (article 2 de la Convention)³⁵⁰¹.

Elle a en outre déjà considéré que la liberté de recevoir des informations « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir. [...] L'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige le gouvernement à les lui communiquer »³⁵⁰². Dans d'autres affaires, elle soutient qu'il est « difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif »³⁵⁰³, tout en élargissant néanmoins son interprétation de la notion de « liberté de recevoir des informations », s'apparentant davantage alors à un droit d'accès à l'information³⁵⁰⁴.

Dans un arrêt du 24 juin 2014, la Cour a rappelé des principes importants en matière de réception des informations : « [L]a Cour a toujours dit que le public a droit à recevoir les informations d'intérêt général. Sa jurisprudence en la matière a été élaborée en rapport avec la liberté de la presse, les médias ayant pour rôle de communiquer des informations et des idées sur les questions d'intérêt général [...]. A cet égard, la Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures prises par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse, l'un des “chiens de garde” de la société, de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime [...]. Eu égard à l'intérêt protégé par l'article 10, la loi ne peut permettre des restrictions arbitraires qui pourraient devenir une forme de censure indirecte si les autorités devaient faire obstacle à la collecte des informations. Cette collecte est en effet, par exemple,

³⁵⁰⁰ La formule est, elle aussi, reprise dans un nombre très important d'arrêts. Voy. les premiers arrêts : Cour eur. D.H., 29 août 1997, *Worm c. Autriche*, req. 22714/93, § 50 ; Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), req. 6538/74 ; Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. 5493/72, § 52.

³⁵⁰¹ Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. 48939/99 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. 42326/98, § 42 ; Cour eur. D.H., 24 septembre 2002, *M.G. c. Royaume-Uni*, req. 39393/98 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89 ; Cour eur. D.H. (plén.), 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. 10454/83.

³⁵⁰² Cour eur. D.H., 8 octobre 2013, *Ricci c. Italie*, req. 30210/06, § 38 ; Cour eur. D.H., 14 avril 2009, *Tarsasag A Szabadságjogokért c. Hongrie*, req. 37374/05, § 35 ; Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81, § 74. Voy. également Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89, § 5.

³⁵⁰³ Cour eur. D.H. (déc.), 18 novembre 2003, *Loiseau c. France* (déc.), req. 46809/99.

³⁵⁰⁴ Cour eur. D.H. (déc.), 10 juillet 2006, *Sdružení Jihočeské Matky c. Tchéquie*, req. 19101/03.

une démarche préalable essentielle à l'exercice du journalisme. Elle est inhérente à la liberté de la presse et, à ce titre, protégée. L'ouverture d'espaces de débat public fait partie du rôle de la presse »³⁵⁰⁵.

La Cour européenne reconnaît en outre le rôle important qu'internet joue dans la concrétisation du droit de réception d'informations³⁵⁰⁶. En 2009, elle affirme que « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information »³⁵⁰⁷.

662. - Le droit de recevoir des informations dans l'arrêt *Google Spain*. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014 rendu dans l'affaire *Google Spain*, et qui consacre un droit au déréférencement, aborde le droit de recevoir des informations.

Effectuant une balance des intérêts entre d'une part, les intérêts du moteur de recherche, et d'autre part, les intérêts de la personne visée par des informations relayées par Google, la Cour hiérarchise ceux-ci. Elle affirme que les droits à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel « prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également l'intérêt de ce public à trouver ladite information lors d'une recherche »³⁵⁰⁸, autrement dit l'intérêt de recevoir et d'accéder aux informations. Quentin Van Enis souligne que « [c]ette prévalence de principe, qui se manifeste notamment par la relégation du *droit* de recevoir des informations au rang de simple "intérêt", apparaît critiquable au regard de l'absence de hiérarchie de principe entre les libertés

³⁵⁰⁵ Cour eur. D.H., 24 juin 2014, *Rosiiانو c. Romania*, req. 27329/06, §§ 61 et 62. L'extrait se réfère notamment aux arrêts suivants : Cour eur. D.H., 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, § 52 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93, § 64 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89, § 35.

³⁵⁰⁶ Voy. à ce propos, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, pp. 173 à 201 ; Q. VAN ENIS, « Des "autoroutes de l'information" aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ? », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 715 à 746 ; F. DUBUISSON, « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression », in *Internet et le droit international*, Société française pour le droit international, colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, pp. 133 à 163.

³⁵⁰⁷ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Limited c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03, § 59. Voy. aussi, parmi d'autres, Cour eur. D.H. (déc.), 11 mars 2014, *Akdeniz c. Turquie*, req. 25165/94, § 24 ; Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10, § 54.

³⁵⁰⁸ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González, § 97. Voy. aussi le § 81.

fondamentales concernées »³⁵⁰⁹. Ce raisonnement démontre que la Cour de justice de l'Union européenne ne semble pas donner le même poids au droit de recevoir des informations que celui accordé au volet actif du droit à la liberté d'expression.

§ 2. Les consécutions des droits d'accès et à l'information dans la réglementation relative à la protection des données personnelles

663. - Introduction. Outre le règlement général sur la protection des données à caractère personnel – dont les dispositions pertinentes seront développées *infra* –, d'autres textes visant à protéger le droit des données à caractère personnel consacrent les droits d'accès et le droit à l'information.

664. - Les droits d'accès et à l'information dans la Convention n° 108. La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 consacre ces droits. L'article 8, § 1^{er}, précise que « [t]oute personne doit pouvoir : a) connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître du fichier ; b) obtenir à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs la confirmation de l'existence ou non dans le fichier automatisé, de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible ». L'article 9 admet que des dérogations à ces principes sont admises lorsque ces mesures sont nécessaires « à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales ; [...] à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui ».

Dans le cadre de la modernisation de la Convention n° 108, le protocole d'amendement insère un nouvel article intitulé « Transparence du traitement »³⁵¹⁰. Celui-ci prévoit une obligation pour le responsable du traitement d'informer les personnes concernées sur son

³⁵⁰⁹ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 175, n° 3. Voy. aussi, E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" », note sous C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, J.T.*, 2014, p. 459, ° 10.

³⁵¹⁰ Il s'agirait d'un nouvel article 8 dans la Convention n° 108 modernisée. Cette disposition est introduite par l'article 10 du protocole d'amendement à la Convention.

identité, sa résidence ou son lieu d'établissement ; sur la base légale de la finalité du traitement ; sur les catégories de données traitées ; sur les destinataires – ou catégories de destinataires – auxquels les données sont adressées ; et enfin sur les moyens d'exercer les droits que la Convention reconnaît aux personnes concernées. Hormis en ce qui concerne l'information des destinataires des données³⁵¹¹, les autres informations doivent toutes obligatoirement être transmises sauf « lorsque la personne concernée détient déjà l'information »³⁵¹². Le rapport explicatif du protocole d'amendement exige que ces informations soient « facilement accessibles, lisibles, compréhensibles et adaptées aux personnes concernées (dans un langage adapté aux enfants, le cas échéant) » (§ 68)³⁵¹³. En outre, « [t]out autre renseignement nécessaire pour garantir un traitement loyal des données ou qui serait utile en ce sens, comme la durée de conservation des données, la connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement des données ou des informations sur les transferts de données vers une Partie à la Convention ou non-Partie [...] devra également être fourni » (§ 68). Il est dommageable que cette dernière indication n'ait pas été clairement précisée dans le texte de la Convention modernisée.

665. - Les droits d'accès et à l'information dans la directive 95/46/CE. La directive 95/46/CE, désormais abrogée, consacrait le droit à l'information aux articles 10 et 11 et le droit d'accès à l'article 12. Les garanties mentionnées dans ces dispositions ont été reprises dans le RGPD. Elles feront par conséquent l'objet d'une analyse dans les propos qui suivent.

A. Le droit (ou l'obligation) à l'information

666. - La fourniture d'informations à la personne concernée. Les articles 12 à 14 du RGPD imposent au responsable du traitement de communiquer diverses informations à la personne concernée.

L'article 12, intitulé « Transparence des informations et des communications et modalités de l'exercice des droits de la personne concernée »³⁵¹⁴, vise non seulement à assurer

³⁵¹¹ Le texte indique que cette information doit être fournie « le cas échéant ».

³⁵¹² Article 8, § 2, de la Convention modernisée. Voy., en ce sens, le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 68.

³⁵¹³ Quant aux moyens pouvant être utilisés, le rapport indique que le responsable peut recourir à « tous les moyens disponibles, raisonnables et économiquement abordables » (§ 70).

³⁵¹⁴ Sur ces modalités qui ne seront pas analysées pas en détail, voy. A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., pp. 144 à 146 ; T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit.,

la transparence des opérations effectuées sur les données, mais aussi à doter la personne concernée des informations nécessaires notamment pour exercer les droits que lui reconnaît le règlement³⁵¹⁵. La transparence est en outre un principe général et transversal : elle s'applique « quelle que soit la base juridique du traitement » ainsi qu'à toutes les étapes du traitement³⁵¹⁶. Pour le Groupe de travail « Article 29 », « [l]e principe de transparence, lorsqu'il est respecté par les responsables du traitement, permet aux personnes concernées de contrôler leurs données à caractère personnel et d'exiger des responsables du traitement et des sous-traitants qu'ils rendent des comptes à cet égard »³⁵¹⁷. Ce principe entre pleinement dans la philosophie de la définition de l'oubli d'informations non journalistiques proposées ci-avant (voy. *supra*).

L'article 12, § 1^{er}, donne de nombreuses indications sur les modalités de transmission de ces informations à la personne concernée. Elles doivent l'être « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en de termes clairs et simples, en particulier pour toute information destinée à un enfant »³⁵¹⁸. Quant au support, ces informations doivent être proposées « par écrit ou par d'autres moyens y compris, lorsque c'est approprié, par voie électronique »³⁵¹⁹. La fourniture orale de ces informations n'est pas prohibée : ce moyen de transmission peut être utilisé lorsque la personne concernée en fait la demande « à condition que l'identité de la personne concernée soit démontrée par d'autres moyens ». Ces

pp. 432 à 447, n° 35 à 50 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 141 à 150.

³⁵¹⁵ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01. Dans l'introduction, les lignes directrices évoquent la transparence comme « une obligation globale au sens du RGPD qui s'applique à trois domaines centraux : 1) la communication aux personnes concernées d'informations relatives au traitement équitable de leurs données ; 2) la façon dont les responsables du traitement communiquent avec les personnes concernées sur leurs droits au titre du RGPD ; et 3) la façon dont les responsables du traitement facilitent l'exercice par les personnes concernées de leurs droits ».

³⁵¹⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 5.

³⁵¹⁷ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 4.

³⁵¹⁸ Voy. aussi le considérant n° 39 du RGPD. Voy. en outre les développements et exemples proposés par le Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01. Les termes « concis, transparent, compréhensible et aisément accessible » sont développés aux §§ 7 à 12 ; les termes clair et précis le sont aux §§ 12 et 13 ; les garanties lorsque la communication est faite à un mineur est explicitée aux §§ 14 à 16. Voy. encore P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 142.

³⁵¹⁹ Voy. Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, §§ 17 à 21.

informations doivent en outre être fournies sans aucun frais pour la personne concernée (article 12, § 5, du RGPD)³⁵²⁰.

L'article 12 concerne notamment « toute communication au titre des articles 15 à 22 du règlement ». Il vise les communications devant être faites par le responsable du traitement dans le cadre de l'exercice des droits de la personne concernée. Sont visés, le droit d'accès (article 15), le droit de rectification (article 16), le droit à l'effacement (article 17), le droit à la limitation du traitement (article 18), l'obligation de notification induite par l'exercice des droits précédemment cités (article 19), le droit à la portabilité (article 20), le droit d'opposition (article 21) et le droit de ne pas faire l'objet d'une décision individuelle automatisée (article 22).

L'exercice de l'ensemble de ces droits doit être facilité par le responsable du traitement (article 12, § 2, du RGPD). De même, dès lors qu'un droit est exercé par une personne concernée, le responsable doit assurer « dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande »³⁵²¹ le suivi en fournissant l'ensemble des informations sur les mesures qu'il a prises (article 12, § 3, du RGPD). Autrement dit, l'exercice par une personne concernée de l'un de ses droits ne peut rester sans réaction de la part du responsable du traitement. Si le responsable décide de ne pas donner « suite à la demande formulée par la personne concernée, il informe celle-ci sans tarder et au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande des motifs de son inaction et de la possibilité d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et de former un recours juridictionnel » (article 12, § 4, du RGPD).

Les articles 13 et 14 concernent les informations devant être fournies selon les standards précités³⁵²² lorsque les données sont collectées directement (article 13) ou non (article 14) auprès de la personne concernée. Dans la première hypothèse, les informations listées doivent être fournies « au moment où les données en question sont obtenues ». Dans la seconde, l'article

³⁵²⁰ Voy. Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 22.

³⁵²¹ Selon l'article 12, § 3, ce délai peut être prolongé : « [a]u besoin, ce délai peut être prolongé de deux mois, compte tenu de la complexité et du nombre de demandes. Le responsable du traitement informe la personne concernée de cette prolongation et des motifs du report dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande ».

³⁵²² Voy. l'article 12, § 7, qui précise que « [l]es informations à communiquer aux personnes concernées en application des articles 13 et 14 peuvent être fournies accompagnées d'icônes normalisées afin d'offrir une bonne vue d'ensemble, facilement visible, compréhensible et clairement lisible, du traitement prévu. Lorsque les icônes sont présentées par voie électronique, elles sont lisibles par la machine ».

14, § 3, rappelle que la transmission des informations doit se faire dans un délai raisonnable sans qu'il ne dépasse un mois « eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles les données à caractère personnel sont traitées » (article 14, § 3, a)), sauf cas particuliers³⁵²³.

Principalement, les informations suivantes doivent être fournies, à moins que la personne concernée n'en dispose déjà (articles 13, § 4, et 14, § 5, a)³⁵²⁴ :

- L'identité du responsable du traitement (articles 13, § 1^{er}, a), et 14, § 1^{er}, a)) ;
- Les finalités du traitement ainsi que la base juridique sur laquelle il se fonde (articles 13, § 1^{er}, c) et 14, § 1^{er}, c)) ;
- Les intérêts légitimes permettant de fonder le traitement sur l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD (articles 13, § 1^{er}, e), et 14, § 2, b) ;
- Les destinataires, ou catégories de destinataires, des données (articles 13, § 1^{er}, e), et 14, § 1^{er}, e)) ;
- La durée de la conservation des données (articles 13, § 2, a), et 14, § 2, a)) ;
- L'existence des droits d'accès, de rectification, d'effacement, de limitation ou encore du droit de s'opposer (articles 13, § 2, b), et 14, § 2, c))³⁵²⁵ ;
- La possibilité de retirer le consentement donné lorsque le traitement se fonde sur une telle autorisation (articles 13, § 2, c), et 14, § 2, d)) ;
- Les informations relatives à un traitement ultérieur pour une finalité différente (articles 13, § 3, et 14, § 4).

Selon le Groupe de travail « Article 29 », ces informations sont toutes d'égale importance³⁵²⁶. Elles doivent être fournies à la personne concernée via l'adoption de « mesures appropriées » de la part du responsable du traitement (article 12, § 1^{er}). Ceci implique que ce dernier prenne en compte « toutes les circonstances de la collecte et du traitement des données lorsqu'il décide des modalités et de la forme appropriées pour la fourniture des informations »³⁵²⁷.

³⁵²³ Voy. les point b) et c) de l'article 14, § 3. Sur ces deux hypothèses, voy. Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 27.

³⁵²⁴ Trois autres exceptions sont inscrites à l'article 14, § 5, du RGPD.

³⁵²⁵ Sur l'information relative au droit d'opposition, voy. aussi l'article 21, § 4 : « [a]u plus tard au moment de la première communication avec la personne concernée, le droit visé aux paragraphes 1 et 2 est explicitement porté à l'attention de la personne concernée et est présenté clairement et séparément de toute autre information ».

³⁵²⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 23.

³⁵²⁷ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 24. Les lignes directrices se

667. - Le droit à l'information et le droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Les articles 12 à 14 du RGPD sont inscrits dans le chapitre III concernant les droits des personnes concernées. Ce chapitre est repris par l'article 85 du RGPD qui permet aux Etats membres de déroger aux principes du droit à la protection des données à caractère personnel lorsqu'il y a lieu de le concilier avec la liberté d'expression et d'information.

La loi belge du 30 juillet 2018³⁵²⁸, qui répond à la requête de l'article 85, dispose que les articles 13 et 14 du RGPD ne sont pas applicables lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. En d'autres termes, dès lors que le traitement est justifié de la sorte, l'ensemble de ces exigences fondamentales d'information en faveur de la personne concernée ne sont tout simplement pas applicable. L'article 67 de la loi française « informatique et libertés » comporte la même exclusion³⁵²⁹.

Le Groupe de travail « Article 29 », dans ses lignes directrices relatives à l'obligation de transparence, rappelle que les articles 12 à 14 du RGPD peuvent faire l'objet de dérogations en vertu de l'article 85 du RGPD lorsque les traitements sont « menés à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, si cela est nécessaire pour concilier les deux droits en question »³⁵³⁰. L'on peut regretter que les lignes directrices se limitent à reprendre le prescrit de l'article 85 sans apporter aucune indication complémentaire, ne-fût-ce que des exemples concrets, ce qu'elles font pour les autres dispositifs évoqués.

Bien que l'on puisse concevoir que l'exercice d'un travail journalistique puisse se heurter à l'obligation de fournir, notamment préalablement, certaines informations à la personne concernée, et que l'on puisse donc admettre que le travail journalistique requiert, dans certaines circonstances, une certaine discrétion, il paraît cependant regrettable de supprimer purement et simplement toute obligation d'information dans le chef du responsable du traitement. Il est intéressant de rappeler que la loi belge du 8 décembre 1992 – désormais

poursuivent en indiquant qu'il y a lieu de prendre plus particulièrement en compte « le type de dispositif utilisé (le cas échéant), la nature des interfaces utilisateur et des interactions avec le responsable du traitement [...] et les limitations que ces facteurs entraînent ». Voy. aussi le § 25. Sur ces mesures appropriées, voy. enfin *infra*.

³⁵²⁸ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

³⁵²⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227.

³⁵³⁰ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01, § 69.

abrogée – proposait la même dérogation mais sous conditions³⁵³¹. En effet, l'article 3, § 3, b), alinéa 1^{er}, de la loi précitée excluait l'obligation d'information lorsque les données étaient collectées directement auprès de la personne concernée (l'équivalent de l'article 13 du RGPD), lorsque le traitement était effectué « aux seules fins de journalisme [...] lorsque son application [aurait compromis] la collecte des données auprès de la personne concernée ». Quant à l'article 3, § 3, b), alinéa 2, dont le contenu est actuellement repris à l'article 14 du RGPD, la dérogation n'était possible que lorsque l'application de l'obligation d'information compromettrait la collecte des données ou une publication en projet, ou lorsque son application fournissait des indications sur les sources d'information³⁵³². Ces situations particulières dans lesquelles les dérogations pouvaient être validées sous l'empire de la loi de 1992 permettaient de mettre correctement en balance les intérêts tirés de l'exercice d'une finalité journalistique et la protection des données à caractère personnel, ce qui ne se retrouve plus dans la loi du 30 juillet 2018.

B. Le droit d'accès

668. - Introduction. Le développement des traitements de données personnelles a abouti à un renforcement de la réglementation, et notamment du droit d'accès. François Rigaux, dans sa thèse, évoque déjà la nécessité de développer des droits subjectifs afin que tout citoyen puisse exercer son droit à l'autodétermination³⁵³³. Thierry Léonard et Yves Poulet, en 1992, estiment que ces droits devraient être rassemblés « sous la qualification de droit d'accès »³⁵³⁴. Ils définissent d'ailleurs cette prérogative comme le « droit de la personne fichée à participer à la formation de l'image que les personnes qui l'entourent se font d'elle »³⁵³⁵. Cette définition se

³⁵³¹ Seule la dérogation à l'article 12 n'est pas reprise dans l'ancienne réglementation, simplement parce que le principe de transparence n'était en tant que tel pas consacré dans la loi du 8 décembre 1992. Il l'était toutefois dans les articles 32 et s. de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de 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.*, 13 mars 2001, p. 7839.

³⁵³² Cette dernière situation faisant écho à la protection des sources journalistiques consacrée en Belgique par la loi du 7 avril 2005 sur la protection des sources journalistes, *M.B.*, 27 avril 2005, p. 19522.

³⁵³³ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, p. 234, n° 5. Les auteurs analysent les éléments mis en évidence dans les travaux du Professeur François Rigaux. Voy. F. RIGAU, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, pp. 768 à 770, n° 687 ; F. Rigaux, *La protection de la personne et de la vie privée*, *op. cit.*, p. 485.

³⁵³⁴ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, p. 235, n° 5. Dans le même sens, voy. C. DE TERWANGNE, « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », *op. cit.*, p. 573, n° 21. Voy. aussi C.J.U.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*.

³⁵³⁵ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, p. 236, n° 7.

rapproche de l'objectif du droit à l'oubli, entendu comme la possibilité de maîtriser ses données personnelles. Les mêmes auteurs proposent une seconde définition qui ne laisse aucun doute sur les liens étroits entre cette conception du droit d'accès et la conception proposée du droit à l'oubli : « le droit d'accès est un ensemble de droits subjectifs nouveaux correctifs d'un droit de propriété auquel les nouvelles technologies de l'information donnent un pouvoir que l'on peut craindre excessif »³⁵³⁶.

Consacré par la directive 95/46/CE, repris et considérablement développé dans le RGPD, le droit d'accès s'écarte de cette conception très large pour ne constituer, à l'heure actuelle, qu'un préalable à la mise en œuvre d'autres droits consacrés par ces mêmes textes³⁵³⁷. Ce préalable demeure cependant pluriel dès lors qu'il ne vise pas que le simple accès à des informations mais aussi, notamment, leur communication.

669. - Le droit d'accès consacré à l'article 15 du RGPD³⁵³⁸. Le RGPD consacre, en son article 15, le droit d'accès. Celui-ci s'exerce en réalité en deux étapes. Il se matérialise premièrement dans le droit d'obtenir une information de la part du responsable du traitement : l'article 15, § 1^{er}, mentionne que « [l]a personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées ». Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative de la part du responsable – celui-ci confirmant donc que des données sont traitées – que l'accès à celles-ci devient alors possible et que des informations la concernant doivent être fournies. Le droit d'accès se concrétise encore par la possibilité de requérir une copie des données personnelles traitées (article 15, § 3).

Le droit d'accès comporte donc un volet relatif à l'obtention de diverses informations : « a) les finalités du traitement ; b) les catégories de données à caractère personnel concernées ; c) les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées, en particulier les destinataires qui sont établis dans des pays tiers ou les organisations internationales ; d) lorsque cela est possible, la durée de conservation des données à caractère personnel envisagée ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés

³⁵³⁶ *Ibidem*, p. 238, n° 9.

³⁵³⁷ Tant dans la directive que dans le RGPD, la disposition consacrant le droit d'accès précède la consécration des autres droits subjectifs.

³⁵³⁸ Voy. aussi les considérants 63, 64 et 73 du RGPD.

pour déterminer cette durée ; e) l'existence du droit de demander au responsable du traitement la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel, ou une limitation du traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée, ou du droit de s'opposer à ce traitement ; f) le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle ; g) lorsque les données à caractère personnel ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, toute information disponible quant à leur source ; h) l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4, et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée » (article 15, § 1^{er}). Ces informations sont importantes en ce qu'elles permettent à la personne concernée de vérifier que les conditions de légalité du traitement soient bien remplies.

670. - Le droit d'accès et le droit à l'oubli. L'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 exclut l'application de l'article 15 du RGPD lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques.

Il est à nouveau intéressant de se pencher sur l'ancienne loi belge qui consacrait le droit d'accès à l'article 12, a). Cette disposition n'était pas d'application lorsque le traitement était effectué à des fins journalistiques dans la mesure où la mise en œuvre de ce droit d'accès « compromettrait une publication en projet ou fournirait des indications sur les sources d'information » (article 3, § 3, c), de la loi du 8 décembre 1992 (voy. *supra*)). La dérogation est donc d'application dans deux hypothèses strictement déterminées par la loi. Les circonstances décrites dans ces deux hypothèses permettent, quasiment à elles seules, de justifier – et de faire accepter – la dérogation au droit d'accès.

La loi belge du 30 juillet 2018 ne fait pas de même. Autrement dit, elle ne requiert pas que la dérogation ne soit possible que dans des circonstances qui justifient pleinement que le droit d'accès ne soit pas mis en œuvre. La loi se passe de toute mise en balance des intérêts ainsi que de toute contextualisation de la dérogation³⁵³⁹. Pourtant, une telle dérogation limitée aurait pu être développée sans contredire le droit européen, et précisément le contenu du RGPD.

³⁵³⁹ Est-ce lié à la façon dont est écrit l'article 85, § 2, du RGPD qui ne requiert *a priori* pas qu'une telle balance des intérêts soit faite au moment de la mise en œuvre de chaque dérogation, mais seulement au moment de leur édification dans la réglementation de chaque Etat membre. Voy., à ce sujet, *supra*.

Section 2. L'oubli par l'effacement de données

671. - Introduction. L'effacement de données est sans doute le mode de mise en œuvre le plus concret et le plus radical du droit à l'oubli (§ 5). D'ailleurs, l'article 17 du RGPD qui est largement analysé ci-après, porte pour titre « [d]roit à l'effacement ("droit à l'oubli") »³⁵⁴⁰, reconnaissant les liens importants entre ce qui s'apparente à deux prérogatives juridiques à la fois distinctes et similaires. L'article 17 du RGPD n'est toutefois pas la seule disposition à consacrer un tel effacement (§ 1^{er}). Cela étant, la disposition développe largement ce droit (§ 2), notamment en indiquant les hypothèses dans lesquelles il peut être mis en œuvre (§ 3). Le droit à l'effacement est en outre évoqué dans d'autres dispositions du RGPD qui le renforcent ou le restreignent (§ 4), notamment à travers l'existence de certaines dérogations.

§ 1^{er}. Les fondements du droit à l'effacement

672. - L'effacement dans la réglementation. Le règlement européen relatif à la protection des données à caractère personnel consacre, en son article 17, le « [d]roit à l'effacement ("droit à l'oubli") ». Auparavant, l'article 12 de la directive 95/46/CE constituait le fondement de l'effacement de données. Cette disposition, paradoxalement intitulée « [d]roit d'accès », consacrait plusieurs droits différents, dont notamment le droit d'obtenir du responsable du traitement « selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage 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), de la directive³⁵⁴¹.

Le droit à l'effacement est en outre consacré l'article 9, § 1^{er}, e, de la Convention n° 108 modernisée. Il s'agit d'une nouvelle disposition insérée par le protocole d'amendement du 10 octobre 2018 visant à adapter la Convention n° 108 aux réalités numériques et modernes. La disposition précitée indique que « [t]oute personne a le droit : [...] d'obtenir, à sa demande,

³⁵⁴⁰ Sur les critiques faites sur cette appellation, voy. *supra/infra*.

³⁵⁴¹ L'article 12, b), était en outre transposé à l'article 12 de la loi belge du 8 décembre 1992 en ces termes : « [t]oute personne a également le droit d'obtenir sans frais la suppression ou l'interdiction d'utilisation de toute donnée à caractère personnel la concernant qui, compte tenu du but du traitement, est incomplète ou non pertinente ou dont l'enregistrement, la communication ou la conservation sont interdits ou encore qui a été conservée au-delà de la période autorisée ».

sans frais et sans délais excessifs, la rectification de ses données ou, le cas échéant, leur effacement lorsqu'elles sont ou ont été traitées en violation des dispositions de la présente Convention ». Selon le rapport explicatif de ce protocole, il s'agit de consacrer un « droit de rectification ou d'effacement de données inexactes, erronées, ou de données dans le traitement est illicite » (§ 72)³⁵⁴². La mise en œuvre de l'article 9 de la Convention modernisée implique que ces droits « ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions, prévues par une loi, que celles qui constituent des mesures nécessaires et proportionnées dans une société démocratique »³⁵⁴³. Et le rapport d'illustrer ceci en évoquant le droit d'effacement : « le droit d'effacement des données personnelles peut avoir à être limité lorsque le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle est soumis le responsable du traitement, ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ».

673. - L'effacement dans la jurisprudence européenne. Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme se prononcent sur l'effacement d'informations, que celui-ci intervienne dans le cadre de la protection des données personnelles ou dans celui d'une protection du droit à la vie privée. L'objectif n'étant pas d'effectuer une revue de jurisprudence complète en la matière, seuls quelques arrêts sont rapidement explicités.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est peu prononcée sur l'effacement à proprement parler. Dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018³⁵⁴⁴, la Cour indique, faisant une référence directe à l'arrêt *Google Spain*³⁵⁴⁵ (analysé *infra*), que « la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci » (§ 97).

³⁵⁴² A noter que le rapport évoque « le droit d'effacement », là où le RGPD et la plupart des autres réglementations recourent à l'expression « droit à l'effacement ».

³⁵⁴³ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 73.

³⁵⁴⁴ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10.

³⁵⁴⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 59 à 62.

L'arrêt *Gardel c. France*³⁵⁴⁶ de la Cour européenne est en outre intéressant en ce qui concerne l'effacement d'informations. Le requérant est condamné pour viol sur mineure et est, à ce titre, inscrit au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles. Le document lui notifiant cette inscription indique que le requérant dispose d'une part, d'un droit d'être informé des informations le concernant reprises dans ce fichier et, d'autre part, d'un droit à obtenir « la rectification ou l'effacement ou la limitation » de cette inscription (§ 15). L'objectif d'un tel fichier est la prévention des infractions sexuelles et la faculté de pouvoir identifier plus rapidement leurs auteurs potentiels. Le requérant se plaint d'une telle inscription au titre de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la disposition traduisant le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La Cour européenne relève rapidement que des questions se posent également au regard de l'article 8 de la Convention (§ 30). La durée maximale de conservation des informations sur le fichier est de vingt ou trente ans, selon la gravité de l'infraction commise, et débute « dès que la décision ayant entraîné l'inscription cesse de produire tous ses effets » (§68). L'effacement se produit, de plein droit, à la fin de la durée d'inscription ou à la suite d'une demande d'effacement faite par la personne concernée. Cette demande est justifiée par le fait que « la conservation des données la concernant n'apparaît plus pertinente compte tenu de la finalité du fichier, au regard de la nature de l'infraction, de l'âge de la personne lors de sa commission, du temps écoulé depuis lors et de sa personnalité actuelle » (§ 68). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de violation disproportionnée du droit à la vie privée. En effet, « cette procédure judiciaire d'effacement des données assure un contrôle indépendant de la justification de la conservation des informations sur la base de critères précis [...] et présente des garanties suffisantes et adéquates du respect de la vie privée au regard de la gravité des infractions justifiant l'inscription sur le fichier. Certes, la mémorisation des données pour une période aussi longue pourrait poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la Convention, mais la Cour constate que le requérant aura, en tout état de cause, la possibilité concrète de présenter une requête en effacement des données mémorisées à compter du jour où la décision ayant entraîné leur inscription cessera de produire tous ses effets. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que la durée de conservation des données n'est pas disproportionnée au regard du but poursuivi par la mémorisation des informations » (§ 69).

³⁵⁴⁶ Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *Gardel c. France*, req. 16428/05.

Les garanties qui sont mises en œuvre par la réglementation française permettent, pour la Cour, de justifier l'ingérence. En revanche, elle a déjà pu juger qu'en l'absence de dispositifs encadrant l'enregistrement et la conservation des données, ainsi que leur potentiel effacement, il y a bien ingérence dans le droit à la vie privée. A propos de l'inscription automatique d'une identité dans un registre des faillis, elle a soutenu que « compte tenu de la nature automatique de l'inscription [...], de l'absence d'une évaluation et d'un contrôle juridictionnels sur l'application des incapacités y relatives ainsi que du laps de temps prévu pour l'obtention de la réhabilitation, il y a eu ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée »³⁵⁴⁷. Dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*³⁵⁴⁸, la grande chambre constate la violation de l'article 8 en s'appuyant sur « le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation » (§ 119), du fait que « les données en cause peuvent être conservées quelles que soient la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée et indépendamment de son âge » (§ 119), que « la conservation n'est pas limitée dans le temps » et que « les éléments sont conservés indéfiniment, indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise » (§ 119). La Cour souligne encore le « peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données » (§ 119), l'absence de « contrôle indépendant de la justification de la conservation sur la base de critères précis, tels que la gravité de l'infraction, les arrestations antérieures, la force des soupçons pesant sur la personne ou toute autre circonstance particulière » (§ 119).

Concernant toujours la mise en œuvre de balises autour des opérations liées à la conservation d'informations, quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme évoquent l'effacement d'informations, notamment dans le cadre de mesures permettant la surveillance secrète. Ainsi, elle considère qu'une telle surveillance doit être balisée par des garanties, celles-ci devant notamment indiquer « les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements »³⁵⁴⁹ et offrir « une possibilité

³⁵⁴⁷ Cour eur. D.H., 12 juin 2007, *Gianvito c. Italie*, req. 27654/03, § 18. De nombreux autres arrêts de la Cour vont dans le même sens. Sur la permanence d'informations dans des registres de faillite, voy. aussi C.J.U.E., 9 mars 2017, C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*. Voy. plusieurs commentaires de cette décision : E. CRUYSMANS, E. MARIQUE, « Quand l'oubli s'immisce en droit des sociétés : vers une limitation de l'accès aux données contenues dans les registres des sociétés ? », *R.P.S./T.V.R.*, 2017/7, pp. 921 à 930 ; P. VAN DEN BULCK, « Arrêt “Manni” : le traitement des données à caractère personnel figurant dans les registres des sociétés », *J.D.E.*, 2017/241, pp. 269 et 270.

³⁵⁴⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. 30562/04 et 30566/04.

³⁵⁴⁹ Voy. notamment Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. 47143/06, § 231. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12, § 38 ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *B.B. c. France*, req. 5335/06, § 61 ; Cour eur. D.H., 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekinjdjiev c. Bulgarie*, req. 62540/00, § 76 ; Cour eur. D.H. (déc.), 29 juin

concrète de présenter une requête en effacement des données mémorisées »³⁵⁵⁰, quel que soit le statut de la personne³⁵⁵¹.

§ 2. L'application concrète du droit à l'effacement consacré par le RGPD

674. - L'article 17 : l'effacement requis « dans les meilleurs délais ». L'article 17, § 1^{er}, du RGPD consacre le droit à l'effacement. Sa lecture donne l'impression première qu'il se répète en consacrant une même prérogative, tantôt sous la forme d'un droit dans le chef de la personne concernée, tantôt sous la forme d'une obligation pour le responsable du traitement³⁵⁵². Pour la personne concernée, il s'agit du droit d'obtenir dans les meilleurs délais l'effacement de données à caractère personnel³⁵⁵³. Pour le responsable du traitement, il s'agit de l'obligation d'effacer, à nouveau dans les meilleurs délais, ces données³⁵⁵⁴.

Tant la demande de la personne concernée que la mise en œuvre concrète de l'effacement doivent intervenir « dans les meilleurs délais », sans apporter de précisions complémentaires. A l'article 12, § 3, du règlement, l'expression est reprise comme suit : « dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception

2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, req. 54934/00, § 95 ; Cour eur. D.H., 18 février 2003, *Prado Bugallo c. Espagne*, req. 58496/00 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95, §§ 56 à 58 ; Cour eur. D.H., 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, req. 27671/95, § 46 ; Cour eur. D.H., 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. 11105/84, § 34.

³⁵⁵⁰ Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12, § 38 ; Cour eur. D.H., 18 avril 2013, *M.K. c. France*, req. 19522/09, § 45 (« [l]a Cour constate que si la conservation des informations insérées dans le fichier est limitée dans le temps, cette période d'archivage est de vingt-cinq ans. Compte tenu de son précédent constat selon lequel les chances de succès des demandes d'effacement sont pour le moins hypothétiques, une telle durée est en pratique assimilable à une conservation indéfinie ou du moins, comme le soutient le requérant, à une norme plutôt qu'à un maximum ») ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *B.B. c. France*, req. 5335/06, § 69 ; Cour eur. D.H., 5 février 2009, *Brunet-Lecomte et autres c. France*, req. 42117/04, §§ 41 et 43.

³⁵⁵¹ La Cour considère, par exemple, qu'une procédure d'effacement doit être mise en œuvre tant pour les personnes simplement soupçonnées dans le cadre d'une procédure pénale que pour les personnes condamnées. A cet égard, voy., parmi d'autres, Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12, §§ 37 et 44 ; Cour eur. D.H. (déc.), 6 juin 2013, *Peruzzo et Martens c. Allemagne*, req. 7841/08 et 57900/12, § 44 ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *B.B. c. France*, req. 5335/06, §§ 62 et 68 ; Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *M.B. c. France*, req. 22115/06, § 54 ; Cour eur. D.H., 5 février 2009, *Brunet-Lecomte et autres c. France*, req. 42117/04, §§ 41 et 43.

³⁵⁵² Ce qui, somme toute, est logique puisque derrière la plupart des droits d'une partie se cache une obligation pour une autre partie. Voy. P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 159.

³⁵⁵³ Pour ce faire, elle doit indiquer sur quel motif (inscrit aux points a) à f), de l'article 17, § 1^{er}, du RGPD) son droit à l'effacement s'appuie, ainsi les nouvelles circonstances ou le changement de circonstances qui lui permet d'activer l'effacement.

³⁵⁵⁴ Le responsable du traitement doit démontrer les éléments qui pourraient lui permettre de contrer l'effacement souhaité par la personne concernée.

de la demande ». La disposition concerne le délai dans lequel le responsable du traitement « fournit à la personne concernée des informations sur les mesures prises à la suite d'une demande formulée en application » de ses droits. L'article 12, § 3, ajoute que « ce délai peut être prolongé de deux mois, compte tenu de la complexité et du nombre de demandes. Le responsable du traitement informe la personne concernée de cette prolongation et des motifs du report dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande ». Ce délai d'un mois est encore inscrit à l'article 12, § 4, qui oblige le responsable du traitement à informer la personne concernée qu'il ne donnera pas suite à l'exercice d'un de ses droits, cette information devant intervenir « au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande des motifs ».

L'article 12 du RGPD est d'application lorsque le droit à l'effacement consacré par l'article 17 est mis en œuvre. L'effacement doit cependant être décomposé en deux temps. Premièrement, la demande de mise en œuvre de ce droit par la personne concernée doit recevoir une réponse de la part du responsable du traitement, celle-ci devant intervenir dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à dater de la demande, avec une possibilité de prolongation. Lorsqu'il est répondu positivement à cette demande, le responsable doit ensuite procéder à l'effacement proprement dit « dans les meilleurs délais ». Il s'agit d'un délai d'exécution qui ne paraît pas être limité à un mois³⁵⁵⁵. Lors de cette exécution, on peut concevoir « un délai plus long, au vu des implications techniques et opérationnelles liées à cet effacement »³⁵⁵⁶.

675. - A qui adresser une demande d'effacement ? L'effacement est une prérogative appartenant à la personne concernée à l'encontre du responsable du traitement, qu'il soit éditeur d'un site web, auteur ou exploitant d'un moteur de recherche (voy. *supra*).

§ 3. Les motifs d'effacement consacrés par le RGPD

676. - L'article 17, § 1^{er}, du RGPD. Selon l'article 17, § 1^{er}, l'effacement est possible lorsque l'un des six motifs repris dans la disposition est d'application. Ces six motifs sont les suivants :

³⁵⁵⁵ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 475, n° 93.

³⁵⁵⁶ *Ibidem*, n° 94 ; C. VANDE VORST, « Algemene verordening gegevensbescherming : vijf nieuwigheden van dichterbij bekeken », *cah. jur.*, 2016/4, p. 82.

la disparition de la finalité (A.), le retrait du consentement (B.), l'exercice du droit d'opposition (C.), l'existence d'un traitement illicite (D.), ainsi que dans deux autres cas secondaires (E.). Pour chacun de ces motifs, il est intéressant de s'interroger sur leur mise en œuvre afin de répondre aux prétentions à l'oubli.

A. L'effacement en cas de disparition de la finalité

677. - Introduction. L'article 17, § 1^{er}, a), permet l'effacement de données en cas de disparition de la finalité. Il fait écho à trois principes contenus à l'article 5 du même texte : le principe de limitation des finalités (1.), le principe de minimisation des données (2.), et le principe de limitation de la conservation des données (3.). Lorsqu'un de ces principes n'est plus respecté, l'effacement des données traitées, c'est-à-dire leur oubli, doit avoir lieu automatiquement (4.). Autrement dit, l'interprétation de l'article 17, § 1^{er}, a), se fait grâce à ces principes de base consacrés à l'article 5³⁵⁵⁷.

1. Le principe de limitation des finalités

a) Définir la notion de finalité

678. - La notion de finalité définie par la réglementation. Le principe de limitation des finalités, que l'on dénomme aussi plus simplement le principe de finalité, n'est pas propre à la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel. La Cour européenne des droits de l'homme, lors de l'analyse d'une ingérence à l'un des droits fondamentaux consacrés par les articles 8 à 11 de la Convention européenne, s'arrête sur la légalité de la mesure, sa proportionnalité, mais aussi sa finalité. En effet, toute ingérence doit répondre à un but légitime, c'est-à-dire un objectif permettant de la justifier. Ces motifs sont ainsi énumérés limitativement dans les dispositions précitées de la Convention.

³⁵⁵⁷ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 87. Les auteurs écrivent que les principes repris à l'article 5 « will very likely be used by the courts in the future to interpret the other provisions of the GDPR ».

Bien que ce principe puisse être considéré comme « la véritable pierre angulaire de la protection des données »³⁵⁵⁸, le RGPD, ainsi que l'ensemble des textes qui l'ont précédé, ne font rien d'autres qu'une application, certes spécifique, de l'exigence de légitimité dans le domaine particulier de la protection des données. Cela étant, le principe est, il est vrai, essentiel et découle de l'idée selon laquelle « le danger inhérent aux traitements de données à caractère personnel réside davantage dans les finalités qu'ils poursuivent que dans la nature des données qui en font l'objet »³⁵⁵⁹. Ainsi, « [i]l ne faut pas perdre de vue que c'est toujours dans un but bien déterminé que les données sont rassemblées, mises en mémoire et communiquées. C'est seulement lorsqu'on connaît cet objectif et non en raisonnant dans l'abstrait sur l'information elle-même que l'on peut tracer la limite de la tolérance acceptable pour l'intéressé »³⁵⁶⁰.

Le principe de finalité apparaît dans deux résolutions du Conseil de l'Europe. La première date de 1973 et concerne la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé³⁵⁶¹, la seconde est adoptée un an après et porte sur la même problématique dans le secteur public³⁵⁶². Repris encore dans la Convention n° 108³⁵⁶³, le principe de la limitation des finalités, aussi capital soit-il, ne fait l'objet d'aucune définition ni par ces textes ni par la directive 95/46/CE, ni par le RGPD.

679. - La notion de finalité critiquée par la doctrine. Quant à la doctrine, elle en propose généralement une définition assez simple, proche de son sens commun. Ainsi, « [l]a finalité d'un traitement peut être définie comme l'objectif ou le but poursuivi à travers cette

³⁵⁵⁸ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *op. cit.*, p. 277 ; M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *Rev. trim. D.H.*, 2003/54, p. 685, n° 17 ; C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 94, n° 8. Voy. encore Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, p. 11 (« [d]ata are collected for certain aims ; these aims are the 'raison d'être' of the processing operations »).

³⁵⁵⁹ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *op. cit.*, p. 277. Seules les dispositions relatives aux données sensibles semblent renverser cette logique.

³⁵⁶⁰ Commission « Informatique et Libertés » instituée par le décret n° 74-438 du 8 novembre 1974 (*J.O.R.F.*, 13 novembre 1974), *Rapport Informatique et Libertés*, Paris, La documentation française, 1975, pp. 45 et 46.

³⁵⁶¹ Résolution (73) 22 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée le 26 septembre 1973.

³⁵⁶² Résolution (74) 29 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur public, adoptée le 20 septembre 1974.

³⁵⁶³ Voy. aussi les « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel » rédigées par l'OCDE et dans lesquelles ce principe est inscrit.

opération »³⁵⁶⁴. Pour la CNIL française, la finalité d'un traitement est l'« [o]bjectif principal d'une application informatique de données personnelles »³⁵⁶⁵, c'est-à-dire plus simplement ce « à quoi [un] fichier va servir »³⁵⁶⁶. L'autorité française propose en outre quelques exemples de finalité : « gestion des recrutements, gestion des clients, enquête de satisfaction, surveillance des locaux, etc. »³⁵⁶⁷. Si l'on se départit de ce cadre très général, la finalité de traitement se comprend alors comme regroupant les « objectifs principaux assignés au traitement et aux fonctions substantielles mises en œuvre dans le cadre » d'un traitement³⁵⁶⁸. Connaître la finalité, c'est « savoir, dès le démarrage d'un traitement de données, quel(s) objectif(s) ce traitement est appelé à servir »³⁵⁶⁹.

Quelques critiques ont été portées à l'encontre de ce principe, la plupart mettant en exergue son imprécision : « [l]a notion de “finalité” [...] est singulièrement floue et son emploi crée le risque d'une interprétation fort large »³⁵⁷⁰. Pour Thierry Léonard et Yves Poulet, la critique est toutefois peu fondée : « [l]e respect du critère de la “finalité” est en effet plus souple et plus respectueux d'une appréciation judiciaire évolutive que le critère *a priori*, réglementaire, tiré de la nature soi-disant “en soi” des données, critère qui, par opposition, est peu soucieux de la réalité contractuelle »³⁵⁷¹. La pratique relative au traitement des données aura en outre démontré toute l'utilité du principe de finalité dans la justification et la validation des traitements des données.

b) Les caractéristiques de la finalité

³⁵⁶⁴ A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 118, n° 631.

³⁵⁶⁵ CNIL, glossaire, v° *Finalité d'un traitement*, <https://www.cnil.fr/fr/glossaire>, consulté le 16 janvier 2019.

³⁵⁶⁶ CNIL, <https://www.cnil.fr/fr/definir-une-finalite>, consulté le 16 janvier 2019.

³⁵⁶⁷ CNIL, glossaire, v° *Finalité d'un traitement*, <https://www.cnil.fr/fr/glossaire>, consulté le 16 janvier 2019.

³⁵⁶⁸ A. BENSOUSSAN, *Code informatique, fichiers et libertés*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 20 ; A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, *op. cit.*, p. 118, n° 634.

³⁵⁶⁹ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 94, n° 9.

³⁵⁷⁰ Cette critique est rapportée par T. LÉONARD, Y. POULET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, p. 244, n° 17.

³⁵⁷¹ *Ibidem*. Ces mêmes auteurs ajoutent, parfaitement conscients des évolutions technologiques futures et des problématiques juridiques qu'elles poseront (rappelons que l'article est écrit en 1992), « qu'il sera de plus en plus difficile de circonscrire une fois pour toutes la finalité des traitements et que des systèmes réglementaires fondés sur des déclarations ou des autorisations *a priori* des finalités auront sans doute quelques difficultés à prendre en compte cette évolution permanente des finalités rendue possible pour les technologies modernes » (p. 246, n° 19).

680. - Introduction. A défaut d'une définition précise, le principe de finalité s'explique à travers plusieurs caractéristiques. L'article 5, § 1^{er}, b), du RGPD énonce que les données doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités ». Ces caractéristiques figurent en outre dans la Convention n° 108, en son article 5. Initialement intitulé « [q]ualité des données », cet article 5 est rebaptisé « [l]égitimité du traitement de données et qualité des données » par le protocole d'amendement datant du 28 mai 2018³⁵⁷². Concrètement, l'article 5, § 1^{er}, b), du RGPD consacre deux éléments : premièrement, la spécification de la finalité, d'autre part la limitation de la finalité au sens strict³⁵⁷³.

681. - La finalité doit être déterminée et explicite. La finalité doit, premièrement, être déterminée³⁵⁷⁴ et explicite³⁵⁷⁵. L'article 5, § 1^{er}, b), du règlement trouve son équivalent à l'article 5, b, de la Convention n° 108³⁵⁷⁶. Dans le cadre d'une modernisation de la Convention, ces exigences sont désormais reprises à l'article 5, § 4, b, de la Convention n° 108 modernisée, dans les mêmes termes que ceux du RGPD. Ces caractéristiques aboutissent à ce qu'aucun traitement ne puisse être effectué sur des données si son objectif n'est pas clairement identifié. Un traitement justifié par des finalités secrètes, ambiguës, implicites, « non définies, imprécises ou vagues »³⁵⁷⁷ ne peut être envisagé, ni même lorsqu'il est justifié « à toutes fins utiles »³⁵⁷⁸. Le caractère déterminé de la finalité fait référence à la prévisibilité requise par la Cour européenne

³⁵⁷² Voy. aussi la distinction faite par Marc Van Overstraeten et Sébastien Depré. Pour eux, découlent du principe de finalité deux « sous-principes » : premièrement, le principe de légitimité (qui couvre le fait que les finalités soient déterminées, explicites et légitimes), et deuxièmement, le principe de conformité (qui couvre l'interdiction faite pour les traitements ultérieurs et les exigences d'adéquation et de pertinence des données inscrites à l'article 5, § 1^{er}, c), du RGPD). M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 685, n° 18.

³⁵⁷³ L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, p. 18, n° 6.

³⁵⁷⁴ Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, pp. 15 à 17.

³⁵⁷⁵ Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, pp. 17 à 19.

³⁵⁷⁶ La disposition indique que « [l]es données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont : [...] b. enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ».

³⁵⁷⁷ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 48. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, pp. 12 et 16 (« a purpose that is vague or general, such as for instance 'improving users' experience', 'marketing purposes', 'IT-security purposes' or 'future research' will – without more detail – usually not meet the criteria of being 'specific' »).

³⁵⁷⁸ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 1^{ère} partie », *J.T. dr. eur.*, 1997, p. 127, n° 26 ; C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 95, n° 10.

des droits de l'homme, celle-ci exigeant que toute ingérence soit prévue par la loi, cette loi devant être claire, précise, accessible et prévisible³⁵⁷⁹. Quant au caractère explicite, il implique simplement que la finalité identifiée soit clairement révélée, expliquée et présentée sous une forme intelligible³⁵⁸⁰. La détermination précise de la finalité renforce le principe de transparence du traitement de données et permet de délimiter le contrôle quant à sa validité³⁵⁸¹. Le respect de ces premières exigences incombe au responsable du traitement³⁵⁸².

682. - La finalité doit être légitime. La finalité doit ensuite être légitime³⁵⁸³. Le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, visant à moderniser ce texte, indique que « [l]a légitimité d'une finalité dépendra des circonstances, le but étant de garantir dans chaque cas un juste équilibre entre les droits, les libertés et les intérêts en jeu : le droit à la protection des données à caractère personnel d'une part, et la protection d'autres droits, d'autre part. Un juste équilibre doit ainsi être ménagé entre les intérêts de la personne concernée et ceux du responsable du traitement ou de la société »³⁵⁸⁴. L'article 5, § 1^{er}, de la Convention n° 108 modernisée indique d'ailleurs que « [l]e traitement de données doit être proportionné à la finalité légitime poursuivie et refléter à chaque étape du traitement un juste équilibre entre tous les intérêts en présence, qu'ils soient publics ou privés, ainsi que les droits et les libertés en jeu ». Le principe de légitimité constitue dans cette nouvelle version de l'article 5 de la Convention n° 108 un élément clé dans le traitement des données. Il apparaît en réalité une seconde fois à l'article 5, § 4, b, qui indique que les données doivent être collectées pour des finalités légitimes.

³⁵⁷⁹ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *J.T. dr. eur.*, 1997, p. 145, n° 27.

³⁵⁸⁰ Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, p. 17.

³⁵⁸¹ Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, p. 13.

³⁵⁸² Voy. à ce propos les développements proposés relatifs au responsable du traitement, *supra*, ainsi qu'au principe d'*accountability*, *supra*. L'on qualifie une personne, physique ou morale, de la sorte lorsqu'elle détermine non seulement les finalités d'un traitement, mais aussi les moyens lui permettant de mettre en œuvre ce même traitement. Voy. aussi l'article 4, 7), du RGPD.

³⁵⁸³ Outre l'article 5, § 1^{er}, b), du règlement, voy. l'article 5, b, de la Convention n° 108 et l'article 5, § 4, b, de la Convention n° 108 modernisée. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, pp. 19 à 20.

³⁵⁸⁴ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 48.

La légitimité induit une conciliation entre « l'intérêt de la personne concernée et l'intérêt particulier du responsable du traitement ou l'intérêt général »³⁵⁸⁵. La finalité déterminée « ne peut induire une atteinte disproportionnée aux droits, libertés et intérêts en jeu, au nom des intérêts poursuivis par le responsable du traitement »³⁵⁸⁶. Dès lors que le traitement des données porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, celui-ci doit être justifié par des intérêts supérieurs³⁵⁸⁷. Autrement dit, vérifier la légitimité d'une finalité, et donc du traitement qui en découle, c'est mettre en balance des intérêts en présence, et *in fine* vérifier la proportionnalité du traitement. Cécile de Terwangne indique que « [p]our être légitime, une finalité ne peut en définitive causer un préjudice plus grand à l'ensemble des intérêts en jeu que l'intérêt que représente le traitement »³⁵⁸⁸. Vérifier la légitimité d'une finalité fait écho, à nouveau, aux principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle vérifie la « nécessité dans une société démocratique » d'une ingérence, celle-ci supposant l'existence d'un « besoin social impérieux ». La Cour européenne a d'ailleurs eu l'occasion, dans son arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* de soutenir à propos de la conservation de données, qu'il y a lieu de déterminer « si pareille conservation est proportionnée et reflète un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence »³⁵⁸⁹. La Cour ne fait rien d'autre que poser la question de la légitimité de l'ingérence, en l'espèce la conservation d'informations.

683. - L'incompatibilité d'un traitement ultérieur avec la finalité. La troisième caractéristique interdit tout traitement ultérieur « d'une manière incompatible avec ces finalités » (article 5, § 1^{er}, b), du RGPD)³⁵⁹⁰. La Convention n° 108 modernisée indique que les

³⁵⁸⁵ M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 687, n° 18. Dans le même sens, M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 145, n° 28. Voy. encore P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 89 (les auteurs n'évoquent pas de la même façon la conciliation des intérêts ; pour eux, la légitimité « requires *accordance with the existing law in the broadest sense* »). Dans un sens identique, Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, p. 20.

³⁵⁸⁶ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 96, n° 11.

³⁵⁸⁷ M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 687, n° 18.

³⁵⁸⁸ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 97, n° 11.

³⁵⁸⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. 30562/04 et 30566/04, §§ 118 et s. Pour un commentaire, voy. R. BELLANOVA, P. DE HERT, « le cas S. et Marper et les données personnelles : l'horloge de la stigmatisation stoppée par un arrêt européen », *Cultures & Conflits*, 2009/79, pp. 101 à 113.

³⁵⁹⁰ Le principe apparaît dans la Résolution (73) 22 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée le 26 septembre 1973, annexe, § 5 (« [l]es informations ne peuvent, sans autorisation appropriée,

données ne peuvent être « traitées de manière incompatible avec ces finalités », sans faire référence à ce stade à un traitement ultérieur. Le considérant n° 50 du RGPD souligne qu'un traitement « pour d'autres finalités que celles pour lesquelles les données [...] ont été collectées initialement ne devrait être autorisé que s'il est compatible avec les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel ont été collectées initialement. Dans ce cas, aucune base juridique distincte de celle qui a permis la collecte des données à caractère personnel n'est requise ». Dans le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, il est précisé que « [l]a notion d'utilisation "compatible" ne doit pas nuire à la transparence, à la sécurité juridique, à la prédictibilité ou à la loyauté du traitement. En particulier, les données à caractère personnel ne doivent pas faire l'objet d'un traitement ultérieur que la personne concernée pourrait considérer comme inattendu, inapproprié ou contestable »³⁵⁹¹.

Le traitement ultérieur des données est encore visé à l'article 6, § 4, du RGPD³⁵⁹², l'article 6 ayant trait aux motifs de licéité des traitements. L'article 6, § 4, évoque plusieurs « critères de la compatibilité »³⁵⁹³, ceux-ci étant tirés de l'opinion du Groupe de travail « Article 29 » sur la limitation des finalités³⁵⁹⁴. Le traitement ultérieur peut évidemment se faire en cas de consentement de la personne concernée³⁵⁹⁵ ou lorsqu'une disposition du droit de l'Union ou d'un Etat membre le permet³⁵⁹⁶.

être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été enregistrées, ni communiquées à des tiers ») ; ainsi que la Résolution (74) 29 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur public, adoptée le 20 septembre 1974, annexe, § 3, c. (« les informations enregistrées ne doivent pas être utilisées à d'autres fins que celles qui ont été définies, à moins qu'une dérogation ne soit expressément autorisée par la loi ou accordée par une autorité compétente ou que les règles régissant l'utilisation de la banque de données électroniques ne soient modifiées »).

³⁵⁹¹ Voy. encore les Lignes directrices du Comité consultatif de la Convention 108 du Conseil de l'Europe du 23 janvier 2017 sur la protection des personnes à l'égard des données à caractère personnel à l'ère des mégadonnées. Elles indiquent qu'« [e]xposer la personne concernée à des risques différents ou supérieurs à ceux envisagés pour les finalités initiales pourrait être considéré comme un traitement ultérieur inattendu » (principe 3.1.).

³⁵⁹² Voy. aussi le considérant n° 50 du RGPD qui reprend ces motifs, ainsi que le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108. Ces deux textes reprennent exactement les mêmes termes.

³⁵⁹³ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 99, n° 13. Pour une analyse complète ainsi que plusieurs exemples, voy. les pp. 98 à 107, n° 12 à 20. Voy. aussi P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, pp. 108 à 110.

³⁵⁹⁴ Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 on purpose limitation, adoptée le 2 avril 2013, WP 203, pp. 23 à 27.

³⁵⁹⁵ Sur le consentement dans le cadre du droit à la protection des données personnelles, voy. *infra*. Voy. aussi, toujours sur cette notion, *supra*.

³⁵⁹⁶ L'article 6, § 4, évoque « le droit de l'Union ou le droit d'un Etat membre qui constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir les objectifs visés à l'article 23, paragraphe 1 ». Cette disposition vise les limitations à la portée des droits et obligations contenus dans le règlement.

A défaut de l'un de ces fondements, le responsable du traitement se voit offrir quelques outils lui permettant de « déterminer si le traitement à une autre fin est compatible avec la finalité pour laquelle les données [...] ont été initialement collectées » (article 6, § 4). La liste de ces outils n'est pas exhaustive, le responsable pouvant « entre autres » tenir compte des motifs cités. Selon le considérant n° 50, la prise en compte de ces critères se fait « après avoir respecté toutes les exigences liées à la licéité du traitement initial ». Selon le premier critère, il faut vérifier s'il existe « un lien entre les finalités pour lesquelles les données à caractère personnel ont été collectées et les finalités du traitement ultérieur envisagé » (article 6, § 4, a)). Le deuxième s'intéresse au « contexte dans lequel les données à caractère personnel ont été collectées, en particulier en ce qui concerne la relation entre les personnes concernées et le responsable du traitement » (article 6, § 4, b)). Selon le considérant n° 50, ce contexte est notamment déterminé par « les attentes raisonnables des personnes concernées, en fonction de leur relation avec le responsable du traitement, quant à l'utilisation ultérieure desdites données ; la nature des données à caractère personnel »³⁵⁹⁷. Ensuite, le responsable peut tenir compte « de la nature des données à caractère personnel » (article 6, § 4, c)), renvoyant vers les données sensibles ou les données judiciaires. La reprise de telles données représente un risque plus important. Enfin, il y a lieu de s'interroger sur les « conséquences possibles du traitement ultérieur envisagé pour les personnes concernées » (article 6, § 4, d)) ainsi que sur « l'existence de garanties appropriées, qui peuvent comprendre le chiffrement ou la pseudonymisation » (article 6, § 4, e)), ces garanties devant selon le considérant n° 50 exister « à la fois dans le cadre du traitement initial et du traitement ultérieur prévu ».

c) Finalité et licéité : des liens évidents

684. - La finalité et la licéité : deux concepts qui se recoupent ? Il est difficile de ne pas voir de liens entre d'une part, le principe de finalité, et d'autre part, le principe de licéité³⁵⁹⁸. En effet, la mise en œuvre d'un traitement implique la détermination d'une ou plusieurs finalité(s), ce(s) dessein(s) ne pouvant être « contraire[s] à une disposition législative ou

³⁵⁹⁷ Cécile de Terwangne indique que « [c]e critère des attentes raisonnables du sujet des données est particulièrement pertinent, étant donné qu'en limitant ce qui est fait avec les données à ce qui entre dans les prévisions à ce sujet, il permet à celui-ci de conserver le contrôle sur le sort de ces données » (C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 99, n° 13).

³⁵⁹⁸ Voy. M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 689, n° 19.

réglementaire »³⁵⁹⁹. Ceci revient à dire que la finalité doit s'inscrire dans les motifs de licéité énumérés exhaustivement³⁶⁰⁰ à l'article 6, § 1^{er}), du RGPD. Pour qu'un traitement soit considéré comme licite, il doit atteindre une finalité déterminée par le responsable de traitement. Il s'agit en réalité des deux faces d'une même pièce.

Seul le premier motif de licéité du traitement ne se confond pas avec le principe de finalité. Il indique que lorsqu'une personne a consenti au traitement de données le concernant, le traitement est licite pour autant qu'il s'inscrive dans une ou plusieurs finalités (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a)). Dans cette hypothèse, le consentement constitue le motif de licéité, sans constituer la finalité du traitement.

Les cinq autres motifs de licéité énoncés à l'article 6 peuvent en revanche être assimilés à des finalités³⁶⁰¹. Qu'il s'agisse de « l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b)³⁶⁰²), du « respect d'une obligation légale » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c)), de « la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, d)³⁶⁰³), de « l'exécution d'une mission d'intérêt public » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, e)) ou « des intérêts légitimes poursuivis par le responsable de traitement » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f)), toutes ces conditions de licéité constituent en réalité des finalités potentielles. Le libellé de ces conditions plaide en faveur de cette interprétation : le traitement est licite s'il est « nécessaire » pour remplir l'une de ces conditions, c'est-à-dire pour atteindre l'une de ces finalités. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), est encore plus clair : le traitement est licite s'il est « nécessaire *aux fins* des intérêts légitimes poursuivis par le responsable de traitement » (nous soulignons).

³⁵⁹⁹ A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, op. cit., p. 119, n° 637.

³⁶⁰⁰ Telle est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour de justice de l'Union européenne à propos des mêmes hypothèses visées dans la directive 95/46/CE (C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-468/10 et C-469/10, *ASNEF et FECEMD c. Administración del Estado*, § 31). Selon la Cour, « les Etats membres ne sauraient ni ajouter de nouveaux principes relatifs à la légitimation des traitements [...] ni prévoir des exigences supplémentaires qui viendraient modifier la portée de l'un des six principes prévus [...] ». Ces principes de légitimation, repris à l'article 7 de la directive, sont repris à l'article 6 du règlement européen relatif à la licéité des traitements.

³⁶⁰¹ Une autre distinction est faite entre le motif relatif au consentement et les autres motifs : pour Paul Voigt et Axel von dem Bussche, le traitement est validé soit par le consentement, soit par une autorisation légale. Le premier ne s'inscrit donc pas dans les motifs légaux inscrits aux points b) à f) de l'article 6, § 1^{er}, al. 1^{er} (P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 93 et 100).

³⁶⁰² Sur ce motif, voy. Comité européen de la protection des données, guidelines 2/2019 adopted on 9 April 2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects.

³⁶⁰³ Ce motif de finalité est subsidiaire aux autres fondements. En effet, le considérant n° 46 du RGPD indique que « [l]e traitement de données à caractère personnel fondé sur l'intérêt vital d'une autre personne physique ne devrait en principe avoir lieu que lorsque le traitement ne peut manifestement pas être fondé sur une autre base juridique ».

Il y a lieu toutefois de relativiser ce rapprochement. Bien qu'il soit possible « de considérer que les conditions de licéité constituent des catégories de finalités, le raisonnement intervenant en deux temps : (i) définir la finalité, et (ii) en déduire la condition de licéité applicable »³⁶⁰⁴, il n'est en revanche pas possible de les assimiler totalement. En effet, « la finalité doit être beaucoup plus précise que la condition de licéité »³⁶⁰⁵. Il semble en effet clair que les motifs de l'article 6, bien que constituant des finalités, ne sont pas suffisamment déterminés et explicites pour répondre aux exigences du principe de finalités évoquées précédemment (voy. *supra*). Paul Voigt et Axel von dem Bussche mettent en garde sur le caractère abstrait et peu précis des motifs de licéité de l'article 6 : « [p]lease note that these legal permissions are formulated in an abstract way and are partially open to specification by EU Member State legislation »³⁶⁰⁶.

2. Le principe de minimisation des données

685. - Les consécration du principe de minimisation des données. Le principe est exprimé dans les deux résolutions précitées du Conseil de l'Europe sur la protection des données dans les secteurs public et privé. Toutes deux indiquent que les informations enregistrées doivent être « adéquates et pertinentes par rapport à la finalité recherchée »³⁶⁰⁷. Quant à l'article 5, § 1^{er}, c), du RGPD, il énonce que « [l]es données à caractère personnel doivent être [...] adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ». L'article 5, c, de la Convention n° 108 exige que les données soient « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont enregistrées »³⁶⁰⁸.

³⁶⁰⁴ H. RUGGIERI, « Conditions de licéité et finalités du traitement de données personnelles, quelles différences ? », www.aeonlaw.eu/author/hugo/, mis en ligne le 4 octobre 2017, consulté le 16 janvier 2019.

³⁶⁰⁵ *Ibidem*.

³⁶⁰⁶ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 100. Les auteurs renvoient à l'article 6, §§ 2 et 3, du RGPD qui autorise les Etats membres à adopter des législations afin de créer ou maintenir des bases légales pour les traitements. L'objectif d'uniformisation voulu par le législateur européen est mis à mal sur une disposition cruciale relative à la validation d'un traitement de données.

³⁶⁰⁷ Résolution (74) 29 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur public, adoptée le 20 septembre 1974, annexe, § 2, al. 1^{er}, c. ; Résolution (73) 22 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée le 26 septembre 1973, annexe, § 2.

³⁶⁰⁸ Les expressions « limitées à ce qui est nécessaire » et « non excessives » sont à interpréter de façon identique, les deux se rejoignant en ce qu'elles illustrent le principe de proportionnalité (C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 108, n° 22). La directive

Dans le cadre de sa modernisation, la Convention reprend les mêmes exigences, remplaçant simplement le terme « enregistrées » par le mot « traitées », offrant un champ d'application plus large à ces caractéristiques (article 5, § 4, c, de la Convention n° 108 modernisée³⁶⁰⁹).

686. - La définition du principe de minimisation des données. Les textes sont à nouveau muets lorsqu'il s'agit de définir ce principe. La minimisation est comprise par la doctrine comme étant le « [p]rincipe selon lequel des données à caractère personnel ne peuvent être collectées et traitées que si, et pour autant que, les finalités du traitement ne peuvent pas être atteintes autrement »³⁶¹⁰. En ce qui concerne plus précisément l'adéquation et la pertinence, ces caractéristiques impliquent « une liaison nécessaire et suffisante de la donnée ou de la catégorie de données à la finalité en cause »³⁶¹¹.

Quant au fait que les données soient « limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités », le considérant n° 50 du RGPD ajoute que « [c]ela exige, notamment, de garantir que la durée de conservation des données soit limitée au strict minimum. Les données à caractère personnel ne devraient être traitées que si la finalité du traitement ne peut être raisonnablement atteinte par d'autres moyens ». Le considérant fait un lien entre le principe de minimisation des données, celui relatif à la limitation de la conservation ainsi qu'une des caractéristiques évoquées par le principe de limitation des finalités. Sans doute démontre-t-il que l'ensemble des principes relatifs au traitement de données et contenus à l'article 5 se recoupe au moins en partie, amenant à une certaine redondance³⁶¹².

2016/680/UE évoque d'ailleurs le fait que les données doivent être « non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées » (article 4, § 1^{er}, c)).

³⁶⁰⁹ Le rapport explicatif ajoute que « [c]ette disposition vise aussi bien les aspects quantitatifs que qualitatifs des données à caractère personnel » (§ 52).

³⁶¹⁰ A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, op. cit., p. 177, n° 879.

³⁶¹¹ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », op. cit., p. 269, n° 48. Voy aussi. C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », op. cit., p. 108, n° 21 ; M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », op. cit., p. 147, n° 35. Voy. aussi A. BENSOUSSAN (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, op. cit., p. 119, n° 636. Ce dernier auteur indique que « [l]a finalité permet de déterminer la pertinence des données recueillies et de fixer la durée de conservation des données du fichier ».

³⁶¹² Les principes ont en effet été développés, notamment par la doctrine mais aussi par le Groupe de travail « Article 29 ». Dans ces développements, il apparaît que plusieurs principes se recoupent, au moins en partie. Bien qu'ayant pour objectif de clarifier ces différents principes, ces éclaircissements et développements ont parfois l'effet contraire (en ce sens, voy. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 99, n° 3).

687. - Le principe de minimisation des données et la pondération d'intérêts. Dans le principe de minimisation des données s'inscrit un mécanisme de pondération des intérêts en présence. En effet, quand bien même des données seraient adéquates et pertinentes, elles « ne peuvent néanmoins pas faire l'objet d'un traitement si elles provoquent une atteinte disproportionnée aux intérêts de la personne concernée »³⁶¹³. Le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108 abonde dans le même sens : les données « ne devraient être traitées que dans la mesure où ces finalités ne peuvent être raisonnablement atteintes en utilisant des informations ne comportant pas de données à caractère personnel » (§ 52). Cet équilibre des intérêts se rapproche de l'examen de la proportionnalité fait par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ses analyses, la Cour décline en réalité trois sous-questions : l'adéquation de l'ingérence, sa nécessité et sa proportionnalité *sensu stricto*. Le critère de la nécessité implique que la Cour s'interroge sur l'existence d'autres moyens moins attentatoires pour atteindre le but poursuivi par une mesure. L'on retrouve, au moins en partie, ce qui figure d'ores et déjà dans le principe de légitimité des finalités des traitements évoqué ci-avant.

Pour Thierry Léonard et Yves Poullet, la minimisation des données s'entend comme un principe de conformité³⁶¹⁴, celui-ci devant être distingué du principe de légitimité³⁶¹⁵. En réalité, ils n'interviennent pas au même stade, le second étant préalable au premier. Le principe de légitimité s'attache à fonder le traitement sur un objectif précis, légitime. Le principe de conformité souligne que, pour atteindre ce dessein, il y a lieu de traiter des données répondant aux caractéristiques d'adéquation, de pertinence et de non excessivité. La proportionnalité est donc « exprimée au stade des *données* »³⁶¹⁶. Cela étant, l'un comme l'autre ont vocation à

³⁶¹³ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 147, n° 36 ; M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 690, n° 20. Voy. aussi le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 52 (« [d]es données qui seraient adéquates et pertinentes mais entraîneraient une ingérence disproportionnée dans les droits et libertés fondamentaux en jeu doivent être considérées comme excessives et ne pas être traitées »).

³⁶¹⁴ Ces liens entre les exigences reprises à l'article 5, § 1^{er}, b), et l'article 5, § 1^{er}, c), du règlement ont aussi été mis en lumière par Marc Van Overstraeten et Sébastien Depré (M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 690, n° 20). Ces auteurs évoquent l'existence d'un principe de conformité (qui, avec un principe de légitimité, forme deux sous-principes du principe de finalité), celui-ci couvrant des caractéristiques des deux dispositions précitées. Voy. encore L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, p. 18, n° 6.

³⁶¹⁵ T. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, pp. 256 à 260, n° 36 à 42.

³⁶¹⁶ M. VAN OVERSTRAETEN, S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *op. cit.*, p. 690, n° 20.

trouver le juste équilibre entre le traitement de données et la protection d'autres droits ou intérêts. En cela, ils s'inscrivent dans la méthode de la pondération des intérêts, mais à des stades différents du processus de traitement.

3. Le principe de limitation de la conservation des données

688. - Limiter la durée de conservation des données. La problématique de la disparition de la finalité s'inscrit encore dans le principe de limitation de la conservation des données. Ce dernier a pour « idée sous-jacente [...] qu'une donnée conservée pour une durée excédant un délai raisonnable peut être considérée comme non pertinente ou excessive eu égard à la finalité poursuivie »³⁶¹⁷.

L'article 5, § 1^{er}, e), du RGPD précise que les données doivent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées »³⁶¹⁸. Il implique que la conservation des données soit limitée au strict minimum³⁶¹⁹. Le principe est identique à l'article 5, e), de la Convention n° 108³⁶²⁰ et à l'article 5, § 4, e), de la Convention n° 108 modernisée³⁶²¹. Selon le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, « [l]'exigence relative à la durée de conservation limitée des données [...] signifie que les données doivent être effacées une fois que la finalité pour laquelle elles ont été traitées a été atteinte, ou être conservées sous une forme empêchant toute identification directe ou indirecte de la personne concernée ». Le rapport explicatif de la Convention n° 108 soulignait déjà qu'exiger la limitation de la conservation « des données sous leur forme nominative ne signifie pas qu'elles doivent être séparées, après quelques temps, irrévocablement du nom de la personne à laquelle elles se réfèrent, mais seulement qu'il ne doit pas être possible de relier

³⁶¹⁷ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 147, n° 38.

³⁶¹⁸ La directive 95/46/CE indiquait déjà la même chose en son article 6, § 1^{er}, e). Elle mentionnait toutefois que la conservation des données ne pouvait pas excéder la durée « nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement » (nous soulignons).

³⁶¹⁹ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 92.

³⁶²⁰ Selon la section de législation du Conseil d'Etat, cet article 5, e), de la Convention n° 108 est assimilable au « droit à l'oubli ». Voy. *supra*.

³⁶²¹ Entre les deux versions de la Convention n° 108, seul le terme final a été modifié, passant de « enregistrées » à « traitées ».

facilement les données et les identifiants »³⁶²². Autrement dit, le recours à la pseudonymisation suffirait à répondre à cette exigence.

La durée de conservation varie en fonction de la finalité. Difficile dès lors de généraliser ce principe, chaque traitement ayant sa finalité propre, et donc sa durée de conservation propre. Cécile de Terwangne indique que la seule certitude découlant de ce principe, c'est que « [d]ès l'instant où les données ne sont plus nécessaires pour atteindre la finalité de leur collecte ou les finalités ultérieures compatibles, le responsable du traitement est tenu soit de les effacer, soit de les anonymiser, c'est-à-dire de faire disparaître irréversiblement leur élément identifiant »³⁶²³. L'auteur va donc plus loin que ce que laisse entendre le rapport explicatif de la Convention n° 108 : la pseudonymisation ou la codification des données ne sont pas des options envisageables³⁶²⁴.

4. Le droit à l'oubli en cas de disparition de la finalité

689. - L'article 17, § 1^{er}, a), un fondement du droit à l'oubli d'informations non journalistiques ? Les développements qui viennent d'être proposés concrétisent une première façon de mettre en œuvre l'oubli d'informations non journalistiques.

En effet, l'article 17, § 1^{er}, a), du règlement permet d'obtenir l'effacement de données lorsque « les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière ». Tout traitement doit être justifié au regard d'un objectif, tant lors de la collecte des données que lors de leur traitement³⁶²⁵. Dès lors que les données « ne sont plus nécessaires au regard des finalités », c'est-à-dire utiles, pour permettre la réalisation de la finalité, ou dès lors que la conservation de la donnée n'est plus justifiée pour que la finalité de traitement soit réalisée, le responsable du traitement doit procéder à leur effacement dans les meilleurs délais afin que ces données ne

³⁶²² Rapport explicatif de la Convention n° 108, § 42.

³⁶²³ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 113, n° 28.

³⁶²⁴ Voy. à ce propos *ibidem*, note 117 ; L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, p. 19, n° 6.

³⁶²⁵ L'article 17, § 1^{er}, a), est d'ailleurs paradoxal en ce qu'il indique clairement qu'il faut prendre en compte les finalités « pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées » (nous soulignons). Or, l'opération visant à collecter des données entre bien dans la notion plus large de traitement, telle que définie à l'article 4, 2) du règlement.

soient plus traitées³⁶²⁶. L'oubli consacré par l'article 17, § 1^{er}, a), se justifie de la sorte : il n'est « pas légitime, pour la plupart des traitements de ces données, de conserver *ad vitam aeternam* les données sous une forme permettant l'identification des personnes. Dès qu'elle ne se justifie pas par un critère de nécessité, une conservation des données “pour mémoire” n'est pas légitime »³⁶²⁷. Les deux principes visés tendent en réalité à réduire autant que possible l'impact que la réalisation d'une finalité peut avoir sur des données.

Cette application de l'oubli est automatique³⁶²⁸. Pour Cécile de Terwangne, l'article 17, § 1^{er}, a), construit un « droit à l'oubli qui n'exige aucune initiative de la personne concernée. [...] C'est au responsable de traitement qu'il revient de veiller à ce que les données à caractère personnel soient effacées quand la finalité du traitement est atteinte ou ne justifie plus de conserver les données »³⁶²⁹, l'auteure renvoyant respectivement vers l'article 5, § 1^{er}, c) (minimisation des données), et e) (limitation de la conservation), du RGPD. Selon la même auteure, l'effacement prescrit par l'article 17, § 1^{er}, a), se concrétise en une suppression pure et simple des données, ou en une anonymisation³⁶³⁰. Thomas Tombal indique pour sa part « le responsable de traitement devra automatiquement effacer les données en cause, ou, à tout le moins, les anonymiser »³⁶³¹. Il paraît tempérer l'option en proposant une hiérarchie : l'anonymisation semble constituer la concrétisation minimale, l'effacement devant idéalement être privilégié. Cette seconde mise en œuvre de l'article 17, § 1^{er}, a), correspond, il est vrai, davantage à l'effacement que souhaite consacrer l'article 17³⁶³².

³⁶²⁶ Considérant n° 65 du RGPD. Voy. dans le même sens, P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 157 (« [e]rasure can be obtained for those data that are no longer necessary for the purpose of processing or where the purpose ceases to exist. However, in case the data concerned is necessary for realizing another purpose of processing that partially overlaps with or is compatible with the eliminated purpose, erasure does not need to take place »).

³⁶²⁷ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », op. cit., pp. 113 et 114, n° 29.

³⁶²⁸ Pour Thomas Tombal, il s'agit ici d'un « droit à l'effacement comme conséquence automatique du principe de finalité » (T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER, *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 113 et 462, n° 29 et 74).

³⁶²⁹ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », op. cit., p. 262. Dans le même sens, T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 462, n° 74.

³⁶³⁰ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », op. cit., p. 262.

³⁶³¹ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 462, n° 74. L'auteur se réfère pourtant aux écrits de Cécile de Terwangne.

³⁶³² Le débat est, cependant, peut-être vain – et demeure dans des considérations théoriques – dès lors qu'en pratique, l'effacement pourra se faire l'anonymisation.

Cette automaticité peut surprendre dès lors que l'article 17 figure dans le chapitre III du règlement intitulé « Droits de la personne concernée ». Or, l'article 17, § 1^{er}, a), constitue davantage une obligation à charge du responsable du traitement. Cela étant, le titre du chapitre – qui n'a pas de valeur contraignante – est trompeur dès lors qu'il contient plusieurs dispositions obligeant ledit responsable. En réalité, et à la différence d'autres motifs permettant l'effacement, et donc l'oubli, la disparition de la nécessité de traiter des données compte tenu d'une finalité est un constat que doit poser le responsable de traitement, et qui doit l'amener à procéder par lui-même à l'effacement, « dans les meilleurs délais » (article 17, § 1^{er}). Par conséquent, plus qu'un droit à l'effacement dans les mains d'une personne concernée, l'article 17, § 1^{er}, a), est une obligation supplémentaire à charge du responsable du traitement. La personne concernée peut toutefois vérifier si le responsable de traitement a bel et bien mis en œuvre l'effacement et, à défaut, le demander pour qu'il l'exécute « dans les meilleurs délais »³⁶³³.

Enfin, en ce qui concerne particulièrement l'article 5, § 1^{er}, e), du RGPD, plusieurs auteurs voient en son application combinée avec l'article 17, § 1^{er}, a), une concrétisation d'une des facettes du droit à l'oubli³⁶³⁴. En effet, « [l]e recours à l'anonymisation des données, rendant la personne concernée non identifiable, permet dans nombre de cas d'honorer le principe de minimisation tout en continuant de traiter les données »³⁶³⁵.

690. - L'article 17, § 1^{er}, a), est-il applicable aux informations journalistiques ? L'article 17, § 1^{er}, a), s'applique au regard des principes consacrés par le RGPD et mis en exergue ci-avant (voy. *supra*). L'effacement qu'il induit se justifie en ce qu'une donnée ne nécessite plus d'être traitée soit pour atteindre une finalité, soit parce que ladite finalité a été atteinte. De nombreuses données peuvent ainsi être effacées. Est-ce pour autant le cas des données traitées dans le cadre d'une finalité journalistique ? Autrement dit, il importe de confronter cette disposition aux informations qualifiées de journalistiques dans la deuxième partie de cette thèse.

³⁶³³ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 262.

³⁶³⁴ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 113, n° 29 ; M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *op. cit.*, p. 147, n° 38.

³⁶³⁵ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 109, n° 24. Sur les données anonymes, voy. aussi le considérant n° 26 qui indique que « [l]e présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche ».

La question doit recevoir une réponse négative³⁶³⁶, l'article 17, § 1^{er}, a), ne pouvant être utilisé pour obtenir avec succès l'oubli de ces informations. Si la question appelait une réponse positive, l'effacement pourrait être requis lorsque les informations ne sont plus justifiées par l'actualité – voire par l'intérêt général – et qu'elles alimentent désormais des archives en ligne. Cependant, dans son arrêt *Times Newspapers Limited c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), la Cour européenne des droits de l'homme indique clairement que la constitution d'« archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à la disposition du public » constitue « la fonction accessoire » de la presse³⁶³⁷. En 2018, elle soutient que cette fonction, bien qu'accessoire, est « néanmoins d'une importance certaine »³⁶³⁸. Dès lors qu'archiver est une fonction de la presse, cet archivage s'assimile à un traitement de données justifié par la finalité de journalisme, cette dernière notion devant en outre s'interpréter largement. Par conséquent, l'effacement d'informations journalistiques consécutif à la violation du principe de minimisation des données se heurte à un obstacle de taille : les données traitées initialement dans le cadre de l'actualité et justifiée par la finalité de journalisme, demeurent toujours « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard » (article 5, § 1^{er}, c) du RGPD) de cette même finalité lorsqu'elles sont archivées.

Quant à l'existence d'une durée matérialisant la limitation de la conservation des données, il y a lieu de constater, compte tenu notamment de ce qui vient d'être indiqué, que le journalisme n'est pas une finalité limitée dans le temps. La question est abordée dans une ordonnance rendue par le Tribunal de première instance de Bruxelles le 9 octobre 2012³⁶³⁹ dans le cadre d'une analyse de l'exception de journalisme inscrite dans la directive 95/46/CE et la loi du 8 décembre 1992³⁶⁴⁰. Le président du tribunal s'interroge sur l'existence d'une influence entre l'écoulement du temps et les données conservées dans des archives. Il estime qu'il n'existe aucune limite temporelle : rien n'oblige donc le responsable du traitement à anonymiser les données traitées après l'écoulement d'un certain laps de temps. Il s'agit d'un constat cohérent

³⁶³⁶ Cette réponse étant un élément pour justifier la distinction faite entre les deux types d'oubli.

³⁶³⁷ Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Limited c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 45. Sur cet arrêt, voy. aussi *supra*.

³⁶³⁸ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 90.

³⁶³⁹ Civ. Bruxelles (réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 267, note E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme: la consécration de la liberté d'expression ».

³⁶⁴⁰ 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, p. 5801. La loi a, depuis, été abrogée par l'article 280, al. 1^{er}, de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

« au regard de la définition donnée à la notion de “journalisme” étant donné que l’actualité ne conditionne pas cette activité »³⁶⁴¹. Dans l’affaire, le demandeur s’était fondé pour soutenir l’anonymisation des données sur les articles 4, § 1^{er}, 5°, de la loi précitée et 3 de l’arrêté royal du 13 février 2001³⁶⁴². La première disposition reprend le principe de limitation de la conservation actuellement consacré par l’article 5, § 1^{er}, e), du RGPD. La seconde énonce que des données peuvent être conservées au-delà de la durée nécessaire à la réalisation d’une finalité lorsque cela se justifie par des fins historiques, statistiques ou scientifiques, et qu’elles font l’objet d’une anonymisation ». Un tel dispositif est d’ailleurs désormais inscrit à l’article 5, § 1^{er}, e)³⁶⁴³. En l’espèce, le président du Tribunal de première instance a écarté cette disposition : « [e]n diffusant des articles archivés, les sociétés éditrices réalisent toujours leur finalité première, de sorte que l’archivage des articles ne tombe en aucun cas sous l’application du principe d’anonymisation »³⁶⁴⁴. Le raisonnement est transposable dès lors que le règlement européen contient des dispositions analogues.

En conclusion, l’article 17, § 1^{er}, a), ne permet pas d’obtenir l’effacement de données qui auraient été traitées à des fins journalistiques. Le droit à l’oubli de ces informations ne peut dès lors être requis sur ce premier motif.

B. L’effacement en cas de retrait du consentement

691. - Introduction. Le consentement de la personne concernée constitue l’un des sésames pour pouvoir effectuer un traitement de données à caractère personnel. Dans le RGPD, plusieurs dispositions vont en ce sens. L’article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), évoque comme motif de licéité du

³⁶⁴¹ E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme: la consécration de la liberté d’expression », *A&M*, 2013/3-4, p. 273, n° 8.

³⁶⁴² Arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de 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.*, 13 mars 2001. Cet arrêté royal a été abrogé par l’article 280, al. 2, de la loi du 30 juillet 2018 précitée.

³⁶⁴³ En effet, l’article précise que « les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l’intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques [...], pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation) ». Pour quelques développements, voy. *infra*.

³⁶⁴⁴ E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme: la consécration de la liberté d’expression », *op. cit.*, p. 273, n° 8.

traitement le consentement au traitement « pour une ou plusieurs finalités spécifiques »³⁶⁴⁵. L'article 9, § 1^{er}, a), autorise le traitement de données dites sensibles lorsqu'un consentement explicite est donné par la personne concernée, « sauf lorsque le droit de l'Union ou le droit de l'Etat membre prévoit que l'interdiction [de traiter des données sensibles] ne peut être levée par la personne concernée »³⁶⁴⁶. L'article 18, § 2, qui traite du droit à la limitation du traitement, précise que « [l]orsque le traitement a été limité [...], ces données à caractère personnel ne peuvent, à l'exception de la conservation, être traitées qu'avec le consentement de la personne concernée ». Selon l'article 20, le droit à la portabilité s'applique lorsque les données sont traitées suite au consentement donné par la personne concernée. Enfin, le transfert de données vers un pays tiers ne peut avoir lieu que lorsque la personne concernée y a consenti (article 49, § 1^{er}, a)).

D'autres textes relatifs à la protection des données font du consentement un motif de licéité d'un traitement. Dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 8, § 2, énonce que les « 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 ». La proposition de règlement « vie privée et communications électronique » consacre elle-aussi le consentement en effectuant un renvoi vers le RGPD³⁶⁴⁷.

Le consentement a déjà été abordé dans la partie relative à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*). Il importe d'apporter quelques éléments complémentaires dans le cadre de l'oubli d'informations non journalistiques, en se basant sur la réglementation relative aux données à caractère personnel. Outre la notion de consentement (1.), le droit de la protection des données à caractère personnel organise un droit de « changer d'avis » (2.), impliquant la mise en œuvre du droit à l'oubli (3.). En outre, cette notion de consentement ne peut être assimilée à la manifestations de volonté que l'on retrouve en droit civil³⁶⁴⁸. En effet, l'on enseigne

³⁶⁴⁵ Le terme « spécifique » renvoie aux principes relatifs à la détermination précise de la finalité, c'est-à-dire essentiellement au principe de la limitation des finalités exprimé à l'article 5, § 1^{er}, a), du RGPD.

³⁶⁴⁶ Sont considérées comme des données sensibles celles révélant « l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale », ainsi que « le traitement des données génétiques, des données biométriques [...], des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ».

³⁶⁴⁷ L'article 9, § 1^{er}, de la proposition de règlement « vie privée et communications électroniques » indique que « [l]a définition et les conditions du consentement figurant à l'article 4, paragraphe 11, et à l'article 7 du règlement 2016/679/UE s'appliquent ».

³⁶⁴⁸ Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, p. 7 (le Groupe affirme, à propos de la notion de consentement présent tant en droit civil qu'en droit des

traditionnellement dans cette branche du droit que le simple accord entre les parties permet de créer des droits et/ou des obligations, et donc des actes juridiques. Les exigences imposées par le droit de la protection des données sont bien plus nombreuses, avec la particularité que le consentement doit pouvoir être modifié ou retiré à tout moment³⁶⁴⁹.

1. Le consentement et ses caractéristiques

a) Les contours de la notion de consentement

692. - L'importance du consentement. Obtenir le consentement rend le traitement licite. En aucun cas, il n'exonère le responsable du traitement de respecter les autres obligations imposées par les textes, telles que les principes visant la finalité ou la qualité des données³⁶⁵⁰. Autrement dit, l'obtention du consentement n'offre pas un blanc-seing au responsable du traitement pour traiter n'importe quelle donnée personnelle n'importe comment.

Le consentement est une notion centrale dans le cadre du traitement des données. Il s'est aussi complexifié parallèlement aux évolutions technologiques et numériques. En effet, « [d]ans l'univers actuel des données massives, le principe du consentement est moins évident

données personnelles, qu'« [i]l n'y a pas de contradiction, mais bien chevauchement, entre le champ d'application du droit civil et celui de la directive » 95/46/CE).

³⁶⁴⁹ Certes, il existe bien des cas de résiliations, unilatérales ou bilatérales, mais ils doivent être prévues légalement ou conventionnellement.

³⁶⁵⁰ A ce propos, voy. une intéressante remarque proposée par Thierry Léonard et Yves Poulet : ces auteurs n'acceptent pas « que le consentement couvre la légitimité du traitement. Le consentement exprès et informé peut s'analyser en un contrat par lequel une personne permet à l'autre d'utiliser les données qui la concernent dans un but prédéfini. Il faut considérer la pondération des intérêts, garantie notamment par le principe de légitimité comme un principe d'ordre public qui ne souffre aucune exception basée sur la liberté contractuelle. Puisque bien souvent les parties ne sont pas sur un pied d'égalité, le principe de légitimité permet de contrer toute pratique consistant à extirper un consentement en cas de déséquilibre manifeste des intérêts en présence » (T. LÉONARD, Y. POULET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », *op. cit.*, pp. 274 et 275, n° 55). La remarque avait tout son sens dans le cadre de la directive 95/46/CE dès lors que l'obtention du consentement de la personne concernée permettait de rendre le traitement légitime. Le consentement était inscrit sous les « principes relatifs à la légitimation des traitements de données ». Tel n'est plus le cas dans le RGPD : le consentement est désormais un élément rendant le traitement licite, la légitimité des finalités s'inscrivant seulement dans les principes relatifs au traitement des données (article 5, § 1^{er}, b), du RGPD). Le texte de la directive était en réalité ambigu lorsqu'il évoquait les principes de légitimation. Le remplacement de ce terme par le mot « licéité » permet d'apporter les clarifications nécessaires. Voy. dans le même sens, C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, pp. 119 et 120, n° 35 ; rapport explicatif de la Convention n° 108 modernisée, § 44 (« [l]'expression d'un consentement ne dispense pas de respecter les principes fondamentaux de la protection des données à caractère personnel énoncés au chapitre II de la Convention: la proportionnalité du traitement, par exemple, doit toujours être considérée ») ; Y. POULET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, pp. 129 à 131, n° 32 et 33.

en raison des multiples échanges qui interviennent bien au-delà de la collecte »³⁶⁵¹. Certes, le principe est moins évident, mais il est renforcé dans son utilité : il est désormais nécessaire de consacrer un consentement fort comme préalable au traitement des données personnelles. Cela étant, actuellement, le consentement est un fondement de licéité parmi d'autres pour un traitement de données ; dans le RGPD³⁶⁵², il constitue un motif parmi six autres.

La notion de consentement renvoie notamment au droit à l'autodétermination informationnelle développé ci-avant (voy. *supra*) et entendu comme un potentiel fondement du droit à l'oubli des informations non journalistiques dès lors que « [i]nformational self-determination implies that consent to data processing is the key notion for lawful data processing »³⁶⁵³. En effet, « le consentement ne constitue une base juridique appropriée que si la personne concernée dispose d'un contrôle et d'un choix réel concernant l'acceptation ou le refus des conditions proposées ou de la possibilité de les refuser sans subir de préjudice. [...] S'il est obtenu dans le plein respect du RGPD, le consentement est un outil qui confère aux personnes concernées un contrôle sur le traitement éventuel de leurs données à caractère personnel. Dans le cas contraire, le contrôle de la personne concernée devient illusoire et le consentement ne constituera pas une base valable pour le traitement »³⁶⁵⁴.

L'importance du consentement dans la réglementation relative à la protection des données personnelles se matérialise notamment par l'adoption de conditions strictes et précises entourant et validant cette autorisation³⁶⁵⁵. A défaut d'y répondre, un traitement est alors considéré comme illicite. Avec le RGPD et le renforcement de ces exigences³⁶⁵⁶, l'on risque de

³⁶⁵¹ T. BIZET, « L'ambition individualiste de l'autodétermination informationnelle », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, 2017/3, disponible à l'adresse suivante, www.ojs.imodev.org, consulté le 10 janvier 2019, p. 3/11.

³⁶⁵² Tel est aussi le cas dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce texte renvoyant cependant à d'autres fondements légitimes déterminés par la loi.

³⁶⁵³ H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », *op. cit.*, p. 229, n° 08.25.

³⁶⁵⁴ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/679, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 3. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, pp. 6 à 9 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 06/2014 adopté le 9 avril 2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, WP 217, pp. 10, 11, 14 et 15.

³⁶⁵⁵ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 93.

³⁶⁵⁶ Voy. toutefois A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, *op. cit.*, p. 44 (« le RGPD a introduit des exceptions à la nouvelle définition de consentement. Ce mécanisme fragilise la protection que le texte octroie aux personnes concernées. En effet, quand on voit la facilité avec laquelle les services numériques obtiennent les consentements de leurs utilisateurs sans que ces derniers ne lisent les informations "privacy" de ces sites, il est raisonnable de se demander s'il ne fallait pas restreindre ces possibilités d'exceptions aux règles protectrices du consentement »). Il reste que, dans sa globalité, le règlement renforce les exigences propres au consentement.

voir, dans la pratique, un basculement de ce motif de licéité des traitements – qui sous l’empire de la directive était fréquemment utilisé – vers un autre motif – qui bien souvent sera l’intérêt légitime du responsable (repris à l’article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD)³⁶⁵⁷. Le consentement est devenu un fondement précaire, notamment parce qu’il peut être retiré, ce qui pousse les auteurs à conseiller aux responsables de traitement de se fonder sur les autres motifs de licéité³⁶⁵⁸.

693. - La définition et les caractéristiques du consentement. Dans la Convention n° 108, le consentement ne joue pas un rôle prédominant³⁶⁵⁹. Il n’y est nullement défini et ne constitue pas, expressément, un des fondements de la licéité du traitement³⁶⁶⁰. Désormais, sa version modernisée compte tenu du protocole d’amendement adopté en 2018, insère, à l’article 5 relatif à la légitimité du traitement et à la qualité des données, des motifs de licéité des traitements, en ce compris l’obtention préalable d’un consentement libre, spécifique, éclairé et non équivoque. Le rapport explicatif de ce texte indique qu’« [u]n tel consentement doit représenter la libre expression d’un choix intentionnel, faite soit par le biais d’une déclaration (qui peut être écrite, y compris par des moyens électroniques, ou orale), soit par une action affirmative qui indique clairement dans ce contexte spécifique l’acceptation du traitement de données à caractère personnel » (§ 42).

La directive européenne 95/46/CE définissait le « consentement de la personne concernée » comme étant « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l’objet d’un traitement (article 2, h), de la directive)³⁶⁶¹. Le RGPD reprend largement cette définition : un consentement est « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un

³⁶⁵⁷ B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », in N. RAGHENO (coord.), *Data Protection & Privacy. Le GDPR dans la pratique / De GDPR in de Praktijk*, Limal, Anthemis, 2017, p. 20 ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 97.

³⁶⁵⁸ A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 46 ; B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », op. cit., p. 20.

³⁶⁵⁹ H. KRANENBORG, « Article 8. Protection of Personal Data », op. cit., p. 229, n° 08.25 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, p. 4.

³⁶⁶⁰ Le consentement n’apparaît que dans l’article 15, § 3, de la Convention, cette disposition étant relative aux « [g]aranties concernant l’assistance fournie par les autorités désignées ».

³⁶⁶¹ Sur les problèmes d’interprétation du consentement tel que défini dans la doctrine, voy. brièvement B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », op. cit., p. 30.

acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (article 4, 11), du RGPD).

Pour qu'un consentement soit valable, plusieurs conditions doivent être réunies : il doit consacrer la manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque, ces éléments étant cumulatifs. Le consentement doit en outre être clairement déclaré et faire l'objet d'un acte positif, c'est-à-dire être manifesté. En outre, les articles 7 et 8 du RGPD développent des conditions applicables, notamment lorsque le consentement est donné par un enfant en ce qui concerne les services de la société de l'information³⁶⁶².

Quant à la durée de validité du consentement, il dépend évidemment du contexte dans lequel il a été donné, du type de traitement pour lequel il est octroyé ainsi que de sa portée. Il est cependant clair que le consentement ne s'épuise pas avec l'écoulement du temps. Il est en outre évident que lorsque la finalité du traitement est modifiée, un nouveau consentement doit être requis. En tout état de cause, le Groupe de travail « Article 29 » estime, « à titre de meilleure pratique » que le consentement doit être régulièrement renouvelé, en ce compris lorsque la finalité de départ n'a pas été modifiée³⁶⁶³.

b) Les éléments d'un consentement valable

694. - Les éléments d'un consentement valable : une demande de consentement. Pour que le consentement donné par la personne concernée soit valable, il est impératif que le responsable du traitement lui ait fait parvenir une demande claire et précise de consentement. L'article 7, § 2, du RGPD impose plusieurs exigences propres à ladite demande : « [s]i le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également

³⁶⁶² Ces exigences sont issues du règlement européen relatif aux données à caractère personnel. Le considérant n° 171 de ce texte évoque les situations où le consentement a été donné préalablement à l'entrée en application du règlement. Il y a lieu de vérifier, au cas par cas, si ledit consentement préalablement donné sous l'empire de la directive respecte les nouvelles exigences imposées par le règlement. Fort heureusement, ledit règlement s'inscrit, en grande partie, dans la continuité des exigences imposées par la directive. Voy., sur cette question de droit transitoire, C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, p. 127, n° 44 ; B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, pp. 38 et 39 ; Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/579, adoptées le 28 novembre 2017, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 35 et 36.

³⁶⁶³ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 24 ; B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, pp. 37 et 38.

d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples ». Quant aux demandes faites électroniquement, le considérant n° 32 impose la clarté et la concision. Toute demande doit en outre être spécifique et ne pas concerner un ensemble d'opérations de traitement³⁶⁶⁴. Enfin, le considérant n° 42, faisant un renvoi vers la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, souligne qu'« une déclaration de consentement rédigée préalablement par le responsable du traitement devrait être fournie sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples, et elle ne devrait contenir aucune clause abusive »³⁶⁶⁵.

695. - Les éléments d'un consentement valable : une manifestation de volonté libre. Le consentement doit être libre, hors de toute contrainte. Selon le rapport explicatif au protocole d'amendement de la Convention n° 108, « [a]ucune influence ou pression indues (de nature économique ou autre), directe ou indirecte, ne peut être exercée sur la personne concernée et son consentement ne doit pas être considéré comme libre si elle n'a pas de véritable choix ou de liberté de choix, ou ne peut refuser ou retirer son consentement sans subir de préjudice » (§ 42). La liberté implique que la personne concernée ait un réel choix, sans « risque de tromperie, d'intimidation, de coercition ou de conséquences négatives importantes [...] si elle ne donne pas son consentement »³⁶⁶⁶.

Le considérant n° 43 du RGPD apporte quelques éléments complémentaires. Il évoque le consentement donné « lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement ». Trois précisions sont ensuite développées. La première est davantage une hypothèse dans laquelle un tel déséquilibre est envisagé. Il s'agit du consentement devant être donné à une autorité publique³⁶⁶⁷. Sans exclure catégoriquement

³⁶⁶⁴ B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 33. L'auteur ajoute que « la demande de consentement doit offrir une certaine "granularité" et permettre d'opter librement pour un ou plusieurs aspects des traitements envisagés par le responsable du traitement ».

³⁶⁶⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.U.E.*, L 95 du 21 avril 1993, p. 29. Sur ce renvoi, voy. B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, pp. 33 et 34.

³⁶⁶⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/679, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 6, 8 et 12 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, p. 14.

³⁶⁶⁷ Les doutes quant au consentement libre accordé à une autorité publique le sont lorsqu'il est en plus « improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière » (considérant n° 43).

qu'une telle autorité puisse se fonder sur le consentement d'une personne pour traiter des données à caractère personnel, le considérant estime qu'il y aura souvent, entre ces deux protagonistes, une situation de déséquilibre dès lors que le citoyen n'a d'autre choix que d'accepter³⁶⁶⁸. Outre ce cas de déséquilibre, aucun autre exemple n'est proposé par le texte³⁶⁶⁹. Les deux autres précisions sont des compléments d'informations. Le considérant évoque en effet l'obligation de détailler le consentement. Celui-ci n'est pas donné librement lorsqu'un « consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce ». Cette exigence rejoint les principes relatifs à la finalité : chaque traitement doit faire l'objet d'une finalité clairement identifiée et indiquée. Cela rejoint en outre le caractère spécifique du traitement (voy. *infra*). Ensuite, la troisième indication visée par le considérant n° 43 introduit le contenu de l'article 7, § 4, du RGPD qui précise qu'« [a]u moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ». Une nouvelle fois, le règlement rappelle que les finalités doivent être clairement identifiées et mentionnées à la personne concernée, sans que l'une d'elles puisse dissimuler – volontairement ou involontairement – une autre. Ainsi, le consentement n'est *a priori* pas libre lorsque « l'exécution d'un contrat est suspendue au consentement pour le traitement de données qui ne sont pas nécessaires à ce contrat »³⁶⁷⁰.

En 1997, des auteurs demeurent dubitatifs quant à l'application concrète du consentement libre. Ils affirment que la « condition, outre qu'elle peut difficilement être vérifiée, paraît bien illusoire en pratique. La pression économique consistant dans le risque de se voir refuser un produit ou un service considéré à tort ou à raison comme essentiel par la

³⁶⁶⁸ Le Groupe de travail « Article 29 » évoque encore le déséquilibre lorsque le traitement est effectué par un employeur sur les données de ses employés (Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 7 et 8).

³⁶⁶⁹ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 95. Les auteurs soulignent que « the legislator does not explicitly mention other cases of a clear imbalance. Thus, the notion will have to be specified in the future. The legislator deleted the references to a clear imbalance in the context of an employment relationship as statutory example, which had been included in a earlier draft of the GDPR. Nevertheless, a clear imbalance might still be identified in this context. This will have to be identified on a case-by-case basis ».

³⁶⁷⁰ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, p. 122, n° 38 ; B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 29 ; Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 10.

personne concernée l'amènera bien souvent à donner son consentement sans aucun esprit critique »³⁶⁷¹. Force est de constater que cette mise en garde demeure toujours totalement d'actualité malgré le renforcement des caractéristiques du consentement.

696. - Les éléments d'un consentement valable : une manifestation de volonté spécifique.

Le consentement doit être spécifique, c'est-à-dire ne pas être général et abstrait. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), affirme d'ailleurs que la personne concernée doit consentir au traitement « pour une ou plusieurs finalités spécifiques ». Cela renvoie inévitablement au principe de finalité, celle-ci devant être déterminée, explicite et légitime (article 5, § 1^{er}, b), du RGPD³⁶⁷²). L'exigence de spécificité « vise à garantir un certain degré de contrôle utilisateur et de transparence pour la personne concernée »³⁶⁷³. Le considérant n° 32 affirme que « [l]orsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles », c'est-à-dire chacune d'entre elles spécifiquement³⁶⁷⁴. Ceci implique, d'une part, qu'un consentement pourrait être donné pour certaines finalités et refusé pour d'autres³⁶⁷⁵, et d'autre part, qu'en cas de traitement à finalités multiples, le responsable doit obtenir l'ensemble des consentements spécifiques³⁶⁷⁶.

697. - Les éléments d'un consentement valable : une manifestation de volonté éclairée.

Pouvoir donner un consentement éclairé suppose que la personne concernée ait préalablement reçu les informations nécessaires à une prise de décision en toute connaissance de cause³⁶⁷⁷, participant ainsi au souci de transparence exprimé à plusieurs égards dans le texte européen. Selon le considérant n° 42, « [p]our que le consentement soit éclairé, la personne concernée

³⁶⁷¹ M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAUX, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 1^{ère} partie », *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n° 20.

³⁶⁷² Sur ce renvoi implicite, voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 13 et 14. Le consentement spécifique couplé aux exigences de cette autre disposition permet de se prémunir contre « l'élargissement ou l'estompement progressif des fins auxquelles les données sont traitées après qu'une personne concernée a donné son consentement à la collecte initiale de ses données ». Il s'agit d'un phénomène connu sous le nom de « détournement d'usage ».

³⁶⁷³ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 13.

³⁶⁷⁴ La version française n'est pas extrêmement claire à ce sujet. La version néerlandaise du texte l'est beaucoup plus : « [i]ndien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet toestemming voor *elk* daarvan worden verleend » (nous soulignons).

³⁶⁷⁵ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, p. 124, n° 39.

³⁶⁷⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 14.

³⁶⁷⁷ Le terme « éclairé » dans l'actuel règlement remplace le terme « informé » de la directive 95/46/CE, sans que le terme « informed » dans la version anglaise des textes n'ait, lui, été modifié.

devrait connaître au moins l'identité du responsable du traitement et les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel ». Le Groupe de travail « Article 29 » complète la liste des informations devant être fournies : il faut que la personne concernée ait connaissance de son droit de retirer son consentement, des conséquences éventuelles d'un transfert des données vers un pays offrant des garanties moindres en matière de protection des données, ainsi que des éventuelles prises de décisions automatisées à partir des données traitées³⁶⁷⁸. Cette exigence supplémentaire de transparence doit se lire parallèlement aux articles 13 et 14 du RGPD qui concernent les informations devant être fournies à la personne concernée par le responsable du traitement (voy., à ce propos, *supra*).

Quant à la forme, les informations doivent être transmises par voie écrite ou électronique, voire même oralement³⁶⁷⁹, ou encore par un message audio ou vidéo³⁶⁸⁰. En tous les cas, il faut qu'elles le soient en des termes clairs et précis, sans être dissimulées dans des conditions générales complexes à lire et comprendre³⁶⁸¹. Les informations doivent être présentées sous une forme compréhensible (compte tenu notamment du public auquel elles sont adressées) et aisément accessible. L'article 7, § 2, du RGPD ajoute des précisions lorsqu'une demande de consentement s'inscrit « dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions ». Dans cette circonstance particulière, la demande doit alors être « présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions »³⁶⁸².

Enfin, ces informations doivent parvenir à la personne concernée avant qu'elle ne donne, ou non, son consentement³⁶⁸³. Elles doivent lui permettre non seulement de comprendre précisément les enjeux du traitement des données ainsi que ses conséquences, mais aussi de disposer des éléments nécessaires pour exercer effectivement certains de ses droits. Le RGPD,

³⁶⁷⁸ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 15. Des renvois sont faits aux dispositions du règlement européen : article 7, § 3, pour le retrait du consentement ; 49, § 1^{er}, a), pour le transfert des données ; et 22, § 2, c), pour les décisions automatisées.

³⁶⁷⁹ Considérant n° 32 du RGPD.

³⁶⁸⁰ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 16.

³⁶⁸¹ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 19. Cela renvoie en outre au caractère univoque de la manifestation du consentement.

³⁶⁸² L'article 7, § 2, reprend en outre les exigences de clarté, de simplicité, et d'accessibilité.

³⁶⁸³ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 20. Voy. aussi Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adoptée le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, CP 187, pp. 34 à 36.

bien qu'il n'indique pas littéralement que le consentement doit être obtenu préalablement au traitement, le laisse clairement entendre³⁶⁸⁴.

698. - Les éléments d'un consentement valable : une manifestation de volonté univoque.

Le caractère univoque implique notamment que l'acte positif par lequel la personne concernée manifeste sa volonté d'accepter ou non le traitement soit clair et indubitable³⁶⁸⁵. Il requiert donc qu'une action, sous une forme écrite, orale ou numérique, soit exécutée par la personne concernée. Une déclaration écrite que la personne concernée pourrait rédiger en mentionnant clairement ce à quoi elle consent semble constituer la forme idéale de manifestation de la volonté ; une telle situation est cependant rare. Une déclaration orale peut aussi satisfaire le RGPD, « sans préjudice du droit des contrats (national) existant »³⁶⁸⁶. En outre, le Groupe de travail « Article 29 » considère que « les mouvements physiques peuvent être qualifiés d'actes positifs clairs conformes au RGPD »³⁶⁸⁷. Sur internet, le consentement univoque pourrait notamment se faire « en cochant une case lors de la consultation d'un site [...], en optant pour certains paramètres techniques pour des services à la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration ou d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données »³⁶⁸⁸. En revanche, le silence ne constitue pas un consentement valable, de même que lorsque des cases sont précochées par défaut ou « du simple fait de poursuivre la visite normale d'un site Web »³⁶⁸⁹.

699. - Les éléments d'un consentement valable : une manifestation de volonté explicite.

L'article 4, 11), du RGPD ne recourt pas à l'adjectif « explicite » pour qualifier le consentement, ce qui induit la possibilité de consentir implicitement³⁶⁹⁰. D'autres dispositions

³⁶⁸⁴ Voy. le contenu du considérant n° 40, l'article 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, a) (qui précise que « la personne concernée a consenti au traitement [...] » (nous soulignons)).

³⁶⁸⁵ L'adjectif indubitable figurait dans la directive 95/46/CE, à l'article 7, a).

³⁶⁸⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 18.

³⁶⁸⁷ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 19.

³⁶⁸⁸ Considérant n° 32.

³⁶⁸⁹ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, p. 126, n° 42. Voy. aussi le considérant n° 32 du règlement ; Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 18 et 19 ; rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 42.

³⁶⁹⁰ Pour autant que toutes les autres caractéristiques du consentement soient respectées. Voy. M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAUX, Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 1^{ère} partie », *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n° 20 ; B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, pp. 30 et 31.

du même texte exigent, *a contrario*, un consentement explicite³⁶⁹¹. Tel est le cas de l'article 9, § 2, a), qui concerne le traitement des données sensibles³⁶⁹². L'article 22 indique que la personne concernée peut faire l'objet d'une décision individuelle automatisée lorsqu'elle est fondée sur un consentement explicite (article 22, § 2, c)³⁶⁹³. Un tel consentement permet le transfert de données vers des pays tiers ou une organisation internationale (article 49, § 1^{er}, a)³⁶⁹⁴). Cécile de Terwangne souligne que « [d]ans les discussions concernant le projet de règlement, tant la Commission que le Parlement ont été d'avis que désormais il fallait exiger que le consentement soit explicite pour qu'il serve de fondement valide pour le traitement de toutes les données, ordinaires comme sensibles, afin de lutter contre la récolte facile de consentements de mauvaise qualité sur Internet. Le Conseil n'a pas suivi cette option »³⁶⁹⁵. Par conséquent, il faut comprendre que le recours – ou non – à l'adjectif « explicite » n'est pas dénué de sens et qu'il implique des conséquences concrètes dans l'octroi du consentement.

Le consentement explicite est donc, dans l'état actuel du texte européen, requis dans les trois situations précitées parce qu'il existe un risque sérieux pour la protection des données, nécessitant un niveau plus élevé de protection que celui établi pour le traitement de données ordinaires. Le caractère explicite nécessite qu'il y ait une déclaration expresse. La déclaration écrite expresse paraît répondre aisément à cette exigence tout comme le fait de compléter un formulaire en ligne, l'envoi d'un email, voire même une déclaration orale³⁶⁹⁶.

700. - Les éléments d'un consentement valable : une protection suffisante ? Le RGPD a renforcé les exigences propres à l'obtention d'un consentement valable. A première vue, elles permettent de conférer à cette base de légitimation d'un traitement les garanties nécessaires pour que l'autorisation de traiter des données soit donnée en toute connaissance de cause par la personne concernée. Est-ce pour autant suffisant ? Pour Yves Poullet, le doute est de mise. En effet, dans certaines circonstances particulières (réseaux sociaux, services de géolocalisation,

³⁶⁹¹ L'adjectif figurait déjà dans la directive 95/46/CE. Voy. le commentaire qui en est fait, Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, pp. 28 à 30.

³⁶⁹² A ce propos, voy. aussi les considérants n° 51 et 53 du RGPD.

³⁶⁹³ A ce propos, voy. aussi le considérant n° 71 du RGPD.

³⁶⁹⁴ A ce propos, voy. aussi le considérant n° 111 du RGPD.

³⁶⁹⁵ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », *op. cit.*, p. 125, n° 41.

³⁶⁹⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/679, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 21. En ce qui concerne ce dernier mode d'obtention du consentement, il réside une difficulté supplémentaire pour le responsable du traitement quant à la preuve à apporter.

etc.), ces garanties ne suffiront pas à éviter que l'internaute donne son consentement sans réellement prendre en compte les risques qu'il encourt sur ses données à caractère personnel³⁶⁹⁷.

701. - Prouver les éléments d'un consentement valable. Comme le précise l'article 7, § 1^{er}, du RGPD, il incombe au responsable du traitement d'apporter la preuve que le consentement a non seulement été recueilli, mais aussi qu'il répond à l'ensemble des caractéristiques énoncées par le règlement³⁶⁹⁸. Un tel principe relatif à la charge de la preuve s'inscrit totalement dans la philosophie du texte qui vise à responsabiliser le responsable du traitement³⁶⁹⁹. Concrètement, les lignes directrices du Groupe de travail « Article 29 » sur le consentement au sens du règlement 2016/679 indique que la preuve de ce consentement ne doit pas impliquer une nouvelle récolte de données suivie de leur traitement : dès le départ, le responsable du traitement doit prendre en compte cette exigence de preuve afin de se ménager les outils nécessaires, éventuellement au moyen des données collectées, pour démontrer que la personne concernée a validé le traitement des données³⁷⁰⁰. Ces éléments de preuve constituent des données à caractère personnel, celles-ci étant traitées en vue d'une finalité précise découlant d'une obligation imposée par le droit de l'Union (en l'espèce le RGPD), l'apport de la preuve par le responsable du traitement du consentement donné.

Le responsable doit être capable de démontrer que la personne concernée est libre de retirer son consentement sans subir aucun préjudice ni frais. Ainsi, « [s]i un responsable du traitement est en mesure de démontrer qu'un service inclut la possibilité de retirer son consentement sans subir de conséquences négatives, c'est-à-dire sans que la qualité du service ne soit amoindrie au détriment de l'utilisateur, cela peut constituer la preuve que le consentement a été donné librement »³⁷⁰¹.

³⁶⁹⁷ Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., p. 128, n° 31. Et l'auteur de poser cette question, sans y répondre : « [l]e consentement ne constitue-t-il pas une protection en trompe-l'œil ? » (p. 129, n° 31).

³⁶⁹⁸ Voy. notamment le considérant n° 42 du RGPD : « [l]orsque le traitement est fondé sur le consentement de la personne concernée, le responsable du traitement devrait être en mesure de prouver que ladite personne a consenti à l'opération de traitement ».

³⁶⁹⁹ Sur le principe d'*accountability* qui est pleinement mis en œuvre en imposant la charge de la preuve au responsable du traitement, voy. *supra*.

³⁷⁰⁰ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 23.

³⁷⁰¹ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579 révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 12.

Le responsable du traitement doit être en mesure d'apporter cette preuve aussi longtemps que perdure le traitement pour lequel la personne concernée a donné son autorisation. Dès que le traitement en question prend fin, « la preuve de consentement ne devrait être conservée plus longtemps que strictement nécessaire pour respecter une obligation légale ou à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice, conformément à l'article 17, § 3, b) et e) »³⁷⁰². Selon cette disposition, le droit à l'effacement n'est pas applicable lorsque le traitement est nécessaire à une obligation légale imposée par l'Union européenne ou un Etat membre, lorsqu'il permet l'exécution d'une « mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable de traitement » (b)), ou encore lorsqu'il est nécessaire « à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice » (e)). Les lignes directrices relatives au consentement précisent que les autres motifs repris à l'article 17, § 3, qui mettent en échec le droit à l'effacement ne peuvent, en l'espèce, être appliqués.

Concrètement et afin de conclure sur cet élément de preuve, reprenons les termes de Benjamin Docquir. Ce dernier explique que « le responsable de traitement doit ainsi veiller à conserver les enregistrements suffisants pour lui permettre d'établir : 1° la teneur de la demande de consentement (une copie du formulaire de collecte, p. ex., mais aussi, le cas échéant, les documents complémentaires tels que la *privacy policy* en vigueur à l'époque) ; 2° la façon dont la personne a manifesté son consentement (sur le formulaire même en cochant une case sur un site Web, en activant un paramètre technique, etc., l'important étant de pouvoir démontrer que ce geste a été posé à la suite de la demande de consentement et au même moment) ; 3° le moment où le consentement a été donné ; 4° le nom de la personne qui a consenti ou, à tout le moins, son identifiant »³⁷⁰³.

c) Le consentement donné par un mineur

702. - Le consentement des mineurs dans le RGPD. L'article 8 du RGPD porte sur les conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information. Selon le considérant n° 38, « [1]Les enfants méritent une protection spécifique [...] parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties

³⁷⁰² Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 24.

³⁷⁰³ B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 32.

concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel ». Partant de ce constat, le texte développe cette protection particulière afin qu'elle soit appliquée notamment – mais pas seulement³⁷⁰⁴ – lorsque les données sont utilisées « à des fins de marketing ou de création de profils de personnalité ou d'utilisateur et à la collecte de données à caractère personnel relatives aux enfants lors de l'utilisation de services proposés directement à un enfant »³⁷⁰⁵.

Cette protection particulière n'est toutefois d'application lorsque deux conditions sont réunies³⁷⁰⁶ : d'une part, il est nécessaire que le traitement soit fondé sur le consentement³⁷⁰⁷, et d'autre part, le traitement doit concerner l'offre directe³⁷⁰⁸ de services de la société de l'information aux enfants³⁷⁰⁹. En présence de ces deux éléments, l'article 8 requiert qu'une distinction soit faite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans ou non³⁷¹⁰. Dans la première hypothèse, le consentement du mineur âgé d'au moins 16 ans est suffisant, rendant *in fine* le traitement licite. Dans la seconde, le traitement « n'est licite que si, et dans la mesure où, le

³⁷⁰⁴ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 27 (« [l]e mot “notamment” indique que cette protection spécifique ne se limite pas uniquement au marketing ou au profilage, mais inclut “la collecte de données à caractère personnel relatives aux enfants” au sens large »). En revanche, le considérant n° 38 précise que « [l]e consentement du titulaire de la responsabilité parentale ne devrait pas être nécessaire dans le cadre de services de prévention ou de conseil proposés directement à un enfant »).

³⁷⁰⁵ Considérant n° 38.

³⁷⁰⁶ Pour Paul Voigt et Axel von dem Bussche, il s'agit de trois conditions distinctes (P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 98 et 99).

³⁷⁰⁷ Cette condition implique que l'ensemble des caractéristiques du consentement soient respectées. Il y a lieu, pour le responsable du traitement de fournir l'ensemble des informations nécessaires « avec une attention particulière pour la situation des enfants », ceci l'obligeant à « expliquer en termes clairs et simples [...] comment il a l'intention d'utiliser les données qu'il collecte » (Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 28 ; considérant n° 58 du règlement).

³⁷⁰⁸ Dès lors qu'il est indiqué qu'il s'agit de « l'offre directe de services de la société de l'information », il faut en déduire que cela ne s'applique pas à l'ensemble de ces services. Voy. à ce propos, Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 29.

³⁷⁰⁹ L'article 4, 25), du RGPD définit le « service de la société de l'information » par un renvoi à l'article 1^{er}, § 1^{er}, b), de la directive 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (J.O.U.E., L 241, du 17 septembre 2015, p. 1). Cette disposition précise que le terme « service » s'entend comme « tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Sur cette notion, voy. aussi, parmi d'autres, C.J.U.E. (gde ch.), 20 décembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, § 40 ; C.J.U.E., 2 décembre 2010, C-108/09, *Ker-Optika bt c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, §§ 22 et 28. Enfin, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 465, n° 80. L'auteur reprend et explicite brièvement les caractéristiques d'une tel service.

³⁷¹⁰ La règle énoncée à l'article 8, § 1^{er}, « ne porte pas atteinte au droit général des contrats des Etats membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard d'un enfant » (article 8, § 3, du règlement). Autrement dit, « [c]ette protection spécifique s'ajoute aux éventuelles règles nationales issues du droit des contrats » (C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et sa licéité », op. cit., p. 129, n° 46).

consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant » (article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du RGPD). L'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, stipule que « [l]es Etats membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en-dessous de 13 ans »³⁷¹¹.

703. - Le consentement du mineur dans la loi belge du 30 juillet 2018. L'article 7 de la loi précitée du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel précise à cet égard qu'« [e]n exécution de l'article 8.1 du Règlement, le traitement des données à caractère personnel relatif aux enfants en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, est licite lorsque le consentement a été donné par des enfants âgés de 13 ans ou plus. Lorsque ce traitement porte sur des données à caractère personnel de l'enfant âgé de moins de 13 ans, il n'est licite que si le consentement est donné par le représentant légal de cet enfant »³⁷¹². En Belgique, le rabaissement de 16 à 13 ans a été plébiscité par les différentes Communautés. L'autorité fédérale a en effet recueilli, sur cette question, l'avis des Communautés compétentes pour l'information et la prévention des jeunes en matière de protection de la vie privée³⁷¹³. En Communauté française, un avis du délégué général aux droits de l'enfant souligne que 13 ans est « l'âge à partir duquel les enfants devraient pouvoir librement accéder aux réseaux sociaux », tout en soulignant ensuite qu'« [u]ne attitude trop restrictive risquerait d'avoir des effets pervers de détournement de la réglementation et pourrait entraîner le développement de pratiques parallèles potentiellement dangereuses pour les jeunes »³⁷¹⁴. Ce choix est en outre soutenu par la Commission de la protection de la vie privée³⁷¹⁵.

³⁷¹¹ Cette faculté laissée aux Etats membres est paradoxale au regard de l'objectif d'uniformisation induite du choix du nouvel instrument juridique européen, le règlement. Elle impose en outre, très pratiquement, que le responsable de traitement se tienne informé des différentes législations nationales à ce propos.

³⁷¹² En France, l'âge de 15 ans a été retenu (article 7-1 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 telle que modifiée par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *J.O.R.F.*, 21 juin 2018). Voy. notamment à ce sujet, O. TAMBOU, « France : The French Approach to the GDPR Implementation », *European Data Protection Law Review*, 2018/1, p. 93.

³⁷¹³ Alors que la matière de la protection de la vie privée relève de la compétence de l'autorité fédérale. Voy. l'exposé des motifs du projet de loi du 11 juin 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. des repr., sess. ord, 2017-2018, n° 3126/001, p. 18.

³⁷¹⁴ Exposé des motifs du projet de loi du 11 juin 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. des repr., sess. ord, 2017-2018, n° 3126/001, p. 19. Il est en outre fait mention d'un avis du 22 avril 2016 du Kinderrechtencommissaris de la Communauté flamande allant dans un sens identique. Voy. encore le rapport de la première lecture fait au nom de la commission Justice par M. P. Dedecker, *Doc. parl.*, Ch. des repr., sess. ord, 2017-2018, n° 3126/003, p. 5.

³⁷¹⁵ Dans le cadre d'un communiqué de presse du 13 février 2018, la Commission affirme soutenir « le choix du législateur belge d'abaisser à 13 ans l'âge pour le consentement parental en vertu de l'article 8 du RGPD. Cet âge correspond mieux à la réalité quotidienne de très nombreux jeunes qui surfent déjà sur Internet à un jeune âge. Nous ne pouvons pas les priver d'opportunités de s'épanouir numériquement. Mais vu que les enfants doivent aussi prendre conscience de leur vie privée, le choix de 13 ans doit s'accompagner d'efforts supplémentaires pour

Cet âge pivot consacre la validité du consentement numérique. En dessous de l'âge de 13 ans, le consentement remis par l'enfant n'est pas valable, seul celui donné par le titulaire de la responsabilité parentale permet au responsable du traitement d'effectuer un traitement licite des données. Le règlement ne dit mot sur ce « titulaire de la responsabilité parentale », la loi belge évoquant d'ailleurs le « représentant légal » de l'enfant. L'exposé des motifs de la loi revient à l'expression « responsabilité parentale », soutenant qu'il s'agit simplement du détenteur de l'autorité parentale telle que visée aux articles 371 et suivants du Code civil ou de la tutelle visée aux articles 389 et suivants du même Code.

704. - La vérification de l'âge par le responsable du traitement. Le Groupe de travail « Article 29 » affirme qu'il est de la responsabilité du responsable du traitement de mettre en œuvre, raisonnablement, des mesures afin de vérifier l'âge du consentement numérique. Cette obligation est en effet implicitement sous-entendue dans le règlement européen, « dès lors que si un enfant donne son consentement alors qu'il n'a pas atteint l'âge requis pour donner un consentement valable en son propre nom, le traitement des données est illicite »³⁷¹⁶. Le caractère proportionné des efforts à mettre en œuvre par le responsable est encore d'application lorsqu'il vérifie la qualité de la personne concédant un consentement pour un enfant ayant moins de 13 ans. L'article 8, § 2, du RGPD va d'ailleurs en ce sens : « [l]e responsable du traitement s'efforce raisonnablement de vérifier, en pareil cas, que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, compte tenu des moyens technologiques disponibles »³⁷¹⁷.

705. - Le consentement donné par le titulaire de la responsabilité parentale. Enfin, lorsque le consentement est donné par le titulaire de la responsabilité parentale, dès lors que l'enfant atteint l'âge de 13 ans, il recouvre sa pleine et entière autonomie numérique, de sorte qu'il peut alors parfaitement confirmer, modifier ou retirer ledit consentement. Afin de répondre aux exigences d'information et de transparence, le responsable de traitement est tenu d'informer

leur apprendre dès l'enfance à adopter une attitude réfléchie à l'égard des médias » (disponible à l'adresse suivante, <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/news/rgpd-la-limite-dage-de-13-ans-correspond-a-la-pratique-numerique>, consulté le 20 février 2019).

³⁷¹⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 29 et 30.

³⁷¹⁷ Sur cette disposition, voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 91, n° 9 et 10.

l'enfant de cette possibilité dès lors qu'il atteint l'âge de 13 ans³⁷¹⁸. L'enfant n'a en revanche pas l'obligation, une fois cet âge atteint de confirmer explicitement le consentement donné initialement par le détenteur de la responsabilité parentale.

2. Le droit de changer d'avis

706. - Les consécutions du retrait du consentement. Le droit de retirer son consentement n'était pas consacré par la directive 95/46/CE. Certes, les Etats membres demeuraient libres de l'inscrire dans leur législation nationale. Force est de constater qu'aucun n'a franchi ce pas, considérant que la directive ne consacrait pas, même implicitement, un tel droit au retrait³⁷¹⁹. Pourtant, le *European Data Protection Supervisor*, en 2014, avance le contraire, estimant que la directive consacrait bien, implicitement, un potential retrait du consentement : « [c]onsent should be requested prior to the data processing and only after the data controller has given notice to the data subject of the processing operations in clear and understandable language. *It may be withdrawn, in which case any personal data pertaining to the data subject should be erased unless there is another legal basis that justifies continued storage of the data* »³⁷²⁰.

En droit européen, un texte relatif aux données personnelles consacre un tel retrait : la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée³⁷²¹ offre aux utilisateurs ou abonnés « la possibilité de retirer à tout moment leur consentement pour le traitement des données de localisation autres que les données relatives au trafic » (article 9). Cette faculté est relativement limitée puisqu'elle ne concerne que les « [d]onnées de localisation autres que les données relatives au trafic »³⁷²².

³⁷¹⁸ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/679, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, pp. 31 et 32.

³⁷¹⁹ C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *Computer Law & Security Review*, 2016/32, p. 225. Voy. toutefois l'analyse proposée par ces auteurs, reflétant l'existence de quelques consécutions ponctuelles et sectorielles d'un droit au retrait dans les législations nationales (pp. 225 à 227).

³⁷²⁰ European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data : The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, mars 2014.

³⁷²¹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

³⁷²² Cela étant, l'évolution entre une consécution implicite en 1995 et une consécution explicite en 2002 permet de renforcer l'idée selon laquelle la première directive permet un tel retrait, l'argument tenant de l'évolution des

L'adoption du RGPD permet désormais à la personne concernée de retirer le consentement qu'elle a donné préalablement³⁷²³, cette nouveauté ayant été proposée préalablement dans plusieurs travaux du Groupe de travail « Article 29 »³⁷²⁴. L'article 7, § 3, indique que « [l]a personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement ». Consacrant le droit à l'effacement, l'article 17, § 1^{er}, b), renforce ce retrait, l'effacement ayant notamment lieu lorsque « la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), ou à l'article 9, § 2, a) ». Le texte vise d'une part le consentement donné pour le traitement de données ordinaires, et d'autre part, le consentement explicite donné en cas de traitement portant sur les données sensibles. Autrement dit, selon l'article 17, § 1^{er}, b), le retrait du consentement permet d'obtenir l'effacement des données.

707. - Les conditions de forme du retrait du consentement. Rien n'est dit sur la forme que doit prendre cette renonciation. A l'instar de ce qui est indiqué pour le consentement, le retrait doit prendre la forme d'une manifestation claire permettant au responsable du traitement de comprendre aisément que la personne concernée décide de retirer son consentement. Il semble que l'on applique un parallèle dans les modalités d'octroi et de retrait du consentement³⁷²⁵.

techniques législatives étant notamment avancé : « [c]an this limited right to be used to infer a generalized right to withdraw consent, implicitly granted by the DPD [Data Protection Directive] ? Is such were the case, then one might wonder why the DPD grants a generalized right implicitly, and later the EDP [Electronic Privacy Directive] explicitly states it for certain categories of personal data. Since the two directives are several years apart, it might be argued that the legislative technique as different between them, so that the former contains an implicit right to withdraw one's consent while the latter provides a further specification on the withdrawal of consent for certain types of data » (C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, p. 225).

³⁷²³ Il n'y a pas lieu de confondre cette faculté avec le droit d'opposition (sur ce droit, voy. *infra*). B. DOCQUIR, « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », *op. cit.*, p. 37 ; Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 45.

³⁷²⁴ Voy. notamment Groupe de travail « Article 29 », opinion 5/2005 on the use of location data with a view to providing value-added services, WP 115, p. 7 ; Groupe de travail « Article 29 », Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), WP 131, p. 14 ; Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, pp. 14, 15 et 42.

³⁷²⁵ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 25. Ainsi, « [l]orsque le consentement est obtenu au moyen d'une interface utilisateur spécifique au service (par exemple moyennant un site Internet, une application, un compte identifiant, l'interface d'un dispositif IdO ou par courrier électronique), il est évident qu'une personne concernée doit pouvoir retirer son consentement moyennant la même interface électronique, dès lors que changer d'interface à la seule fin de retirer son consentement nécessiterait des efforts inutiles ».

Le retrait peut intervenir à tout moment et doit être proposé « gratuitement ou sans entraîner la diminution du niveau de service »³⁷²⁶. Le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108 affirme toutefois, et de façon contradictoire à ce qu'énonce le RGPD et l'interprétation qu'en fait le Groupe de travail « Article 29 », qu'« [u]ne personne concernée qui retire son consentement doit alors assumer les conséquences pouvant découler d'autres textes juridiques, comme l'obligation de dédommager le responsable du traitement ». Ceci paraît en effet contredire l'exigence de gratuité et le principe global de responsabilité du responsable du traitement désormais imposé par le règlement (voy. *supra*). En effet, le consentement éclairé suppose une information de la part du responsable du traitement à propos du retrait de ce même consentement³⁷²⁷. Cette obligation d'information, reprise aux articles 13 et 14 du RGPD³⁷²⁸, participe au principe transversal de transparence.

708. - Les conséquences du retrait du consentement. Le retrait a des conséquences *ex nunc*³⁷²⁹ : les opérations de traitement ayant déjà eu lieu demeurent licites. Les articles 13 et 14 du RGPD indiquent à cet égard que le retrait peut avoir lieu « à tout moment, sans porter atteinte à la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant le retrait de celui-ci »³⁷³⁰. Dès le retrait, tout traitement devient illicite, celui-ci ayant perdu son motif de licéité. Les données doivent être effacées automatiquement par le responsable du traitement. Toute nouvelle opération sur les données est désormais impossible sauf à s'appuyer sur l'un des autres fondements énumérés à l'article 6 du règlement³⁷³¹. C'est d'ailleurs ce qu'indique l'article 17, §, 1^{er}, b), *in fine* : le droit à l'effacement s'applique lorsque le consentement est retiré « et [qu']il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement ». Dans certaines circonstances,

³⁷²⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 25 ; Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 81.

³⁷²⁷ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 25.

³⁷²⁸ Articles 13, § 2, c), et 14, § 2, d), du RGPD.

³⁷²⁹ Sur la question des effets du retrait avant sa consécration dans le règlement, voy. les débats rapportés par C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, pp. 227 et 228. Voy. aussi le considérant n° 65 du règlement qui permet de déduire cet effet *ex nunc* : « [t]outefois, la conservation ultérieure des données à caractère personnel devrait être licite lorsqu'elle est nécessaire » pour différents motifs énoncés (nous soulignons).

³⁷³⁰ Articles 13, § 2, c), et 14, § 2, d), du RGPD.

³⁷³¹ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 45.

plusieurs motifs de licéité sont, dès le départ, annoncés à la personne concernée³⁷³², de sorte que la disparition du consentement permet toujours au responsable du traitement d'exploiter les données. En revanche, lorsque ces différents motifs ne sont pas annoncés dès le départ, le responsable du traitement ne peut, parce que le consentement a été retiré, modifier le motif de licéité de son traitement³⁷³³. Il en va, à nouveau, d'une application du principe de transparence : « si un responsable du traitement choisit de se fonder sur le consentement pour une partie du traitement, il doit être prêt à respecter ce choix et à interrompre le traitement si un individu retire son consentement. Indiquer que les données seront traitées sur la base du consentement, alors que le traitement se fonde sur une autre base juridique, serait fondamentalement déloyal envers les personnes concernées »³⁷³⁴.

Une telle possibilité de retrait a tout moment et sans devoir avancer une justification particulière rend incertain le consentement comme motif de licéité d'un traitement. En effet, alors que le consentement constituait un motif régulièrement utilisé sous l'empire de la directive 95/46/CE, il apparaît que la situation est différente avec le RGPD³⁷³⁵. Soit, le responsable doit prendre, pour fondement, un autre motif – par exemple celui mentionné à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), en avançant des motifs légitimes –, soit il prend soin dès le départ d'informer la personne concernée de la coexistence de plusieurs motifs de licéité, impliquant qu'en cas de disparition de l'un, un autre subsiste. Un tel procédé permet de sécuriser l'exigence de légalité imposée par l'article 6 du RGPD³⁷³⁶. Cependant, proposer plusieurs motifs implique une obligation supplémentaire pour le responsable du traitement : « entities should choose a primary legal permission among the available options. This is advisable as, under the Regulation, the *conditions* for obtaining valid consent, as well as those regarding other legal bases for processing, have *been specified and tightened*. Therefore, entities should – prior to processing – evaluate which legal basis might be most suitable for their processing activities. Under the

³⁷³² Voy. l'article 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, qui indique que « [l]e traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, *au moins une des conditions suivantes* est remplie » (nous soulignons). Plusieurs motifs peuvent donc parfaitement être invoqués.

³⁷³³ Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187, p. 14.

³⁷³⁴ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01, p. 27. Et d'ajouter que « [d]ès lors que les responsables du traitement ont l'obligation de communiquer la base juridique sur laquelle ils se fondent au moment de la collecte des données, ils doivent avoir défini leur base juridique préalablement à ladite collecte ».

³⁷³⁵ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 97.

³⁷³⁶ *Ibidem*, p. 101.

principle of accountability [...], entities must be able to prove that a legal base they use are fulfilled »³⁷³⁷.

3. Le droit à l'oubli d'une information divulguée avec le consentement de la personne concernée

709. - L'article 17, § 1^{er}, b), un fondement du droit à l'oubli d'informations non journalistiques ? L'article 17, § 1^{er}, b), permet l'effacement de données, et donc leur oubli, moyennant le respect de deux conditions. Il faut, premièrement, qu'un consentement valable soit donné par la personne concernée pour que des données ordinaires (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), du RGPD) ou sensibles (article 9, § 2, a), du RGPD) soient traitées par le responsable du traitement. Il faut, deuxièmement, qu'il n'existe aucun autre fondement juridique permettant de rendre licite le traitement. Lorsque ces deux éléments sont présents, l'effacement des données peut être obtenu. Cette prérogative s'inscrit pleinement dans le concept d'autonomie individuelle, celui-ci fondant le droit à l'autodétermination informationnelle. L'article 17, § 1^{er}, b), consacre en ce sens l'oubli comme un véritable droit de changer d'avis, un droit au repentir³⁷³⁸. Il illustre parfaitement bien cette aspiration à retrouver le contrôle sur ses propres données personnelles, à permettre un changement d'avis, et à admettre qu'en acceptant auparavant que des données soit traitées d'une quelconque façon, une personne a agi impulsivement ou – trop – spontanément, sans prendre en compte la mesure des conséquences du traitement. Le considérant n° 65 du RGPD indique que le droit à l'effacement est d'autant plus « pertinent, en particulier, lorsque la personne concernée a donné son consentement à l'époque où elle était enfant et n'était pas pleinement consciente des risques inhérents au traitement, et qu'elle souhaite par la suite supprimer ces données à caractère personnel, en particulier sur l'internet ». Internet constitue évidemment l'un des terrains de jeu les plus importants de l'application de ce droit au retrait de son consentement. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, Peter Fleisher, le *Global Privacy Counsel* de l'entreprise Google, dès 2011 s'exprime en faveur de ce retrait, celui-ci induisant un effacement : « [i]f I post something

³⁷³⁷ *Ibidem*, p. 101.

³⁷³⁸ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », *op. cit.*, p. 31, n° 9 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 256 ; T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 463, n° 75. Sur le droit au repentir, voy. les quelques développements proposés *supra*.

online, should I have the right to delete it again ? I think most of us agree with this, as the simplest, least controversial case. If I post a photo to my album, I should then later be able to delete it, if I have second thoughts about it »³⁷³⁹.

Lorsque l'article 17, § 1^{er}, b), complète l'article 7, § 3, l'effet est alors double. Il importe de séquencer les conséquences relatives à ces deux dispositions³⁷⁴⁰. Retirer le consentement présente des effets *ex nunc*. En cela, la disposition ne permet pas de consacrer pleinement l'oubli³⁷⁴¹. Il n'y a effectivement aucun effacement qui découle de cette disposition, seul le motif de licéité est désormais inexistant, ce qui rend tout traitement futur illégal. Si la personne concernée veut mettre en œuvre cet oubli, elle doit dans ce cas activer l'article 17, § 1^{er}, b), qui oblige alors le responsable à effacer les « données personnelles préalablement traitées sur la base de ce consentement »³⁷⁴². Dans cette hypothèse, il y a réellement effacement, les effets de cette disposition étant *ex tunc*. L'application conjointe de ces dispositions permet de concrétiser l'oubli de données non journalistiques.

710. - L'article 17, § 1^{er}, b), est-il applicable aux informations journalistiques ?

L'application de l'article 17, § 1^{er}, b), ne paraît pas pertinente lorsqu'il s'agit d'obtenir l'effacement de données ayant été traitées à des fins journalistiques. Deux cas de figure doivent cependant être distingués.

Le premier cas de figure porte sur les données ayant été traitées à des fins journalistiques et pour lesquelles aucun consentement n'a été donné (voy. *supra*). Justifié par l'intérêt public et/ou par l'actualité, des responsables du traitement exploitent des données personnelles dans des articles diffusés ensuite par divers supports. Dès lors qu'aucun consentement répondant aux exigences du règlement relatif aux données à caractère personnel n'a été donné, l'article 17, § 1^{er}, b), ne peut servir de fondement pour en obtenir l'effacement. Or, l'obtention de ce consentement est une condition préalable essentielle.

³⁷³⁹ P. FLEISHER, « Foggy thinking about the right to oblivion », <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>, mis en ligne le 9 mars 2011, consulté le 20 février 2019. L'auteur est pourtant, dans les débats relatifs au droit à l'oubli, l'un de ses opposants.

³⁷⁴⁰ C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », *op. cit.*, p. 256.

³⁷⁴¹ C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, pp. 227 et 228.

³⁷⁴² T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 464, n° 77.

La deuxième hypothèse concerne des données pour lesquels un consentement est octroyé par la personne concernée. Dans le cadre d'une activité journalistique, l'on pourrait concevoir que le consentement est donné implicitement ou explicitement. Les exigences relatives au consentement, énumérées dans les articles 7 et 8, ainsi que l'obligation d'un consentement explicite pour le traitement des données sensibles (article 9, § 2, a), du RGPD, ne sont cependant pas d'application en Belgique. L'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 exclut l'application de l'article 7, 8 et 9 du RGPD lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. Le consentement donné implicitement suffit. Dès lors, l'éventuel débat qui pourrait exister à propos du consentement valablement donné dans le cadre d'un traitement journalistique d'informations n'a pas lieu d'être.

Si l'on peut admettre l'existence d'un consentement comme étant le fondement de la licéité du traitement, l'article 17, § 1^{er}, b), pourrait alors permettre d'obtenir l'effacement des données traitées, avec effet rétroactif. Sur ce fondement l'anonymisation, voire même la suppression, d'articles en ligne pourrait être exigée. Cette faculté d'effacement rendue possible par application de l'article 17, § 1^{er}, b), se heurte cependant au prescrit de l'article 17, § 3, a), du RGPD qui exclut tout effacement lorsque le traitement est nécessaire « à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». Cette dérogation et sa mise en œuvre sont développées ci-après (voy. *infra*). Cependant, l'exception mentionnée à l'article 17, § 3, a), semble rendre toute concrétisation de l'oubli d'informations journalistiques sur le fondement de l'article 17, § 1^{er}, b), impossible, sauf à considérer que ladite dérogation implique la mise en œuvre d'une balance des intérêts, ce qui a priori ne ressort pas clairement de la disposition³⁷⁴³.

C. L'effacement en cas d'opposition

711. - Introduction. La liste de l'article 17, § 1^{er}, stipule que l'effacement est envisageable en cas d'opposition au traitement. Il requiert une application de l'article 21 du RGPD, lequel consacre le droit de s'opposer au traitement (1.). Ce mécanisme visant à juxtaposer l'effacement

³⁷⁴³ Alors que cela ressort clairement dans d'autres dispositions du RGPD. Voy. *infra*. Ceci fait écho au caractère vague et imprécis de la disposition (L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 122, n° 9. Ces auteurs écrivent que « [t]he provision is so general and vague that divergences in the interpretation of the right to be forgotten are to be expected »).

et l'opposition a d'ailleurs déjà été mis en œuvre par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Google Spain* (2.). A sa suite, de nombreux commentaires et analyses ont soutenu que la Cour de justice avait consacré le droit à l'oubli ou, à tout le moins, une consécration particulière de cet oubli (3.).

1. Le droit de s'opposer

712. - Les consécration du droit de s'opposer. Le droit d'opposition consacré à l'article 21 permet de s'opposer, auprès du responsable du traitement, au traitement de données.

Outre cette consécration, le droit d'opposition figure parmi le catalogue des droits de la Convention n° 108 modernisée, alors qu'elle n'était pas inscrite dans la Convention n° 108. L'article 9, § 1^{er}, d), de la Convention n° 108 modernisée permet à toute personne « de s'opposer à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement, à moins que le responsable du traitement ne démontre des motifs légitimes justifiant le traitement, qui prévalent sur les intérêts ou les droits et libertés fondamentales de la personne concernée ».

713. - Les contours du droit de s'opposer. Le droit d'opposition permet à la personne concernée de « remettre en cause » la décision unilatérale du responsable du traitement de fonder ce traitement de données sur un autre motif que le consentement³⁷⁴⁴. Lorsque le responsable fonde son traitement sur les motifs énoncés à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b) à f), du RGPD, la personne concernée peut s'y opposer, contestant concrètement le choix du responsable.

Le droit de s'opposer au traitement ne doit pas être confondu avec le droit à l'effacement. En effet, « [l]e droit d'opposition opère d'une manière distincte et indépendante des droits de rectification ou d'effacement »³⁷⁴⁵. Thomas Tombal retient deux distinctions entre

³⁷⁴⁴ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 524, n° 170. Pour rappel, comme le souligne des auteurs, le traitement peut être fondé soit sur le consentement de la personne concernée, soit sur l'un des autres motifs repri à l'article 6 (les auteurs les qualifient de « legal permissions » ; P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 100).

³⁷⁴⁵ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, § 78. Voy. aussi C. DE TERWANGNE, « La réforme de la

ces deux prérogatives³⁷⁴⁶. Premièrement, elles couvrent des hypothèses bien différentes. Le retrait du consentement implique *de facto* qu'un consentement préalable ait été donné, celui-ci permettant de justifier le traitement. Dès lors, il y a lieu d'user de son droit de retirer ledit consentement, et non d'exercer son droit d'opposition³⁷⁴⁷. Ce dernier vise précisément d'autres hypothèses d'application. Deuxièmement, requérir le retrait de son consentement et l'effacement de données n'implique aucune justification de la part de la personne concernée. En revanche, la personne concernée qui souhaite mettre en œuvre son droit d'opposition doit justifier de « raisons tenant à sa situation particulière » (article 21 du RGPD).

Le droit d'opposition n'est pas général et abstrait ; il ne s'applique que dans quatre circonstances. Selon l'article 21, § 1^{er}, il peut être mis en œuvre par la personne concernée « à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation particulière »³⁷⁴⁸ lorsque, premièrement, le traitement est « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable de traitement » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, e), du règlement)³⁷⁴⁹, ainsi que, deuxièmement, lorsqu'il est « nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable [...] » à moins que, suite à une balance des intérêts, la protection des données de la personne concernée ne doive prévaloir (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD). Autrement dit, le droit d'opposition permet, dans cette dernière hypothèse, à la personne concernée de contester la balance des intérêts faite par le responsable du traitement, celui-ci estimant que la protection des données de la personne concernée ne doit pas prévaloir³⁷⁵⁰. L'article 21, § 1^{er}, précise encore qu'il est possible de s'opposer au traitement

Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 108.

³⁷⁴⁶ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 464, n° 79, et p. 524, n° 170.

³⁷⁴⁷ Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, §§ 78 et 80.

³⁷⁴⁸ A cet égard, le RGPD facilite l'exercice du droit d'opposition. En effet, la directive 95/46/CE, en son article 14, § 1^{er}, a), stipulait qu'il fallait « des raisons prépondérantes et légitimes ».

³⁷⁴⁹ Sur cette faculté d'exiger l'opposition, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 526 et 527, n° 172. L'auteur évoque deux exemples, dont le suivant : « [u]n autre exemple parlant est celui de la diffusion en ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne. En principe, ces décisions contiennent les noms des parties, ce qui est justifié au regard de l'exercice de l'autorité publique dont ces juridictions sont investies, mais les personnes concernées peuvent s'y opposer et requérir l'anonymisation des décisions ». Sur l'anonymisation des décisions, et notamment de celles rendues par les Cours européennes, voy. *supra*.

³⁷⁵⁰ Voy. en ce sens, C. DE TERWANGNE, « La réforme de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 107 et 108 (« [c]e droit est particulièrement important dans les hypothèses où le responsable a effectué lui-même, *a priori*, la mise en balance des intérêts en présence et a estimé que le résultat était équilibré et qu'il pouvait légitimement traiter les données »).

lorsque celui-ci, fondé sur les dispositions précitées, est un profilage³⁷⁵¹. Les conséquences de ce droit d'opposition sont indiquées dans la disposition : « [l]e responsable du traitement ne traite plus les données [...], à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice » (article 21, § 1^{er}, *in fine*). Ne plus traiter les données signifie que l'opposition n'a aucun effet rétroactif. En outre, la charge de la preuve repose sur le responsable du traitement qui doit, une fois encore (notamment lorsqu'il fonde son traitement sur l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD) démontrer que la balance des intérêts faite penche en faveur du traitement des données, au détriment d'une protection des données personnelles de la personne concernée. L'article 21, § 1^{er}, est cependant plus restrictif que l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f) : alors que le premier exige des « motifs légitimes et impérieux » pour faire prévaloir le traitement de données³⁷⁵², le second n'évoque que des « motifs légitimes ». Autrement dit, dès lors qu'une demande d'opposition est faite, le RGPD exige de la part du responsable des justifications plus restrictives.

Troisièmement, le droit d'opposition permet de contester tout traitement effectué à des fins de prospection, en ce compris le profilage (article 21, § 2, du règlement). L'article 21, § 2, permet de mettre en œuvre le droit d'opposition sans que la personne concernée ne doive se justifier. Thomas Tombal précise que « [l]'hypothèse visée ici est celle dans laquelle le responsable traite des données à caractère personnel à des fins de “marketing direct” ou à des fins de générer des profils afin de cibler plus précisément ses efforts de “marketing direct” »³⁷⁵³. En pareil cas, « les données ne sont plus traitées à cette fin » (article 21, § 3, du RGPD), le responsable ne pouvant donc pas s'y opposer³⁷⁵⁴. L'opposition a donc un effet *ex nunc*.

³⁷⁵¹ Le profilage est défini comme étant « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique » (article 4, 4), du règlement ; voy. aussi les considérants n° 24, 60, 63, 70 à 73, 91 ; A. GROSJEAN, « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 277 à 314.

³⁷⁵² La directive 95/46/CE permettait au responsable du traitement de refuser l'opposition qu'« en cas de disposition contraire de droit national » (article 14, § 1^{er}, a), de la directive). Dès lors que le règlement européen donne la possibilité au responsable de refuser l'opposition de la personne concernée pour des « motifs légitimes et impérieux », il existe un réel « risque de réduire significativement ce droit d'opposition » (A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 171).

³⁷⁵³ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 528, n° 175.

³⁷⁵⁴ A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 170.

Enfin, le droit d'opposition s'applique potentiellement lorsque le traitement est justifié « à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques » (article 21, § 6, du règlement). Cette opposition doit être justifiée « pour des raisons tenant à [l]a situation particulière » de la personne concernée, le responsable du traitement pouvant la refuser dès lors que le traitement est « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ».

Le droit d'opposition n'est donc applicable que dans les circonstances précises mentionnées dans le RGPD. Pour de nombreux traitements fondés sur d'autres cas, la personne concernée ne peut donc en aucun cas s'y opposer. Tel est notamment le cas pour le traitement des données sensibles. Selon Thomas Tombal, « [i]l s'agit vraisemblablement là d'un oubli malencontreux du législateur européen »³⁷⁵⁵.

2. L'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne

714. - Le droit d'opposition dans l'arrêt *Google Spain*. L'arrêt du 13 mai 2014 prend pour fondement tant le droit à l'effacement que le droit d'opposition. L'exercice de ce droit d'opposition est, selon la directive 95/46/CE, possible « au moins dans les cas visés à l'article 7 points e) et f), [...] à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière [...] » (article 14, alinéa 1^{er}, a) de la directive). L'article 7 vise les motifs de licéité, le point e) portant sur l'exercice d'une mission d'intérêt public et le point f) justifiant le traitement par la nécessité de réaliser l'intérêt légitime du responsable du traitement. Selon la directive, l'opposition n'était pas automatique, elle impliquait une pondération des intérêts en présence, c'est-à-dire d'une part ceux du responsable du traitement, et d'autre part ceux de la personne concernée.

L'arrêt *Google Spain* fait l'objet d'une analyse ci-après en ce qui concerne non seulement l'articulation de l'opposition et de l'effacement (voy. *infra*), mais aussi l'exercice de la balance des intérêts (voy. *infra*).

³⁷⁵⁵ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 531, n° 177. La formulation de l'article 14, § 1^{er}, a), de la directive 95/46/CE était à cet égard plus ouverte. Elle indiquait que les Etats membres reconnaissent le droit de s'opposer à tout moment « au moins dans les cas visés à l'article 7 points e) et f) ». L'utilisation de l'expression « au moins » laissait entendre qu'il ne s'agissait que d'exemples mentionnés dans la directive. Le RGPD ne reprenant pas cette expression, les cas d'opposition sont désormais clairement limités (voy. A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, *op. cit.*, p. 171).

3. Le droit à l'oubli en cas d'opposition

715. - L'article 17, § 1^{er}, c), un fondement du droit à l'oubli d'informations non journalistiques ? Pour de nombreux auteurs, l'article 17, § 1^{er}, c), du RGPD constitue un élément de plus plaidant dans le sens d'un droit à l'oubli fondé sur le droit d'opposition. Ce dernier présente en effet des liens importants avec le droit à l'oubli, sans pour autant le consacrer complètement³⁷⁵⁶.

Pour que l'effacement puisse être envisagé, il faut que la personne concernée se soit opposée avec succès³⁷⁵⁷. L'article 17, § 1^{er}, c), admet l'effacement des données, permettant de consacrer l'aspect rétroactif de l'oubli – celui-ci faisant défaut dans le cadre d'une application du seul droit d'opposition – dans trois hypothèses sur les quatre évoquées par l'article 21³⁷⁵⁸.

L'effacement n'est d'abord possible que lorsque l'opposition se fonde sur les deux premières hypothèses visées par l'article 21, § 1^{er}. Selon l'article 17, § 1^{er}, c), l'effacement en cas d'opposition fondée sur l'article 21, § 1^{er}, ne doit en outre présenter aucun motif légitime impérieux pour le traitement. La précision paraît redondante dès lors qu'elle est déjà reprise à l'article 21, § 1^{er}. Elle présente pourtant un intérêt. Elle vaut en effet pour la demande d'opposition : le responsable du traitement peut refuser l'opposition parce « qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice ». Autrement dit, c'est soit sur base d'une balance des intérêts, soit sur base de la nécessité du traitement pour une action en justice, que l'opposition peut être refusée. Lorsque la personne concernée s'oppose avec succès au traitement, l'exigence de l'article 17, § 1^{er}, c), requiert qu'il soit alors vérifié qu'« il n'existe pas de motif légitime impérieux ». Outre la différence de formulation, cette dernière expression est plus vaste que la première : il n'est nullement requis

³⁷⁵⁶ C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, pp. 223, 224 et 225; E. POLITOU, E. ALEPIS, C. PATSAKIS, « Forgetting personal data and evoking consent under the GDPR : Challenges and proposed solutions », *Journal of Cybersecurity*, 2018, p. 11.

³⁷⁵⁷ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 464, n° 78.

³⁷⁵⁸ L'opposition consacrée à l'article 21, § 6, dans le cadre d'un traitement « à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques » n'est effectivement pas visée à l'article 17, § 1^{er}, c), du RGPD.

qu'une balance des intérêts soit effectuée à ce stade. La simple présence d'un motif légitime impérieux suffit. Deux scénarios peuvent dès lors être envisagés.

Dans le premier scénario, le droit d'opposition est activé avec succès par la personne concernée. Certes, le responsable de traitement a fait valoir « des motifs légitimes et impérieux » pour son traitement, ceux-ci ne prévalant toutefois pas sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée (il y a donc eu balance des intérêts, voy. *infra*), ou ne permettant pas la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice. Dès lors qu'il existe un motif légitime impérieux, l'effacement n'est pas possible. En bref, il y a opposition mais pas effacement.

Dans le second scénario, le droit d'opposition est une nouvelle fois activé avec succès par la personne concernée. Le responsable du traitement n'a pas su démontrer l'existence de motifs légitimes et impérieux. L'effacement est, dans ces circonstances, possible puisque les deux conditions cumulatives du premier morceau de l'article 17, § 1^{er}, c), sont remplies. En bref, opposition et effacement sont mis en œuvre, permettant par conséquent un réel oubli des données traitées.

L'effacement est en outre possible dans une troisième et dernière hypothèse visée à l'article 21, § 2. Dans ce cas d'espèce, si l'opposition est possible, l'effacement l'est aussi, sans aucune condition supplémentaire. Toute donnée traitée à des fins de prospection, c'est-à-dire de marketing direct, peut être effacée.

716. - L'article 17, § 1^{er}, c), est-il applicable aux informations journalistiques ? En l'espèce, l'on s'interroge sur l'effacement, de certaines informations journalistiques. L'effacement dans le cas d'une application de l'article 21, § 2, n'est pas pertinente dès lors que le traitement est exécuté à des fins de prospection, et non de journalisme. En revanche, l'effacement dans le cas d'une application de l'article 21, § 1^{er}, pourrait permettre d'atteindre cet objectif.

Il n'en est toutefois rien en Belgique. En effet, l'article 85 du RGPD permet aux Etats membres de prendre des dispositions dérogeant à ses propres principes afin de concilier liberté d'expression et protection des données. L'article 85, § 2, évoque directement le « traitement réalisé à des fins journalistiques ». Sur ce fondement, le législateur belge a adopté quelques

déroations. L'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁷⁵⁹ liste les dispositions du règlement qui « ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel effectués à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire » (article 24, § 2, de la loi du 30 juillet 2018). Certes, l'article 17 n'est pas repris dans cette liste. En revanche, l'article 21, § 1^{er}, y figure bien. Il n'est donc pas possible de faire usage de son droit d'opposition lorsque le traitement est justifié par la finalité journalistique. Or, l'effacement consacré par l'article 17, § 1^{er}, c), découle de l'exercice du droit d'opposition. Le constat est limpide : la loi belge interdit toute possibilité de requérir l'effacement, et donc l'oubli, sur ces fondements du RGPD.

Le raisonnement proposé passe par une application de la loi belge du 30 juillet 2018. Si l'on fait abstraction de ce texte, l'article 17, § 1^{er}, c), peut-il constituer le fondement d'une demande d'effacement pour des informations journalistiques ? La réponse pourrait à nouveau être négative. En effet, même s'il est désormais possible pour la personne concernée de faire usage de son droit d'opposition, l'effacement possible se heurte à l'article 17, § 3, a), qui indique que le droit à l'effacement est inapplicable « dans la mesure où [l]e traitement est nécessaire [...] à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». Seule une interprétation souple de cette dernière disposition permettrait d'obtenir l'oubli d'informations journalistiques sur ce fondement³⁷⁶⁰. Elle impliquerait de lire l'article 17, § 3, a), comme obligeant la mise en œuvre d'une pondération des intérêts qui pourrait être favorable à la personne concernée (voy. *infra*). Force est de constater qu'un tel raisonnement se heurte à de nombreux postulats devant être validés.

D. Le droit à l'effacement en cas de traitement illicite

717. - Introduction. L'article 17, § 1^{er}, d), reprend le droit à l'effacement consacré par la directive 95/46/CE³⁷⁶¹. L'article 12, b), de ce texte établissait que la personne concernée pouvait

³⁷⁵⁹ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

³⁷⁶⁰ Voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 122, n° 9 (« [t]he provision is so general and vague that divergences in the interpretation of the right to be forgotten are to be expected »).

³⁷⁶¹ Voy. l'article 12, b), de la directive 95/46/CE.

obtenir de la part du responsable du traitement « selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ». Cet article est désormais éclaté dans plusieurs dispositions du RGPD. L'article 17, § 1^{er}, d), énonce désormais que l'effacement peut être obtenu lorsque « les données à caractère personnel ont fait l'objet d'un traitement illicite »³⁷⁶². Thomas Tombal soutient qu'il s'agit de la concrétisation du droit à l'effacement *sensu stricto*, les autres motifs prévus à l'article 17, § 1^{er}, consacrant le droit à l'effacement au sens large³⁷⁶³. L'auteur fait en effet la distinction entre un effacement au sens strict et l'effacement au sens large, celui-ci pouvant prendre d'autres formes diverses³⁷⁶⁴.

1. Un traitement *illicite*

718. - Le caractère illicite du traitement. L'effacement est possible lorsque le traitement n'est pas licite. L'on pourrait penser que l'illicéité du traitement renvoie précisément à l'article 6 du RGPD, celui-ci évoquant les motifs de licéité, autrement dit, les finalités licites, d'un traitement. Or, le caractère licite ou illicite repris à l'article 17, § 1^{er}, d), se veut beaucoup plus large.

Selon la directive 95/46/CE, l'effacement était applicable lorsque le traitement n'était pas conforme, et proposait pour exemplifier cette non-conformité la présence de données incomplètes ou inexactes dans le traitement. Le caractère inexact et incomplet était repris à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, d), de la directive dans une liste plus large de caractéristiques visant à répondre à l'exigence de qualité des données. La disposition indiquait en effet que les données devaient être « exactes et, si nécessaire, mises à jour ; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles

³⁷⁶² Des commentateurs de cette disposition restreignent son application à des états d'illicéité continue, et non pas à un état illicite qui serait devenu licite (« [d]ue to the use of the tense present perfect continuous (ie, the tense used for actions that commenced in the past but continue until the present time ; "have been unlawfully processed"), it can be concluded that para. 1 applies only if the state of unlawfulness continues. If the originally unlawful state became lawful in the meantime, there is no need to grant for a right to erasure » (L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, *op. cit.*, p. 121, n° 5). Il s'agit là d'une nuance que l'on ne retrouve pas dans la version française du RGPD.

³⁷⁶³ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 457 à 460, n° 65 à 72.

³⁷⁶⁴ Sur ces différentes formes, voy. *infra*. La réflexion semble s'inscrire identiquement à celle menée pour l'expression « droit à l'oubli ». Dans certaines circonstances, la notion même de « droit à l'effacement » renvoie pratiquement à des formes diverses d'effacement (anonymisation, déréférencement, pseudonymisation, effacement au sens strict, etc.).

elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées ». Concrètement, les articles 6, § 1^{er}, d), et 12, b), devaient se lire en parallèle, le premier renvoyant implicitement vers le second, et *vice versa*. Pourtant, l'article 12, b), en utilisant la locution « notamment » souhaitait que le droit à l'effacement, le verrouillage et la rectification puissent être invoqués plus largement que dans les seuls cas de données inexacts ou incomplètes. Ce caractère illustratif a d'ailleurs été confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Google Spain*. Elle indique que la « précision relative au cas du non-respect de certaines exigences visées à l'article 6, paragraphe 1, sous d), de la directive 95/46 révélant un caractère exemplatif et non exhaustif, il s'ensuit que la non-conformité du traitement, susceptible d'ouvrir à la personne concernée le droit garanti à l'article 12, sous b), de ladite directive, peut également découler du non-respect des autres conditions de licéité imposées par celle-ci au traitement de données à caractère personnel »³⁷⁶⁵.

L'actuel règlement doit être lu au moins dans la même perspective bien qu'il soit moins explicite. En effet, la licéité visée par l'article 17, § 1^{er}, d), est reprise principalement de l'article 6 du RGPD, non seulement dans son titre mais aussi dans son contenu : « [l]e traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie [...] ». Il figure aussi à l'article 5, § 1^{er}, a) : les données doivent être « traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée ». Malgré ces deux seules références implicites, le caractère licite doit être interprété bien plus largement comme faisant écho aux rapports croisés qu'entretiennent les articles 5 et 6 du règlement³⁷⁶⁶. Quelques considérants et dispositions du RGPD vont en ce sens. Le considérant n° 45, par exemple, précise que l'obligation légale qui justifie un traitement « pourrait préciser les conditions générales du présent règlement régissant la licéité du traitement des données à caractère personnel, établir les spécifications visant à déterminer le responsable du traitement, le type de données à caractère personnel faisant l'objet du traitement, les personnes concernées, les entités auxquelles les données à caractère personnel peuvent être communiquées, les limitations de la finalité, la

³⁷⁶⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 70. Voy. aussi le § 75 : « [s]i la conformité du traitement aux articles 6 et 7, sous f), de la directive 95/46 peut être vérifié dans le cadre d'une demande au sens de l'article 12, sous b), de cette directive, la personne concernée peut, en plus, se prévaloir sous certaines conditions du droit d'opposition prévu à l'article 14, premier alinéa, sous a), de celle-ci ». La première partie de cette phrase indique clairement que l'ensemble des exigences reprises aux articles 6 et 7 de la directive permettent de mettre en œuvre le droit à l'effacement consacré à l'article 12, b).

³⁷⁶⁶ Sur les liens entre les principes relatifs à la qualité des données (article 5) et les motifs de licéité du traitement (article 6), voy. *supra*.

durée de conservation *et d'autres mesures visant à garantir un traitement licite et loyal* »³⁷⁶⁷. L'ensemble de ces dispositifs indiqués dans ce considérant permet donc de garantir l'existence d'un traitement licite. C'est en ce sens que l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, d), doit être lu : il renvoie à l'ensemble des considérations imposées par le RGPD et relatives à la validité d'un traitement de données.

2. Le traitement illicite : les précisions apportées par l'arrêt *Google Spain*

719. - Remarque préalable. L'arrêt *Google Spain* constitue le fondement du droit au déréférencement. Il importe cependant de rappeler que ce droit est consacré dans le cadre d'une application de la directive 95/46/CE. Il indique qu'en cas de traitement illicite de données, les droits à l'effacement et d'opposition consacrés par ladite directive se muent en un droit au déréférencement, celui-ci ne trouvant à s'appliquer, selon les circonstances, qu'à la suite d'une pondération des intérêts.

Sans conteste, le RGPD s'est inspiré des conclusions rendues par les juges européens de Luxembourg pour consacrer distinctement le droit à l'effacement (article 17) et le droit d'opposition (article 21). Ces prérogatives sont beaucoup plus développées que dans le cadre de la directive. Les cas d'application sont désormais plus ou moins clairement énoncés par le texte. Des précisions sont en outre apportées sur le caractère illicite du traitement.

Compte tenu de ces éléments, une transcription simpliste des enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre du RGPD paraît devoir être exclue. Sans dénier l'importance de cet arrêt, il doit désormais être lu parallèlement au nouveau champ de protection des données à caractère personnel édifié par le RGPD. Un parallèle demeure intéressant à faire, mais nécessite de prendre les précautions d'usage lorsque l'on passe d'un texte à un autre, sans que la jurisprudence n'ait encore pu adapter son raisonnement³⁷⁶⁸.

³⁷⁶⁷ Nous soulignons. Voy. aussi l'article 6, §§ 2 et 3, al. 2, du RGPD.

³⁷⁶⁸ Il n'existe en effet encore aucune décision européenne prise sur le fondement du RGPD. Seuls des conclusions remises dans des affaires introduites sous l'empire de la directive 95/46/CE s'attèle à faire, dans la mesure du possible, référence au RGPD.

720. - L'affaire *Google Spain* : une application du droit d'opposition ou du droit à l'effacement en cas de traitement illicite ? L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 mai 2014 s'appuie tant sur le droit d'opposition que sur le droit à l'effacement. L'arrêt indique à cet égard que « [s]i la conformité du traitement aux articles 6 et 7, sous f), de la directive 95/46 peut être vérifié dans le cadre d'une demande au sens de l'article 12, sous b), de cette directive, la personne concernée peut, en plus, se prévaloir sous certaines conditions du droit d'opposition prévu à l'article 14, premier alinéa, sous a), de celle-ci » (§ 75). Il est étonnant de constater que la Cour estime que le droit d'opposition puisse s'ajouter (voy. l'utilisation des termes « en plus ») au droit à l'effacement. Sans doute la formulation est-elle générale afin d'englober tant l'effacement que le verrouillage ou la rectification. Cela étant, en ce qui concerne le droit à l'effacement, ce dernier vient davantage en renfort du droit à l'opposition, et non le contraire. Pratiquement, dans le cadre du RGPD, le droit d'opposition et le droit à l'effacement sont dorénavant liés puisque l'activation du premier permet d'obtenir le second³⁷⁶⁹.

Pour certains auteurs, l'affaire *Google Spain* est avant tout une application particulière du droit d'opposition³⁷⁷⁰. Ils estiment qu'est visé un traitement secondaire de données, effectué par le moteur de recherche, sans que le traitement primaire et son responsable ne soient inquiétés³⁷⁷¹. Autrement dit, le fait de porter une demande auprès d'un moteur de recherche se concrétise par une opposition au traitement effectué par ce responsable de traitement, sans qu'il n'y ait un réel effacement. Les données sont en effet toujours présentes, stockées sur un site internet dont le responsable n'est pas tenu à leur effacement.

L'arrêt de la Cour de justice du 13 mai 2014 semble toutefois ne pas donner raison à ce postulat. En effet, le déréférencement tel que consacré s'appuie tant sur le droit à l'effacement que sur le droit d'opposition. Les deux prérogatives sont analysées sans réelle distinction³⁷⁷². La Cour aurait sans doute pu s'attacher à distinguer davantage ces deux prérogatives afin que l'on puisse *in fine* comprendre plus clairement le droit au déréférencement et son (ou ses) fondement(s). Cela étant, compte tenu de la prise en compte de ces deux dispositions et compte

³⁷⁶⁹ Article 17, § 1^{er}, c). Voy. les développements proposés *supra*.

³⁷⁷⁰ C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, pp. 231 et 232.

³⁷⁷¹ C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, p. 232

³⁷⁷² Ce qui ne facilite pas vraiment la transposition du raisonnement effectué dans le cadre du RGPD.

tenu de l'effet concret du déréférencement, il est difficile de nier l'existence d'un effacement de données. Thomas Tombal affirme justement que « ce droit au déréférencement conduit néanmoins à l'effacement de certaines données. De fait, si ce droit au déréférencement n'a pas pour effet d'effacer les données "originaires" (les articles de *La Vanguardia*), il implique toutefois l'effacement des données "secondaires" (les résultats du moteur de recherche Google renvoyant vers ces données "originaires"). Le responsable de traitement auprès de qui la demande de déréférencement est introduite par la personne concernée devra donc bien effacer certaines données de sa base de données, à savoir les résultats associés à une recherche menée sur la base du nom de cette personne »³⁷⁷³.

721. - Vers une obligation d'effacement des données ? Dans le cadre des questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne, l'une d'elles concerne précisément l'existence d'une obligation de suppression de données litigieuses. L'article 12, b), de la directive qui consacrait le droit d'obtenir la rectification, l'effacement ou le verrouillage, est susceptible de s'appliquer dès lors que les conditions relatives à la qualité des données (article 6 de la directive) et les principes propres à la légitimation du traitement (article 7 de la directive) ne sont pas respectés. Il importe de souligner qu'en l'espèce – mais une généralisation doit être envisagée pour l'ensemble des moteurs de recherche –, le traitement effectué par l'exploitant du moteur de recherche relève de l'article 7, f), de la directive, ce dernier énonçant que le traitement est légitime s'« il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée [...] ».

Une mise en œuvre de ce raisonnement dans le cadre du RGPD implique premièrement de préciser que le contenu de l'article 12, b), de la directive se trouve désormais inscrit à l'article 17, § 1^{er}, d), du règlement en ce qui concerne l'effacement, à l'article 18 en ce qui concerne la limitation (c'est-à-dire le verrouillage), et à l'article 21 pour ce qui concerne le droit d'opposition. Pour ces deux derniers droits, des développements sont proposés respectivement *infra*, et *supra*. En ce qui concerne l'effacement, la Cour de justice confirme l'interprétation large qu'il y a lieu de donner au terme « licite » repris dans le règlement. Il renvoie concrètement aux dispositifs de l'article 5 du règlement sur les « [p]rincipes relatifs au

³⁷⁷³ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 454.

traitement des données à caractère personnel », à l'article 6 qui reprend les motifs de licéité, ainsi qu'aux articles 7 et 8 qui conditionnent le consentement donné par la personne concernée³⁷⁷⁴.

Poursuivant son raisonnement, la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne affirme que le traitement illicite « peut résulter non seulement du fait que ces données sont inexactes, mais, en particulier, aussi du fait qu'elles sont inadéquates, non pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement, qu'elles ne sont pas mises à jour ou qu'elles sont conservées pendant une durée excédant celle nécessaire, à moins que leur conservation s'impose à des fins historiques, statistiques ou scientifiques » (§ 92). Il faut en outre déduire des exigences relatives à la qualité des données « que même un traitement initialement licite de données exactes peut devenir, avec le temps, incompatible avec cette directive lorsque les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées » (§ 93). Les juges européens ajoutent que « [t]el est notamment le cas lorsqu'elles apparaissent inadéquates, qu'elles ne sont pas ou plus pertinentes ou sont excessives au regard de ces finalités et du temps qui s'est écoulé » (§ 93).

L'interprétation large faite par la Cour de justice s'explique par le caractère relativement lacunaire de la consécration du droit à l'effacement par la directive 95/46/CE. Le RGPD est bien plus précis. Plusieurs motifs sont désormais clairement repris dans le texte. L'article 17, § 1^{er}, a), légitime l'effacement lorsque les données « ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées », faisant directement référence aux principes de minimisation des données et de limitation de la conservation (voy. *supra*). L'article 17, § 1^{er}, b), vise l'effacement en cas de retrait du consentement. Suivant l'interprétation donnée par la Cour de justice, ces deux circonstances d'effacement entraînent dans la notion de non-conformité du traitement (selon l'article 12 de la directive). Dans le cadre du RGPD, dès lors qu'elles ont leur propre consécration, elles n'entrent pas dans le motif d'effacement fondé sur l'illicéité du traitement (visé par l'article 17, § 1^{er}, d)). Faut-il pour autant interpréter restrictivement l'article 17, § 1^{er}, d) ? La réponse doit être négative. Comme déjà indiqué, l'illicéité du traitement embrasse potentiellement toutes les dispositions visant à garantir la qualité des données et la licéité de leur traitement.

³⁷⁷⁴ Ces articles n'ont, en tant que tel, pas de pendant dans le texte de la directive, si ce n'est à l'article 7, a), qui évoque un consentement « indubitablement donné ».

3. Le droit à l'oubli en cas de traitement illicite

722. - Introduction. Si l'on quitte le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne proposé dans l'arrêt *Google Spain* pour se concentrer sur les dispositions du RGPD, l'oubli d'informations est organisé par ce dernier texte lorsque le traitement est considéré comme étant illicite.

723. - L'effacement face à la qualité des données ou à l'illicéité du traitement. Lorsque l'effacement est requis sur le fondement de l'article 17, § 1^{er}, d), d'autres dispositions du RGPD, à savoir les articles 5 à 8, entrent en jeu. Concrètement, l'effacement est tiré soit de la violation des principes relatifs à la qualité des données, soit de l'absence d'un motif de licéité du traitement. Dans certains cas, la reconnaissance d'une application du droit à l'effacement découle d'une mise en balance des intérêts en présence. L'on quitte alors une application systématique des dispositions du règlement pour tomber dans une mise en œuvre propre à chaque cas d'espèce. L'on retrouve alors toute la spécificité du mode opératoire visant à la résolution d'un conflit entre des droits fondamentaux.

724. - L'effacement en cas de traitement illicite : l'illicéité tirée d'une violation des principes relatifs à la qualité des données. L'oubli est envisageable parce qu'il existe une faille dans le traitement des données, ces dernières ne répondant pas aux diverses exigences du règlement.

Dans son arrêt *Google Spain*, la Cour de justice a considéré que l'examen de l'inadéquation, de l'absence de pertinence ou de l'excessivité, s'opère « eu égard à l'ensemble des circonstances caractérisant le cas d'espèce » (§ 94). Les juges européens paraissent exiger la réalisation d'une balance des intérêts. Dans le cadre précis du litige dont la résolution est liée aux questions préjudicielles posées par la Cour de justice, les juges ont ajouté qu'« il convient notamment d'examiner si la personne concernée a un droit à ce que l'information relative à sa personne ne soit plus, au stade actuel, liée à son nom par une liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de son nom. À cet égard, il convient de souligner que la constatation d'un tel droit ne présuppose pas que l'inclusion de l'information en question dans la liste de résultats cause un préjudice à la personne concernée » (§ 96). Autrement dit, le droit

à voir des données supprimées ou oubliées est indépendant de l'existence d'un préjudice particulier.

725. - L'effacement en cas de traitement illicite : l'illicéité tirée d'un défaut de motifs rendant le traitement licite. Le traitement est illicite lorsqu'il n'a pas – ou plus – de fondement le rendant licite. Si la personne concernée constate qu'aucun des motifs de l'article 6, § 1^{er}, ne permet de justifier le traitement, ou que la condition avancée par le responsable de traitement n'est en réalité pas correcte, le traitement de données est alors illicite.

En ce qui concerne les cinq premières conditions mentionnées à l'article 6, § 1^{er}, le simple constat suffit et permet de justifier l'effacement sur le fondement de l'article 17, § 1^{er}, d), du RGPD. Premièrement, la personne concernée dément avoir consenti au traitement ou ledit consentement ne respecte pas les conditions imposées par le RGPD à cette autorisation (voy. les articles 4, 11) ; 7 et 8³⁷⁷⁵). Il y a lieu de rappeler qu'en vertu du principe d'*accountability* (voy. *supra*), le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer l'existence d'un consentement valable. Outre l'article 17, § 1^{er}, d), le motif d'effacement de l'article 17, § 1^{er}, b), pourrait être, dans ce cas, d'application (voy. *supra*). Deuxièmement, le traitement ne s'avère nullement « nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la partie concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), du RGPD). Troisièmement, la personne concernée constate qu'il n'existe aucune obligation légale obligeant le responsable du traitement à exécuter des opérations sur des données personnelles (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), du RGPD). Quatrièmement, les intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique ne sont pas en jeu (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, d), du RGPD³⁷⁷⁶). Enfin, le responsable de traitement n'est investi d'aucune autorité publique et/ou n'a aucune mission d'intérêt public à exécuter.

En revanche, le dernier motif de licéité implique nécessairement la mise en œuvre d'une balance des intérêts (voy. *infra*) pour que l'on puisse constater son absence et ensuite, par conséquent, exiger l'effacement des données. L'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), permet qu'un traitement soit effectué lorsqu'il « est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par

³⁷⁷⁵ Pour des analyses de ces dispositions, voy. *supra*.

³⁷⁷⁶ Il s'agit là d'un motif subsidiaire par rapport aux autres fondements de l'article 6 (voy. le considérant n° 46 du RGPD).

le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ». Il s'agit d'une clause générale, abstraite, vague, impliquant que des clarifications que la future jurisprudence devrait apporter³⁷⁷⁷. Dans le cadre du droit à l'oubli invoqué devant les autorités, qu'elles soient judiciaires ou non, c'est souvent ce motif de traitement qui sera invoqué par le responsable du traitement. La mise en balance doit permettre, lorsque les intérêts de la personne concernée sont dominants, l'effacement des données.

L'obligation de passer par une mise en balance est confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son arrêt *Google Spain*, elle souligne que lorsque le fondement d'un traitement – contesté par la personne concernée – est l'actuel article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD, son application « nécessite ainsi une pondération des droits et des intérêts opposés en cause dans le cadre de laquelle il doit être tenu compte de l'importance des droits de la personne concernée » (§ 74).

726. - Focus sur la notion d'intérêt légitime inscrite à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f)³⁷⁷⁸. Il importe de relever que la mise en balance, évoquée à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), prend en compte d'une part, les intérêts du responsable du traitement ou d'un tiers, et d'autre part, les intérêts de la personne concernée. Le tiers est défini par le RGPD comme étant « une personne physique ou morale, une autorité publique, un service ou un organisme autre que la personne concernée, le responsable du traitement, le sous-traitant et les personnes qui, placées sous l'autorité directe du responsable du traitement ou du sous-traitant, sont autorisées à traiter les données à caractère personnel » (article 4, 10), du RGPD). Les intérêts à prendre en compte, face à ceux de la personne concernée, sont donc extrêmement vastes. La balance des intérêts paraît, dans ce sens, quelque peu tronquée d'avance. Autrement dit, les intérêts de la personne concernée pourrait paraître bien maigre face à ceux du responsable du traitement ou d'un tiers. En permettant que les intérêts d'un tiers puissent être pris en compte, le RGPD se conforme à

³⁷⁷⁷ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 103.

³⁷⁷⁸ Pour une analyse complète de la notion d'intérêt légitime, voy. Groupe de travail « Article 29 », Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, adopté le 9 avril 2014, WP 207, 68 p.

une réalité économique³⁷⁷⁹ : les entreprises « are often interested in processing personal data on behalf of others, such as their customers or clients »³⁷⁸⁰.

La notion d'intérêt légitime n'est pas définie par le règlement. Dans le cadre de sa thèse, Thierry Léonard propose la définition suivante : « [l]'intérêt légitime est tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que le droit objectif le considère comme légitime en ce que sa satisfaction ou son avantage ne sont pas poursuivis en contradiction avec une règle du droit objectif et qu'il est, par conséquent, apte à bénéficier de l'application éventuelle d'une règle de droit permettant d'en sanctionner la violation illicite »³⁷⁸¹.

En ce qui concerne les intérêts du responsable du traitement ou du tiers, Paul Voigt et Axel von dem Bussche soulignent qu'« [i]t may be any interest that is in accordance with the law and is, thus, interpreted in a very broad manner »³⁷⁸². Peuvent ainsi être pris en considération, des intérêts de différents types : « a legal, economical, idealistic or other nature »³⁷⁸³. Selon le considérant n° 47, « [u]n tel intérêt légitime pourrait, par exemple, exister lorsqu'il existe une relation pertinente et appropriée entre la personne concernée et le responsable du traitement dans des situations telles que celles où la personne concernée est un client du responsable du traitement ou est à son service ». Il ajoute que « [l]e traitement de données à caractère personnel strictement nécessaire à des fins de prévention de la fraude constitue également un intérêt légitime du responsable du traitement concerné. Le traitement de données à caractère personnel à des fins de prospection peut être considéré comme étant réalisé pour répondre à un intérêt légitime ». Le considérant n° 49 ajoute un dernier exemple : sont légitimes les intérêts liés à la sécurité du réseau et des informations³⁷⁸⁴. La charge de la

³⁷⁷⁹ Une fois encore, la disposition témoigne des différents intérêts pris en compte par le législateur européen dans la rédaction du texte. L'on pourrait cependant considérer qu'il s'agit là d'une prise en compte trop importante des intérêts économiques de la protection des données, face aux intérêts relatifs à la protection de la vie privée. L'on retrouve pleinement les deux branches de la balance des intérêts devant être faite en application de l'article 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, f), du RGPD.

³⁷⁸⁰ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 105.

³⁷⁸¹ T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 222.

³⁷⁸² P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 103.

³⁷⁸³ *Ibidem*.

³⁷⁸⁴ Le considérant n° 49 indique que « [l]e traitement de données à caractère personnel dans la mesure strictement nécessaire et proportionnée aux fins de garantir la sécurité du réseau et des informations, c'est-à-dire la capacité d'un réseau ou d'un système d'information de résister, à un niveau de confiance donné, à des événements accidentels ou à des actions illégales ou malveillantes qui compromettent la disponibilité, l'authenticité, l'intégrité

preuve de ces intérêts appartient au responsable du traitement qui doit en démontrer leur existence – que ces intérêts soient les siens ou ceux d’un tiers – et prouver qu’ils sont légitimes compte tenu du traitement des données qu’il effectue³⁷⁸⁵.

Quant aux personnes concernées, le considérant n° 47 précise que, pour évaluer leurs intérêts ou libertés et droits fondamentaux, il faut prendre en compte leurs « attentes raisonnables [...] fondées sur leur relation avec le responsable du traitement ». Il ajoute qu’« [e]n tout état de cause, l’existence d’un intérêt légitime devrait faire l’objet d’une évaluation attentive, notamment afin de déterminer si une personne concernée peut raisonnablement s’attendre, au moment et dans le cadre de la collecte des données à caractère personnel, à ce que celles-ci fassent l’objet d’un traitement à une fin donnée. Les intérêts et droits fondamentaux de la personne concernée pourraient, en particulier, prévaloir sur l’intérêt du responsable du traitement lorsque des données à caractère personnel sont traitées dans des circonstances où les personnes concernées ne s’attendent raisonnablement pas à un traitement ultérieur ». Le considérant renvoie aux dispositions consacrant le principe de la limitation de la conservation (article 5, § 1^{er}, e), du RGPD) ainsi que celles relatives à la possibilité de traitement ultérieur des données. Concrètement, l’intérêt relatif à la protection du droit à la vie privée doit être pris en compte par le responsable du traitement. En outre, les mêmes intérêts que ceux pouvant être avancés par le responsable du traitement peuvent entrer dans la pondération : un intérêt « idealistic, economic, social, professional, private or other nature »³⁷⁸⁶. Enfin, ces intérêts ou libertés et droits fondamentaux sont évaluées compte tenu des « attentes raisonnables [...] », celles-ci étant fondées dans le cadre de la relation existante entre la personne concernée et le responsable du traitement³⁷⁸⁷. Deux remarques peuvent être faites. Premièrement, la personne

et la confidentialité de données à caractère personnel conservées ou transmises, ainsi que la sécurité des services connexes offerts ou rendus accessibles via ces réseaux et systèmes, par des autorités publiques, des équipes d’intervention en cas d’urgence informatique (CERT), des équipes d’intervention en cas d’incidents de sécurité informatique (CSIRT), des fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques et des fournisseurs de technologies et services de sécurité, constitue un intérêt légitime du responsable du traitement concerné. Il pourrait s’agir, par exemple, d’empêcher l’accès non autorisé à des réseaux de communications électroniques et la distribution de codes malveillants, et de faire cesser des attaques par “déni de service” et des dommages touchant les systèmes de communications informatiques et électroniques ».

³⁷⁸⁵ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 103.

³⁷⁸⁶ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 105. Les auteurs rappellent que la nature des données traitées peut entrer dans cet examen des intérêts, renvoyant aux régimes particuliers pour les données sensibles, médicales ou judiciaires (sur ces catégories particulières de données, voy. *supra*).

³⁷⁸⁷ Sur le concept d’attentes raisonnables, voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 85, n° 8. Les auteurs font notamment référence à l’origine américaine de ce principe.

concernée doit se fonder sur des attentes raisonnables : elles ne peuvent être disproportionnées au regard des intérêts du responsable du traitement ou du tiers. Bien que cette précision soit inscrite dans un considérant – et non directement dans le texte contraignant –, elle sera prise en compte. Or, à défaut d’une telle précision en ce qui concerne les intérêts du responsable ou du tiers, l’on pourrait concevoir que la personne concernée devrait davantage faire de concession sur ses intérêts ou droits et libertés fondamentaux. Deuxièmement, ces attentes sont déterminées compte tenu de la relation avec le responsable du traitement. De la nature de leur relation dépend *in fine* les intérêts ou droits qui pourront être revendiqués par la personne concernée. A nouveau, cette précision n’est faite que pour l’une des parties, la personne concernée.

E. Deux autres cas d’effacement

727. - L’oubli visé par l’article 17, § 1^{er}, e) et f). L’article 17, § 1^{er}, propose encore deux autres motifs justifiant l’effacement des données. D’une part, l’effacement est possible lorsqu’une obligation légale prévue par le droit de l’Union ou le droit d’un Etat membre le prescrit (article 17, § 1^{er}, e)). D’autre part, il y a effacement lorsque les données sont collectées dans le cadre de l’offre de services de la société de l’information (article 17, § 1^{er}, f)).

La première hypothèse vise une consécration législative explicite de l’effacement. Une telle hypothèse met en œuvre un droit à l’oubli d’informations, qu’elles soient journalistiques ou non, imposé par un acte législatif européen ou national. Il correspondrait à une consécration claire de ce droit, ce qui à l’heure actuelle fait toujours défaut³⁷⁸⁸.

La seconde hypothèse fait un renvoi à l’article 8, § 1^{er}, dont il a été question ci-avant (voy. *supra*). L’effacement est opérant, sans qu’aucune justification ne doive être avancée par la personne concernée, dès lors que des données sont traitées dans le cadre de l’offre directe de services de la société de l’information³⁷⁸⁹ faite au enfants. L’enfant est défini par l’article 8, § 1^{er}, comme un individu ayant moins de 16 ans, cette limite d’âge pouvant être abaissée à 13 ans comme c’est d’ailleurs le cas en Belgique (voy. *supra*). Quant au service visé, il s’agit de « tout

³⁷⁸⁸ Voy. notamment les références faites à l’oubli dans le droit actuellement en vigueur (*supra*).

³⁷⁸⁹ Voy., pour rappel (*supra*), la définition proposée à l’article 4, 25), du RGPD, celui-ci effectuant un renvoi vers la directive 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d’information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l’information, *J.O.U.E.*, L 241 du 17 septembre 2015, p. 1.

service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »³⁷⁹⁰. Cet effacement organisé à l'article 17, § 1^{er}, f), témoigne, une fois encore, de la volonté du législateur européen de protéger les mineurs et d'accepter que ceux-ci, par manque de jugement, puissent accepter que des données les concernant soient traitées, et par la suite le regretter. L'effacement prévu concrétise ces regrets. Le considérant n° 65 relatif notamment au droit à l'effacement soutient à cet égard que « [c]e droit est pertinent, en particulier, lorsque la personne concernée a donné son consentement à l'époque où elle était enfant et n'était pas pleinement consciente des risques inhérents au traitement, et qu'elle souhaite par la suite supprimer ces données à caractère personnel, en particulier sur l'internet. La personne concernée devrait pouvoir exercer ce droit nonobstant le fait qu'elle n'est plus un enfant »³⁷⁹¹.

Cette seconde hypothèse s'inscrit dans le même cadre que le motif d'effacement fondé sur le retrait du consentement et visé à l'article 17, § 1^{er}, b), du RGPD. Elle consacre le droit à l'oubli d'informations. Pourtant, ce droit à l'oubli a été refusé par le législateur belge. La loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des données mentionne, dans la liste des dispositions réglementaires reprise à l'article 24, que lorsque le traitement est effectué à des fins de journalisme, l'article 8 du règlement n'est pas d'application. Dit autrement, l'effacement de données non journalistiques peut être envisagé sur le fondement de l'article 17, § 1^{er}, f), celui-ci renvoyant à l'article 8, § 1^{er}. Tel n'est en revanche pas le cas pour des informations qui auraient été traitées à des fins journalistiques et pour lesquelles l'on souhaiterait obtenir l'anonymisation. L'article 24 de la loi belge s'y oppose.

§ 4. Le droit à l'effacement, renforcé et déforcé

A. Le droit à l'oubli renforcé

728. - Les données rendues publiques. L'article 17, § 2, du RGPD complète et renforce le droit à l'effacement tel que consacré au paragraphe 1^{er} de la même disposition³⁷⁹². Lorsque des

³⁷⁹⁰ Article 1^{er}, § 1^{er}, b), de la directive 2015/1535 précitée.

³⁷⁹¹ Voy. aussi le considérant n° 38.

³⁷⁹² Voy. le considérant n° 66 du RGPD : « [a]fin de renforcer le «droit à l'oubli» numérique, le droit à l'effacement devrait également être étendu de façon à ce que le responsable du traitement qui a rendu les données à caractère personnel publiques soit tenu d'informer les responsables du traitement qui traitent ces données à caractère

données ont été rendues publiques par le responsable du traitement, celui-ci doit « compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre, prendre des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer » l'ensemble des autres responsables de traitement traitant ces mêmes données que la personne concernée a requis leur effacement³⁷⁹³. Tous les liens vers ces données doivent être supprimés et effacés. Il en est de même pour toutes les copies et reproductions faites de ces données.

Le responsable du traitement doit faire suivre les demandes auprès de l'ensemble des autres responsables³⁷⁹⁴ ayant traité les mêmes données sur lesquelles portent la demande d'effacement fondée sur l'un des motifs de l'article 17, § 1^{er}, du règlement³⁷⁹⁵. Il ne s'agit pas d'une innovation de la part du règlement puisqu'une disposition similaire existait dans la directive 95/46/CE, à l'article 12, c)³⁷⁹⁶. Cette obligation pour le responsable n'est pas une obligation de résultat, mais bien une obligation de moyens. En effet, il doit mettre en œuvre des « mesures raisonnables », compte tenu « des technologies et des coûts de mis en œuvre »³⁷⁹⁷. Il s'agit là de deux éléments permettant au responsable de faire une analyse « coût-bénéfice » avant d'exécuter cette obligation. Autrement dit, il doit la mettre en œuvre dans la mesure du possible, l'étendue de cette mise en œuvre étant conditionnée par ces facteurs pratiques et techniques. Outre ces obstacles, le responsable du traitement fait généralement face à une autre difficulté : identifier l'ensemble des autres responsables de traitement qui a effectué des

personnel qu'il convient d'effacer tout lien vers ces données, ou toute copie ou reproduction de celles-ci. Ce faisant, ce responsable du traitement devrait prendre des mesures raisonnables, compte tenu des technologies disponibles et des moyens dont il dispose, y compris des mesures techniques afin d'informer les responsables du traitement qui traitent les données à caractère personnel de la demande formulée par la personne concernée ».

³⁷⁹³ Pour Paul Voigt et Axel von dem Bussche, l'article 17, § 2, constitue la concrétisation dans et par le RGPD du « right to be forgotten » (P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 161 et 163). Ainsi, ils écrivent ceci : « [a]rticle 17 Sec. 2 GDPR provides for the right to be forgotten, which is a legal consequence of the right to erasure under Art. 17 Sec. 1 GDPR [...]. When a data subjects requests erasure of its personal data [...], its request must, at least, implicitly reveal that it wishes a comprehensive erasure of the personal data in question as this implies that any controller processing the personal data should be addressed by its request » (pp. 161 et 162).

³⁷⁹⁴ Des auteurs précisent encore que « [a]lthough the Regulation does not say it explicitly, this obligation would also weigh transitively on every subsequent controller (otherwise it could be easily eluded) » (C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », op. cit., p. 231).

³⁷⁹⁵ Cécile de Terwangne parle d'un véritable droit de suite. Voy. C. DE TERWANGNE, « L'étendue dans le temps du droit d'accès aux informations sur les destinataires de données à caractère personnel », note sous C.J.U.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. m.e.e. Rijkeboer*, R.T.D.I., 2011/43, p. 78.

³⁷⁹⁶ Sur la portée et une brève comparaison des deux dispositions, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 467, n° 82 ; C. DE TERWANGNE, « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », op. cit., p. 270.

³⁷⁹⁷ Sur cette mise en œuvre, voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 121, n° 7.

traitements sur les données dont la personne concernée souhaite leur effacement. Certes, des solutions techniques pourraient être mises en œuvre³⁷⁹⁸. Cela étant, elles ne sont évidemment pas infaillibles³⁷⁹⁹.

729. - L'obligation de notification. L'article 17, § 2, est à mettre en perspective avec l'article 19 qui oblige le responsable de traitement à notifier à chaque destinataire auquel les données ont été communiquées l'effacement. L'article 19 effectue en ce sens un renvoi à l'article 17, § 1^{er}, sans s'y limiter : une telle notification doit aussi avoir lieu lorsqu'une demande de rectification ou de limitation est adressée au responsable du traitement. Cette notification est obligatoire « à moins qu'une telle communication se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés ».

L'article 19 peut paraître redondant à l'article 17, § 2. Trois éléments permettent de constater que ce n'est pas le cas³⁸⁰⁰.

Premièrement, alors que l'article 17, § 2, organise un dialogue entre les responsables du traitement, l'article 19 met en œuvre un dialogue entre le responsable du traitement et tout « destinataire auquel les données à caractère personnel ont été communiquées ». Le règlement définit le destinataire comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un tiers »³⁸⁰¹. Les personnes susceptibles de recevoir une notification sur le fondement de l'article 19 sont donc plus nombreuses que celles susceptibles d'être informées dans le cadre de l'application de l'article 17, § 2.

Deuxièmement, le responsable du traitement peut plus facilement se départir de l'obligation que lui impose l'article 19. En effet, s'il démontre que la notification est

³⁷⁹⁸ Il n'y a pas lieu d'entrer dans une analyse précise de ces techniques. Voy. à ce propos, C. BARTOLINI, L. SIRY, « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *op. cit.*, p. 231.

³⁷⁹⁹ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 467 et 468, n° 83.

³⁸⁰⁰ Ces trois points sont relevés par T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 479 et 470, n° 85. Voy. aussi P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 168 (pour ces auteurs, l'article 17, § 2, du RGPD est une forme particulière de l'obligation de notification contenue à l'article 19).

³⁸⁰¹ Article 4, 9), du RGPD. La définition se poursuit de la sorte : « [t]outefois, les autorités publiques qui sont susceptibles de recevoir communication de données à caractère personnel dans le cadre d'une mission d'enquête particulière conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ne sont pas considérées comme des destinataires; le traitement de ces données par les autorités publiques en question est conforme aux règles applicables en matière de protection des données en fonction des finalités du traitement ».

« impossible ou exige des efforts disproportionnés », il s'en libère. En revanche, dans le cadre de l'article 17, § 2, l'obligation doit être exécutée par la prise de mesures raisonnables « compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre ». En ajoutant ces précisions complémentaires, la disposition ne semble pas prévoir une libération totale de l'obligation : il y a lieu, à tout le moins, de la mettre en œuvre, même si cette exécution est extrêmement limitée.

Enfin, l'article 19, *in fine*, ajoute une précision complémentaire : « [l]e responsable du traitement fournit à la personne concernée des informations sur ces destinataires si celle-ci en fait la demande ». Une telle obligation ne figure pas à l'article 17, § 2, à propos des autres responsables de traitement. Cela étant, l'article 13 évoqué ci-avant (voy. *supra*) permet au moins en partie de combler cette absence, dès lors qu'il oblige le responsable à fournir à la personne concernée « les destinataires ou les catégories de destinataires des données à caractère personnel, s'ils existent ». (article 13, § 1^{er}, e)). L'on peut toutefois craindre que le responsable, dès lors qu'il a le choix, se restreigne à ne fournir que la liste des catégories de destinataires et non pas précisément l'ensemble de ceux-ci.

B. Le droit à l'oubli déforcé

730. - Un droit à l'effacement non absolu. Le droit à l'effacement consacré à l'article 17, § 1^{er}, n'est pas une prérogative absolue³⁸⁰². Cinq restrictions sont mentionnées à l'article 17, § 3. Si le traitement est nécessaire à l'un des objectifs repris sous la disposition, « [l]es paragraphes 1 et 2 [de l'article 17] ne s'appliquent pas ».

1. L'oubli limité par le droit à la liberté d'expression et d'information

731. - L'article 17, § 3, a), du RGPD. L'article 17, § 3, a), paraît constituer un obstacle pour la mise en œuvre du droit à l'oubli, que celui-ci porte sur des informations journalistiques ou non. Le RGPD est en effet clair : lorsque le traitement est nécessaire à la liberté d'expression et d'information, aucun effacement ne peut être exigé. La disposition fait écho à l'article 85 qui permet aux Etats membres de concilier la protection des données à la liberté d'expression et

³⁸⁰² C.J.U.E., 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, § 57.

d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques (voy. *infra*). L'article 17, § 3, a), n'est cependant pas redondant à l'article 85, au moins pour deux raisons. Premièrement, le champ d'application *ratione materiae* n'est pas totalement identique. Les dérogations envisagées à l'article 85, § 2, sont justifiées à des fins journalistiques, afin que la protection des données soit correctement conciliée avec la liberté d'expression. L'article 17, § 3, a), permet en revanche d'exclure l'effacement pour défendre la liberté d'expression. Le champ de l'article 17 est donc plus vaste que celui de l'article 85, § 2³⁸⁰³. Deuxièmement, cette disposition requiert que les Etats membres prennent des dispositions pour assurer cette conciliation. Par cette mesure, le règlement abandonne tout effort d'uniformisation sur une question pourtant cruciale. L'article 17, § 3, a), contredit cependant ce constat : il y a là une trace d'une volonté européenne de favoriser – ou au moins concilier – la liberté d'expression face à la protection des données lorsqu'il est question d'un effacement *ex tunc*.

Il n'y a pas d'effacement – avec les effets rétroactifs qu'on lui reconnaît – lorsque le traitement est nécessaire à l'exercice de ces libertés. La restriction est rédigée de la même façon que le sont les différents motifs de licéité des traitements repris à l'article 6, § 1^{er}, du RGPD, sans que ce dernier n'évoque ces libertés. Le seul motif dans lequel l'exercice de ces droits s'inscrit est la nécessité « aux fins légitimes poursuivis par le responsable de traitement » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD). L'absence de concordance entre l'article 6, § 1^{er} et l'article 17, § 3, a), est-elle problématique ? La réponse doit être négative. En effet, l'article 17, § 3, ne vise pas des motifs de licéité permettant de valider un traitement. Dès lors, rien n'empêche qu'un traitement soit considéré comme licite sur un des autres motifs de l'article 6, § 1^{er}, et qu'*in fine*, l'effacement soit exclu parce que le même traitement est nécessaire à l'exercice des libertés d'expression et d'information. On pourrait néanmoins considérer, à l'instar de ce qui a été développé précédemment en ce qui concerne le principe de finalité (voy. *supra*), que le responsable du traitement a l'obligation d'être transparent, et que la finalité tenant aux libertés précitées doit être annoncée dès le départ. Il en va d'un comportement loyal de la part du responsable envers la personne concernée, celui-ci transparaissant dans de nombreuses dispositions du RGPD.

³⁸⁰³ En ce sens, P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 159 (« this exception might become highly relevant in practice as this right cannot only be invoked by the press but also by any entities »).

a) Les interprétations de l'article 17, § 3, a), du RGPD

732. - Faut-il interpréter strictement l'article 17, § 3, a), du RGPD ? Lorsque le traitement est justifié par le motif indiqué à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), ce dernier nécessite une mise en balance des intérêts en présence : d'une part, la protection des données à caractère personnel, et d'autre part les intérêts tirés de l'exercice à la liberté d'expression (voy. *infra*). La lecture littérale de l'article 17, § 3, a), ne semble pas s'inscrire dans la mise en œuvre d'une pondération des intérêts³⁸⁰⁴, la simple constatation qu'un traitement est nécessaire à l'exercice des libertés visées justifiant l'impossibilité de requérir l'effacement.

Cette interprétation stricte de la loi peut être justifiée au moins pour quatre raisons. Premièrement, l'article 17, § 3, insère des exceptions au droit à l'effacement. Or, un principe interprétatif veut que les exceptions s'interprètent strictement, en s'en tenant rigoureusement aux termes de la loi. Deuxièmement, cette disposition peut être comparée à d'autres qui organisent clairement une pondération des intérêts. Ainsi, l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), oblige le responsable du traitement à pondérer ses intérêts légitimes à ceux de la personne concernée (voy. *supra*). Les articles 18, § 1^{er}, d), et 21, § 1^{er}, reprennent la pondération dans le cadre d'une application du droit d'opposition (voy. *infra*), et de l'éventuel droit à la limitation du traitement qui en découle (voy. *infra*). L'article 49, § 1^{er}, alinéa 2, évoque une pondération dans le cadre particulier des transferts de données vers des pays tiers. En outre, certaines dispositions précisent encore que des intérêts doivent être mis en balance : l'article 85 (protection des données à caractère personnel et liberté d'expression), l'article 86 (protection des données à caractère personnel et accès du public aux documents officiels), et l'article 90 (protection des données à caractère personnel et l'obligation de secret). Troisièmement, l'interprétation stricte est, semble-t-il, celle faite par le législateur belge. En effet, dans l'avant-projet de loi relatif à la protection des données, aucune dérogation n'est prévue, en application de l'article 85 du RGPD, pour le droit à l'effacement lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. Cette absence est justifiée par le fait que le règlement organise lui-même, à l'article 17, § 3, a), une dérogation en faveur du droit à la liberté d'expression et d'information. Dès lors que le texte est directement applicable, « il n'est pas nécessaire que la loi recrée cette exemption »³⁸⁰⁵.

³⁸⁰⁴ En effet, alors que plusieurs dispositions dans le RGPD organise clairement une mise en balance des intérêts (article 21 (voy. *supra*), articles 85 (protection des données à caractère personnel et liberté d'expression), 86 (protection des données à caractère personnel et accès du public aux documents officiels), 90 (protection des données à caractère personnel et l'obligation de secret)), tel n'est pas le cas de l'article 17, § 3, a), du RGPD.

³⁸⁰⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, p. 55.

L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat abonde dans le même sens, considérant que l'article 17, § 3, a), ne laisse « aucun pouvoir d'appréciation aux Etats membres (à l'inverse des recommandations formulées à l'article 85, § 2, du RGPD »³⁸⁰⁶. Quant à la lecture de l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, il laisse entendre que le législateur adopte une interprétation stricte de l'article 17, § 3, a), alors qu'elle soutient qu'une telle dérogation devrait impliquer une mise en balance des intérêts. A ce propos, la Commission estime que la loi belge devrait d'une part, inscrire l'article 17 dans la liste des dispositions dérogeables en vertu de l'article 85 du RGPD, et d'autre part, consacrer explicitement la balance des intérêts dans la loi³⁸⁰⁷. Cette suggestion n'a pas été suivie par le législateur. Analysé *a contrario*, le raisonnement de la Commission confirme non seulement les difficultés d'interprétation de l'article 17, § 3, a), du RGPD, et d'autre part, l'interprétation stricte faite par le législateur de cette même disposition. Enfin, un quatrième et dernier argument plaide en faveur d'une interprétation stricte, même s'il est juridiquement plus difficilement défendable. Si l'on compare les différentes exceptions au droit à l'effacement, aucun ne requiert que soit mise en œuvre une balance des intérêts.

Interprétée de la sorte, cette disposition constitue un obstacle important dans la mise en œuvre d'un droit à l'effacement des données, et donc d'un droit à l'oubli, efficace. *A priori*, cela concerne le droit à l'oubli d'informations journalistiques. En effet, comme indiqué préalablement (voy. *supra*), la finalité journalistique s'inscrit pleinement dans l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information. Cela étant, l'article 17, § 3, a), peut aussi avoir une incidence sur le droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Si l'on pense aux données échangées sur les réseaux sociaux et qui ne peuvent être toutes qualifiées d'informations journalistiques, leur effacement pourrait parfaitement se heurter à la revendication d'un traitement nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression et d'information. Les deux droits à l'oubli évoqués sont donc mis en échec par cette disposition du règlement.

733. - Vers une interprétation plus souple, induisant une balance des intérêts. On le conçoit, l'interprétation stricte telle que proposée ci-avant est en faveur des responsables du traitement. Si l'on souhaite prendre davantage en compte les intérêts de la personne

³⁸⁰⁶ Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', p. 29, n° 4.3.

³⁸⁰⁷ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 55, § 188. L'ajout législatif proposé par la Commission est repris ci-avant (voy. *supra*).

concernée³⁸⁰⁸, et si l'on tient compte du fait que d'autres dispositions permettraient une mise en balance sans que cette étape du raisonnement ne soit clairement inscrite dans le texte du RGPD, l'article 17, § 3, a), pourrait toutefois être interprété plus soupagement, de façon moins littérale, en se fondant notamment sur l'esprit général du RGPD et du régime de la protection des données à caractère personnel³⁸⁰⁹. Le considérant n° 4 indique en effet que « [l]e traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; *il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux*, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, *la liberté d'expression et d'information*, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». En outre, comme indiqué préalablement, la Commission de la protection de la vie privée estime que l'article 17, § 3, a), nécessite que soit réalisée une balance des intérêts « entre les deux droits fondamentaux lorsque le droit à l'effacement est exercé, pour que la limitation au droit à l'effacement ne soit imposée que dans la stricte mesure nécessaire au droit à la liberté d'expression »³⁸¹⁰. L'on peut encore plaider pour la mise en œuvre d'une telle balance en considérant que les termes « dans la mesure où ce traitement est nécessaire » figurant à l'article 17, § 3, a), traduisent l'obligation de mettre en œuvre cet équilibre. Tant la notion de « mesure » que la notion de « nécessité », faisant appel à une dimension de proportionnalité. La nécessité constitue d'ailleurs l'une des étapes de l'examen de proportionnalité proposé par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸¹¹.

³⁸⁰⁸ L'on pourrait de la sorte considérer aussi qu'il s'agit d'une interprétation stricte – ou restrictive – en s'attachant non pas au prescrit du texte, mais davantage à la philosophie sous-jacente aux termes du texte.

³⁸⁰⁹ Sur ces problèmes d'interprétation, voy. L. FEILER, N. FORGÓ, M. WEIGL, *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, op. cit., p. 122, n° 9. Les auteurs écrivent sobrement que « [t]he provision is so general and vague that divergences in the interpretation of the right to be forgotten are to be expected ».

³⁸¹⁰ Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026), p. 55, § 188.

³⁸¹¹ Quand la Cour se demande si une mesure est « nécessaire dans une société démocratique », elle se pose en réalité trois questions, l'une d'elles portant sur la nécessité de la mesure. Ceci implique concrètement que l'on s'interroge sur l'existence d'autres mesures moins attentatoires pour le droit fondamental que l'on cherche à protéger.

Une telle balance des intérêts est défendue par Paul Voigt et Axel von dem Bussche dans une situation particulière : « [u]nder this exception, an erasure of opinions should be excluded. However, the distinction between personal data and *opinion* can be difficult where an opinion is based on personal data. In such a case, it needs to be balanced out whether the underlying personal data is still necessary for forming an opinion »³⁸¹². Certes, ces auteurs font référence à une pondération des intérêts, mais la limite à une situation bien précise, dans le cadre de l'émission d'une opinion portant sur une personne concernée, cette dernière souhaitant la voir effacée.

- b) Vers une interprétation souple impliquant la mise en œuvre d'une pondération des intérêts

734. - La balance des intérêts confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne.

La Cour de justice de l'Union européenne a rendu deux arrêts le 24 septembre 2019 dans lesquels elle suggère, pour l'un, voire confirme, pour l'autre, le fait que l'article 17, § 3, a), du RGPD implique une mise en balance des intérêts.

Elle le suggère dans son arrêt *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*³⁸¹³. La Cour indique que « le législateur de l'Union a, à l'article 17, paragraphe 3, sous a), du règlement 2016/679, effectué une mise en balance entre ce droit et cette liberté pour ce qui concerne l'Union » (§ 61). Elle précise en outre qu'une mise en balance entre, d'une part, le droit à la vie privée et le droit à la protection des données, et d'autre part, le droit à la liberté d'expression est susceptible de varier de manière importante à travers les Etats membres – ce constat étant renforcé par le renvoi effectué par l'article 85 du RGPD à l'intervention de ces Etats membres – (§ 67) et, plus largement, à travers le monde (§ 60).

Elle le confirme dans son arrêt *GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*. La Cour affirme clairement que l'article 17, § 3, a), « consacre ainsi explicitement l'exigence d'une mise en balance entre, d'une part, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel,

³⁸¹² P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 159 et 160. Et d'ajouter, en faisant référence à l'arrêt *Google Spain* : « [t]he older the personal data is, the more improbable is their necessity for forming an opinion ».

³⁸¹³ C.J.U.E., 24 septembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte et, d'autre part, le droit fondamental à la liberté d'information garanti par l'article 11 de la Charte »³⁸¹⁴. L'interprétation stricte de cette disposition se heurte donc à cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

735. - La balance des intérêts confirmée par le Comité européen de la protection des données. Le Comité européen de la protection des données a adopté, le 2 décembre 2019, des lignes directrices sur l'application du droit à l'oubli pour les moteurs de recherche³⁸¹⁵. Celles-ci sont ouvertes à consultation publique jusqu'au 5 février 2020. Elles précisent clairement que « the balance between protecting the rights of interested parties and freedom of expression, including free access to information, is an intrinsic part of Article 17 GDPR ». Elles se réfèrent ensuite aux enseignements de l'un des arrêts précités (C-136/17) de la Cour de justice de l'Union européenne. Elles concluent sur cette disposition en affirmant que « search engine providers may refuse to delist a content in the event where they can demonstrate that its inclusion in the list of results is strictly necessary for protecting the freedom of information of internet users »³⁸¹⁶.

2. L'oubli limité pour respecter une obligation légale

736. - L'article 17, § 3, b). Il n'y a pas d'effacement lorsque le traitement est justifié par une obligation légale « ou pour une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement »³⁸¹⁷. L'on peut relever que le respect d'une obligation légale constitue d'une part un motif d'effacement (article 17, § 1^{er}, e), du RGPD) et d'autre part une dérogation à ce même effacement. L'obligation légale est encore une condition de licéité du traitement (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), du RGPD). Quant à la

³⁸¹⁴ C.J.U.E., 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, § 59. Voy. aussi le § 57 : « [I]a circonstance que l'article 17, paragraphe 3, sous a), du règlement 2016/679 prévoit désormais expressément que le droit à l'effacement de la personne concernée est exclu lorsque le traitement est nécessaire à l'exercice du droit relatif, notamment, à la liberté d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, constitue une expression du fait que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu, mais doit, ainsi que le souligne le considérant 4 de ce règlement, être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité ».

³⁸¹⁵ Comité européen de la protection des données, guidelines adopted on 2 December 2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1).

³⁸¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

³⁸¹⁷ Sur ces notions, voy. l'article 6, § 3, du RGPD.

mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, il est à nouveau repris comme un motif de licéité (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, e), du RGPD).

737. - Le point de vue des lignes directrices 5/2019 du Comité européen de protection des données. Pour ce qui concerne les moteurs de recherche, les lignes directrices précitées indiquent que ce motif de dérogation à l'effacement est difficilement envisageable. Quand bien même il serait appliqué, il impliquerait une mise en balance des intérêts. Autrement dit, la seule existence d'une obligation légale ou d'une mission d'intérêt public n'exclut pas systématiquement et sans plus de réflexion l'oubli de données traitées par les moteurs de recherche³⁸¹⁸.

3. L'oubli limité par des motifs d'intérêt public

738. - L'article 17, § 3, c). L'exercice du droit à l'effacement est en outre refusé lorsque le traitement se justifie par « des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique »³⁸¹⁹. Cette interdiction d'effacement « fait sens, dès lors qu'il est légitime que ces motifs d'intérêt public prévalent sur les intérêts particuliers des personnes concernées »³⁸²⁰.

³⁸¹⁸ Comité européen de la protection des données, guidelines adopted on 2 December 2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1), p. 13.

³⁸¹⁹ L'article 17, § 3, c), fait référence à l'article 9, § 2, h) et i), ainsi qu'à l'article 9, § 3. Ces dispositions concernent les données dites sensibles. L'article 9, § 2, h), du règlement affirme que l'interdiction de traiter les données sensibles n'est pas d'application lorsque « le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé [...] ». L'article 9, § 2, i), autorise le traitement de données sensibles lorsque « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé, ou aux fins de garantir des normes élevées de qualité et de sécurité des soins de santé et des médicaments ou des dispositifs médicaux, sur la base du droit de l'Union ou du droit de l'État membre qui prévoit des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée, notamment le secret professionnel ». Quant à l'article 9, § 3, il affirme que les données sensibles « peuvent faire l'objet d'un traitement aux fins prévues au paragraphe 2, point h), si ces données sont traitées par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel conformément au droit de l'Union, au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents, ou sous sa responsabilité, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents ».

³⁸²⁰ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 473, n° 88.

739. - Le point de vue des lignes directrices 5/2019 du Comité européen de protection des données. Pour ce qui concerne les moteurs de recherche, le même raisonnement que pour l'application de l'article 17, § 3, b), peut être tenu³⁸²¹.

4. L'oubli limité à des fins archivistiques

740. - L'article 17, § 3, d). Point d'effacement des données possibles lorsque le traitement est nécessaire « à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ». L'article 17, § 3, d), du règlement renvoie à l'article 89, § 1^{er}, du règlement (voy. *infra*).

5. L'oubli limité par la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice

741. - L'article 17, § 3, e). Enfin, la dernière exception au droit à l'effacement est relative au traitement « nécessaire [...] à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice »³⁸²².

§ 5. L'effacement en pratique

A. Les modalités concrètes de mise en œuvre du droit à l'effacement

742. - Les formes du droit à l'effacement. L'effacement n'est pas défini par le RGPD, l'oubli encore moins. Il peut toutefois être compris de la sorte : « it consists of making data *unusable* in a way that prevent the controller, the processor or any third party from accessing, reading out and processing, the data – irrespective of whether it consists of physically destroying or technically deleting the data. It should no longer be possible to restore the data without

³⁸²¹ Comité européen de la protection des données, guidelines adopted on 2 December 2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1), p. 13.

³⁸²² A priori, ce motif ne sera que très rarement utilisé par les moteurs de recherche pour justifier un refus de déréférencer des données (*ibidem*, p. 15).

excessive effort »³⁸²³. Autrement dit, le droit à l’effacement ne s’effectue pas selon un unique moyen : « [w]hat may reasonably be required by the controller depends on the form of the data in question and the effort required for achieving an erasure that is as comprehensive as possible »³⁸²⁴.

La forme que prend l’effacement dépend aussi de la personne à qui la demande est adressée. En effet, l’oubli prend la forme d’un déréférencement lorsque la demande est adressée à un moteur de recherche. Sous cette forme, le droit à l’oubli « n’implique pas d’ailleurs l’effacement des données. Si elles demeurent dans leur contexte initial, les données ne sont pas nécessairement problématiques. On ne désire pas nécessairement leur effacement, mais plutôt l’effacement du lien qui permet aux moteurs de recherche de sélectionner ces données durant leur “ratissage” du Web »³⁸²⁵. C’est à cette conclusion qu’était arrivée la Cour de justice de l’Union européenne, dans l’arrêt *Google Spain*. Les juges européens ont estimé que l’autorité judiciaire saisie ou l’autorité de contrôle des données peut « ordonner audit exploitant de supprimer de la liste des résultats » des liens, alors même que les données sont accessibles sur le site-source³⁸²⁶. Autrement dit, les articles 12, b), et 14, alinéa 1^{er}, a), dans leur application concrète à l’égard d’un exploitant de moteur de recherche, aboutissent à requérir la suppression de liens, c’est-à-dire, concrètement, le déréférencement. Cette conclusion est d’ailleurs confirmée dans les lignes directrices du Groupe de travail Article 29 relatives à l’implémentation de l’arrêt *Google Spain*³⁸²⁷. Lorsque la demande est adressée à l’exploitant d’un site internet, l’oubli prend la forme d’un effacement pur et simple, d’une anonymisation ou d’une pseudonymisation des informations³⁸²⁸.

³⁸²³ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 161.

³⁸²⁴ *Ibidem*.

³⁸²⁵ C. DE TERWANGNE, « Droit à l’oubli numérique, élément du droit à l’autodétermination informationnelle ? », *op. cit.*, p. 31, n° 9.

³⁸²⁶ Voy. en ce sens le § 84 de l’arrêt : « [à] cet égard, il y a lieu de relever que, compte tenu de la facilité avec laquelle des informations publiées sur un site web peuvent être répliquées sur d’autres sites et du fait que les responsables de leur publication ne sont pas toujours soumis à la législation de l’Union, une protection efficace et complète des personnes concernées ne pourrait être réalisée si celles-ci devaient d’abord ou en parallèle obtenir l’effacement des informations les concernant auprès des éditeurs de sites web ».

³⁸²⁷ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l’exécution de l’arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne dans l’affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225.

³⁸²⁸ Sur ces deux formes d’oubli, voy. *supra*.

743. - A qui adresser une requête d’effacement ? Quant à savoir à qui adresser sa demande fondée sur l’article 17, les *guidelines* du Groupe de travail « Article 29 »³⁸²⁹ indiquent que toute demande faite par la personne concernée et fondée sur le droit à l’effacement doit être introduite prioritairement auprès du responsable du traitement. En cas de refus d’accéder à ladite demande, la personne concernée peut alors se diriger vers les autorités nationales de contrôle des données ou les autorités judiciaires³⁸³⁰. Ainsi, en ce qui concerne l’exercice d’un droit au déréférencement, l’action doit être introduite auprès du moteur de recherche.

B. La balance des intérêts et l’oubli

1. La balance des intérêts suscitées par le RGPD

744. - L’article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f). Le dernier motif de licéité indiqué à l’article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD oblige à pondérer les intérêts en présence. La notion d’intérêts légitimes a d’ores et déjà été abordée (voy. *supra*).

Il importe d’apporter quelques éléments complémentaires sur le principe de la balance des intérêts. Pour rappel, la disposition précitée soutient que « [l]e traitement n’est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : [...] le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ». La disposition oblige un examen au cas par cas, ce dernier devant à tout le moins prendre en compte trois éléments : les intérêts légitimes du responsable du traitement ou d’un tiers, la nécessité du traitement au regard de ces intérêts légitimes, et l’absence d’intérêts ou de droits prépondérants dans le chef de la personne concernée³⁸³¹. Cet examen qu’effectue le responsable du traitement est un « legitimate interest assessment »³⁸³². En ce qui concerne la condition de nécessité, l’on peut ajouter qu’elle implique qu’il n’existe

³⁸²⁹ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l’exécution de l’arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne dans l’affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225.

³⁸³⁰ Voy. aussi The Advisory Council to Google on the *Right to be Forgotten*, 6 février 2015, p. 4.

³⁸³¹ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., pp. 105 et 106 ; A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 54.

³⁸³² A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 54.

pas d'autre mesures moins attentatoires pour les droits et libertés de la personne concernée aboutissant au même résultat – notamment économique – que celui découlant du traitement des données³⁸³³. Concrètement, « [i]n order to establish whether the rights of the data subjects prevail or not, the *consequences of processing* for data subject's rights and freedoms need to be assessed, as well as the degree of impairment of those rights that the specific processing situation might entail »³⁸³⁴.

2. La balance des intérêts confirmée par l'arrêt *Google Spain*

745. - Une pondération des intérêts hiérarchisés. L'arrêt *Google Spain*³⁸³⁵ apporte quelques précisions importantes et relatives à la pondération entre les intérêts de la personne concernée, désireuse de voir ses droits être protégés, et le responsable du traitement, en l'espèce un moteur de recherche. Afin de mettre en œuvre cet équilibre, la grande chambre de la Cour évoque quelques critères qu'elle qualifie elle-même de « conditions d'application des articles 12, sous b) et 14, premier alinéa, sous a) » (§ 82).

Le raisonnement de la Cour est intéressant en ce qu'elle prend en compte la qualité du responsable du traitement, c'est-à-dire le fait qu'il soit exploitant d'un moteur de recherche. De ce fait, il est donc mû par un intérêt économique important, celui-ci ne pouvant selon la Cour justifier à lui seul des ingérences dans les droits consacrés par les articles 7 (respect de la vie privée et familiale) et 8 (protection des données à caractère personnel) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour hiérarchise ces intérêts : la protection des droits fondamentaux visés ne peut être restreinte à ce point simplement pour répondre à des considérations économiques. Rapidement, les juges européens nuancent toutefois cette hiérarchisation. En effet, si à cet intérêt économique s'ajoute « l'intérêt légitime des internautes

³⁸³³ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 106. Ceci n'est pas sans rappeler l'une des étapes du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. La condition de « nécessité dans une société démocratique », c'est-à-dire la condition de la proportionnalité au sens large, implique trois sous-questions, l'une d'elles portant sur la nécessité de la mesure. Cette dernière oblige à s'interroger sur l'existence d'autres mesures moins attentatoires et permettant d'aboutir au même objectif. Sur cette question, voy. brièvement F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 324 à 325, n° 479 à 481.

³⁸³⁴ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 106.

³⁸³⁵ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González.

potentiellement intéressés à avoir accès » (§ 81) aux données, il y a alors lieu de rechercher ce juste équilibre. Difficile de ne pas voir, dans les fonctions exercées par un moteur de recherche ce second intérêt. Dans cette perspective, les juges européens indiquent que « [s]i, certes, les droits de la personne concernée protégés par ces articles prévalent également, en règle générale, sur ledit intérêt des internautes, cet équilibre peut toutefois dépendre, dans des cas particuliers » (§ 81) d'une série de critères proposés. La Cour suggère que lorsque les intérêts de la personne concernée s'opposent aux intérêts d'un moteur de recherche, et lorsque la personne concernée s'oppose au traitement de ses données et en demande leur effacement, il est nécessaire d'effectuer, sur base de critères, une pondération de ces intérêts.

L'enseignement est important : pour la Cour, la règle veut que la protection de la vie privée et des données à caractère personnel de la personne concernée prévale sur l'intérêt des internautes. Alors que l'adverbe « également » (utilisé dans la citation reprise ci-avant) renvoie à la hiérarchisation faite entre le seul intérêt économique et les droits de la personne concernée, la Cour prend cependant quelques précautions stylistiques, soutenant que ce nouvel ordonnancement existe « en règle générale », et que l'équilibre dépend « toutefois » de certaines circonstances.

Complétant leur raisonnement, les juges européens, à l'occasion de l'examen d'une autre question préjudicielle dans ce même arrêt, reprennent cette hiérarchisation des intérêts : « il y a lieu de considérer [...] que [les droits consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte] prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à trouver ladite information lors d'une recherche » (§ 97³⁸³⁶). La Cour confirme ensuite que cette prévalence peut être renversée pour autant que soient appliqués quelques critères. Ainsi, il y a lieu de prendre en compte le rôle joué par la personne concernée dans la vie publique, l'existence d'un intérêt prépondérant du public à avoir accès à l'information, ainsi que la sensibilité de l'information et le laps de temps écoulé entre la publication initiale et la nouvelle divulgation faite dans la liste des résultats du moteur de recherche. La plupart de ces critères correspondent, peu ou prou, aux facteurs de pondération retenus par la Cour européenne des droits de l'homme dans la résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection de la vie privée³⁸³⁷. Compte tenu de la

³⁸³⁶ Celui-ci renvoyant d'ailleurs au § 81.

³⁸³⁷ Voy. par exemple, Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08 et 60641/08 ; Cour eur. D.H., (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. 39954/08.

mise en pratique de ces indices, l'application des articles 12, b), et 14, alinéa 1^{er}, a), de la directive 95/46/CE à l'égard d'un exploitant de moteur de recherche peut exiger de sa part qu'il supprime des liens d'une liste de résultats.

3. Les critères de pondération des intérêts

746. - Les *guidelines* du Groupe de travail « Article 29 »³⁸³⁸. A la suite de l'arrêt *Google Spain*, le Groupe de travail « Article 29 » développe des lignes directrices permettant une implémentation uniformisée de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne³⁸³⁹. Confirmant dans la première partie les enseignements évoqués ci-avant, ces *guidelines* sont intéressantes dans leur seconde partie en ce qu'elles reprennent, sous forme d'un tableau, la liste de treize principaux critères – exposés sous forme de question – à prendre en compte pour que la balance des intérêts évoqués dans l'arrêt soit correctement effectuée³⁸⁴⁰. Bien qu'elles soient essentiellement développées dans le cadre de l'exercice d'un droit au déréférencement, elles doivent aussi pouvoir se lire plus largement dans le cadre de toute demande d'exercice d'un droit consacré par le RGPD impliquant, dans sa mise en œuvre, une pondération des intérêts entre le droit à la liberté d'expression et la protection des données à caractère personnel. Il y a donc lieu de reconnaître à ces balises un caractère potentiellement transversal.

Les *guidelines* soulignent ensuite que la liste de critères proposée constitue « a flexible working tool ». Sans que l'on puisse considérer qu'un élément est, en soi, déterminant dans la prise de décision, le texte soutient que chaque cas d'espèce implique l'application d'au moins plusieurs critères. Quant à l'application concrète de ces critères, les *guidelines* mentionnent encore que « [e]ach criterion has to be applied in the light of the principles established by the CJEU and in particular in the light of the “interest of the general public in having access to [the] information” ». L'on s'interroge sur le sens à donner à cette mise en garde : faut-il y voir une

³⁸³⁸ L'analyse des *guidelines* et des différents critères est reprise de la contribution suivante : E. CRUYSMANS, A. STROWEL, « Oubli, déréférencement et anonymisation », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 227 à 239, n° 12 à 25.

³⁸³⁹ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225.

³⁸⁴⁰ Voy. aussi CNIL, *Droit au déréférencement. Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes*, www.cnil.fr. Il s'agit d'un bref commentaire des critères proposés par le Groupe de travail Article 29. L'analyse succincte des critères effectuée dans cette contribution s'inspire, pour partie, de ce document.

tentative de relativisation de la hiérarchie mise en place par la Cour de justice des intérêts en présence (intérêts économiques, protection de la vie privée, intérêt du public à accéder à l'information) ? Difficile de ne pas y voir une consécration du volet passif du droit à la liberté d'expression.

747. - La pondération des intérêts : une mise en œuvre complexe. Malgré le développement de ces critères, la mise en pratique, de la pondération des intérêts reste complexe. Google³⁸⁴¹ le reconnaît : dans son rapport relatif aux trois premières années d'application de ce qu'elle dénomme le *Right to be Forgotten*, Google souligne la complexité de mettre en œuvre cette balance des intérêts entre d'une part, le droit à la vie privée, et d'autre part, l'intérêt du public à pouvoir accéder à des informations³⁸⁴². L'entreprise américaine avait d'ailleurs fait appel à un Comité consultatif composé d'experts afin de déterminer le cadre d'application du droit au déréférencement issu de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union du 13 mai 2014. Un rapport est rendu public le 6 février 2015, celui-ci considérant que quatre critères doivent permettre à Google d'effectuer la balance des intérêts, sans que ces éléments ne soient hiérarchisés et sans qu'aucun de ces éléments ne soit déterminant.

L'analyse qui suit a vocation à présenter les critères des *guidelines* du Groupe de travail « Article 29 », ceux-ci recoupant les critères évoqués par le comité consultatif mis en place par Google. Plusieurs de ces éléments recoupent les critères développés dans la partie relative à l'oubli d'informations journalistiques dont la concrétisation implique une pondération des intérêts. Il faut enfin tenir compte du fait que les critères ont été mis en place à la suite de l'arrêt *Google Spain* dans le contexte de la directive 95/46/CE. A défaut de disposer des précisions nécessaires dans le texte de la directive, les *guidelines* établissent cette série de critères pour faciliter la mise en œuvre du droit à l'oubli, entendu comme un droit au déréférencement. Cependant, le contexte réglementaire a depuis évolué, passant de la directive au RGPD. Le passage d'un instrument d'harmonisation à un instrument d'uniformisation a en outre apporté son lot de modifications et de précisions supplémentaires. Le droit à l'effacement fait désormais l'objet d'une consécration beaucoup plus précise. Par conséquent, certains critères des

³⁸⁴¹ Il y a lieu de préciser que l'entreprise Google n'est plus la société-mère. En effet, depuis 2015, Google est devenue une filiale détenue à 100 % par Alphabet Inc.

³⁸⁴² T. BERTRAM *et al.*, « Three years of the Right to be Forgotten », disponible sur plusieurs site internet, dont <https://elie.net/static/files/three-years-of-the-right-to-be-forgotten/three-years-of-the-right-to-be-forgotten-paper.pdf>, consulté le 26 février 2019, p. 1.

guidelines sont aujourd'hui critiquables simplement parce qu'ils n'ont pas été mis à jour compte tenu du RGPD ou que leur utilité n'a pas été réévaluée.

a) Premier critère : des données relatives à des personnes physiques

748. - Critère 1 : les résultats de recherche sont-ils relatifs à une personne physique ? Le résultat apparaît-il à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée ? Cela appelle deux commentaires.

Premièrement, la question posée reflète en réalité une condition d'application de la réglementation relative aux données personnelles. En effet, le RGPD ne s'applique qu'aux personnes physiques. L'article 1^{er}, alinéa 2, précise encore que « [l]e présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel » (voy. *supra*). Les personnes morales qui jouissent elles aussi d'un droit à la vie privée (voy. *supra*)³⁸⁴³ sont exclues des garanties offertes par le RGPD. Cette exclusion se distingue de ce que permettait la directive 95/46/CE. En effet, l'harmonisation constituant un *minima*, certains Etats ont étendu l'application du champ d'application de la directive aux personnes morales³⁸⁴⁴, malgré le fait que ces dernières ne soient pas évoquées dans le texte³⁸⁴⁵.

³⁸⁴³ Sur la protection de la vie privée des personnes morales, voy. la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît l'application des droits fondamentaux à de telles personnes. En matière de vie privée, l'on évoque notamment l'*e-réputation* des entreprises. Pour des développements en la matière voy. notamment F. COLANTONIO, « Analyse de l'*e-réputation* », in *Les entreprises et l'e-Business*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 89 à 128 ; J. VILAIN, « Le "droit à l'oubli" : d'une protection des particuliers vers une extension aux entreprises ? », in *Les entreprises et l'e-Business*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 155 à 188 ; A. FAVREAU, « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 113 à 142.

³⁸⁴⁴ Cette pratique est appelée « surtransposition » ou *gold plating* : il s'agit de « la transposition d'une directive qui en étend les dispositions au-delà de ce qui est expressément prévu » (Sénat français, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, *La surtransposition des directives européennes. Législation comparée. Allemagne – Italie – Royaume-Uni – Suède*, février 2017, p. 5).

³⁸⁴⁵ A ce propos, voy. la question écrite n° 5-2709 posée par Guido de Padt (Open VLD) au ministre de la justice, *Doc. parl.*, Sénat, 2010-2011, 12 juillet 2011. La réponse est apportée le 1^{er} décembre 2011. L'auteur de la question écrit, à propos de la protection des personnes morales par la directive, ceci : « [s]ans se prononcer à ce sujet, la directive actuelle laisse toutefois aux Etats membres la possibilité d'intégrer ou non les personnes morales dans leur législation en matière de protection des données à caractère personnel. Cette base volontaire se retrouve également dans la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe [...]. La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe, dont la Belgique, n'ont pas fait usage de cette possibilité. En Norvège, en Autriche, en Italie et au Danemark (en partie seulement), les personnes morales ont bel et bien le droit à la protection des données à caractère personnel ».

Deuxièmement, le critère rappelle le cas d'espèce de l'affaire *Google Spain* : il s'agit d'un particulier effectuant une requête sur un moteur de recherche à partir des nom et prénom d'une personne physique. Pour le Groupe de travail Article 29, les pseudonymes et surnoms doivent aussi être pris en considération lorsque la personne peut établir qu'ils sont liés à son identité réelle. On peut y voir ici une limitation du champ d'application. En effet, seules les recherches menées à partir d'une identité – qu'elle soit réelle ou par le biais d'un surnom – semblent permettre le droit au déréférencement tel que consacré par la jurisprudence européenne. Est-ce à dire qu'il faudrait exclure toute autre recherche effectuée à partir de données à caractère personnel, mais permettant *in fine* d'identifier une personne physique ? La réponse à cette question doit être négative, sous peine de limiter drastiquement la portée de ce droit et de contrevenir au RGPD. Par conséquent, le critère devrait être réécrit de la sorte : « les données personnelles potentiellement problématiques sont-elles relatives à une personne physique ? ».

Le critère proposé par les *guidelines* ne paraît *in fine* ne pas en être un. Il est en effet une condition préalable à la mise en œuvre du RGPD, la vérification que les données concernent une personne physique revendiquant leur protection devant intervenir en tout début de processus. Or, la mise en œuvre de la pondération des intérêts intervient bien au-delà, davantage en fin de processus. Il y a donc confusion entre les conditions d'application du règlement lui-même et les conditions d'application de ses prérogatives.

b) Deuxième critère : des données relatives à une personne publique

749. - Critère 2 : s'agit-il d'une personne publique ? Le plaignant joue-t-il un rôle dans la vie publique ? Dans l'arrêt *Google Spain*, la Cour de justice estime que le déréférencement peut être refusé si le plaignant joue, ou a joué, un rôle dans la vie publique. Dans une perspective plus large, la question posée est la suivante : l'exercice d'un droit consacré par le RGPD et qui nécessite une pondération des intérêts, porte-il sur le traitement de données personnelles qui concernent une personne ayant un rôle dans la vie publique ?

Les *guidelines* enseignent que le critère doit être entendu plus largement que celui des « personnages publics », élément que l'on retrouve notamment dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette distinction faite indirectement entre le

personnage public et la catégorie plus large des personnes jouant un rôle dans la vie publique est intéressante en ce qu'elle permet, par exemple, de considérer qu'une personne au centre d'un procès médiatique peut être considérée comme appartenant à la seconde catégorie, sans pour autant entrer dans la première. Elle renvoie cependant, pour partie, à la personne accédant momentanément à l'actualité, sans être cependant considérée comme un personnage public à part entière³⁸⁴⁶.

L'on peut rappeler que la résolution 1165 de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit les personnes publiques comme étant « celles qui exercent des fonctions publiques et/ou utilisent des ressources publiques et, d'une manière plus générale, toutes celles qui jouent un rôle dans la vie publique, qu'il soit politique, économique, artistique, social, sportif ou autre »³⁸⁴⁷. Quant à la notion de « rôle dans la vie publique », il n'existe pas de définition claire. Les lignes directrices précisent, à titre d'exemple, que les hommes politiques, les représentants officiels d'institutions, les hommes d'affaires, les personnes membres de professions réglementées, peuvent être considérés comme ayant ce rôle dans la vie publique. Elles estiment que « [t]here is an argument in favour of the public being able to search for information relevant to their public roles and activities ». Les éléments proposés demeurent assez vagues et peu précis. En outre, les *guidelines* semblent, dans un premier temps, considérer maladroitement que certaines catégories de personnes jouent d'office un rôle dans la vie publique. Une personne qui a un tel rôle ne perd pas toute protection de sa vie privée et de ses données à caractère personnel. Les *guidelines* confirment cela dans un deuxième temps tout en soulignant que le déréférencement sera difficile à justifier lorsque les données porteront sur des personnages publics et que lesdites informations seront étrangères à des questions d'ordre privé. Pour la Cnil, « [u]ne distinction doit être faite entre la nature des informations traitées » ; elle souligne cependant que « d'une manière générale le fait qu'elles concernent une personnalité publique milite pour maintenir leur référencement »³⁸⁴⁸.

Un élément à prendre en compte est le fait de savoir si l'accès à une information particulière permet au public de se protéger contre des comportements publics ou professionnels contestables. En effet, la divulgation de tels agissements entre dans la notion de débat d'intérêt général. En réalité, la question qui se pose est bien celle de la participation

³⁸⁴⁶ Sur cette notion, voy. *supra*.

³⁸⁴⁷ Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit à la vie privée, § 7.

³⁸⁴⁸ CNIL, *Droit au déréférencement* [...], *op. cit.*, p. 4.

d'informations à ce débat d'intérêt public, compte tenu du fait que les données visées concernent une personne privée ou un personnage public. En l'absence d'un tel débat, le droit à l'effacement exercé par la personne concernée devrait s'appliquer lorsqu'elle est une personne privée. En ce qui concerne le second, d'autres critères pourraient être pris en compte tel que le comportement antérieur de la personne visée avec les médias³⁸⁴⁹.

Le Comité consultatif composé d'experts mandatés par Google souligne que le rôle joué par la personne concernée dans la vie publique constitue le premier élément (sur les quatre qu'il propose) à prendre en compte dans la balance des intérêts, s'appuyant directement sur les enseignements de l'arrêt *Google Spain*. Trois sous-catégories sont ainsi proposées : les individus ayant un rôle clair dans la vie publique, les individus n'ayant pas de rôle apparent dans la vie publique, et enfin les individus ayant un rôle limité – ou dans un contexte particulier – dans la vie publique. Pour les premiers, une demande de déréférencement a peu de chance d'être justifiée. Pour les deuxièmes, en revanche, le déréférencement est plus facilement envisageable. En ce qui concerne la troisième catégorie, le comité indique ceci : « delisting requests from such individuals are neither less nor more likely to justify delisting, as the specific content of the information being listed is probably going to weigh more heavily on the delisting decision »³⁸⁵⁰.

Le caractère public d'une personne semble plaider en défaveur du déréférencement. Ce critère – qui en est un – doit cependant être davantage nuancé que ce que le font les *guidelines* et le Comité consultatif. La Cour européenne des droits de l'homme dispose, à cet égard, d'une jurisprudence foisonnante qui doit, ici, s'appliquer pour baliser la prise en compte du caractère public d'une personne dans le cadre d'une demande en effacement de données. Ces éléments ont été développés dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques et trouvent à s'appliquer (voy. *supra*). L'on peut encore nuancer l'utilité de ce critère dans le cadre d'une application du droit à l'oubli d'informations non journalistiques. Dans de nombreux cas, des propos portant sur une personne publique s'inscriront dans le cadre d'un traitement d'informations journalistiques.

³⁸⁴⁹ Cet élément est traduit notamment dans certaines dispositions du nouveau règlement. Voy. l'article 9, § 2, e) qui précise que l'interdiction de traiter des données sensibles n'est plus d'application dès lors que « le traitement porte sur des données à caractère personnel qui sont manifestement rendues publiques par la personne concernée ».

³⁸⁵⁰ The Advisory Council to Google *on the Right to be Forgotten*, 6 février 2015, p. 8.

c) Troisième critère : des données relatives à un mineur

750. - Critère 3 : le plaignant est-il mineur ? L'objectif est semble-t-il de protéger davantage les mineurs. Bien que cet élément ne soit pas tiré directement de l'arrêt *Google Spain*, le Groupe de travail « Article 29 » précise que lorsque la demande de déréférencement émane d'un mineur, le moteur de recherche doit, d'une manière générale, lui donner satisfaction. Autrement dit, il y a lieu de prendre en compte « l'intérêt supérieur de l'enfant », lequel figure notamment à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celui-ci dispose que « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Cette volonté de protéger les enfants mineurs, c'est-à-dire âgés de moins de dix-huit ans, ne figure pas dans le texte de la directive 95/46/CE. En revanche, le RGPD sur la protection des données adapte plusieurs dispositions tenant compte de la minorité de la personne concernée³⁸⁵¹. Il estime d'ailleurs, en son considérant n° 38, que « [l]es enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données à caractère personnel parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel ». Dans le considérant n° 58 relatif au principe de transparence, il est écrit que « [l]es enfants méritant une protection spécifique, toute information et communication, lorsque le traitement les concerne, devraient être rédigées en des termes clairs et simples que l'enfant peut aisément comprendre »³⁸⁵². L'article 6, dont il a été question ci-avant et qui concerne la licéité du traitement (voy. *supra*), précise que la balance des intérêts devant être réalisée est à faire « notamment lorsque la personne concernée est un enfant ». Sans être précise, l'expression a au moins l'intérêt de rappeler le statut particulier des enfants dans la protection accordée. Quant à l'article 8, il est entièrement dévolu aux enfants puisqu'il porte sur les « [c]onditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information ». Il précise notamment que le consentement donné par un mineur pour un traitement de données doit être, lorsque l'enfant est âgé de moins de seize ans, « donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant » (voy. *supra*). La loi belge a cependant d'une

³⁸⁵¹ Outre les articles cités ci-après, voy. aussi l'article 40, § 2, g), et l'article 57, § 1^{er}, b), du RGPD.

³⁸⁵² Sur ce sujet, voy. aussi l'article 12, al. 1^{er}, du RGPD.

part, abaissé la validité du consentement numérique à l'âge de treize ans, et d'autre part, exclu l'application de l'article 8 en cas de traitement à des fins journalistiques (voy. *supra*).

Le critère évoqué par les *guidelines* s'inscrit dans la volonté du législateur européen d'accorder une protection des mineurs. Son champ d'application est plus large que celui de l'article 8 du RGPD. En effet, ce dernier n'établit des garanties qu'en ce qui concerne le consentement pour des enfants – et non des mineurs – de moins de seize ans. Les *guidelines* visent l'ensemble des mineurs et ont vocation à faciliter le déréférencement d'informations qui les concernent.

d) Quatrième critère : l'exactitude des données

751. - Critère 4 : les données sont-elles exactes ? Lorsque des données en ligne sont inexactes, le déréférencement doit pouvoir être appliqué dès lors que la personne concernée fournit les informations utiles et nécessaires pour confirmer leur inexactitude. N'entre pas dans cette catégorie des éventuelles opinions qu'une personne relaterait sur un autre individu. L'inexactitude porte ici sur des éléments factuels³⁸⁵³. Selon les lignes directrices, le déréférencement peut être plus facilement octroyé en cas de données inexactes, inadéquates ou trompeuses à l'égard d'une personne physique.

Ce critère fait directement écho à l'un des motifs d'effacement consacrés par l'article 17, § 1^{er}, du RGPD. En cas de traitement illicite, l'oubli d'informations est possible (article 17, § 1^{er}, d)). Dès lors, le critère, à nouveau, semble ne pas tout à fait en être un puisqu'il s'agit davantage d'une condition préalable permettant l'exercice du droit à l'effacement, son application pouvant impliquer une mise en balance des intérêts (voy. *supra*).

e) Cinquième critère : la pertinence des données

³⁸⁵³ Voy. à ce propos la traditionnelle distinction faite par la Cour européenne des droits de l'homme entre les constatations de fait et les jugements de valeur. Sur ce sujet, voy. notamment F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 346 à 349, n° 511 à 515.

752. - Critère 5 : les données sont-elles pertinentes et/ou excessives ? Le critère reprend en réalité le principe de minimisation des données contenu à l'article 5, § 1^{er}, c), du RGPD, son non-respect permettant l'exercice du droit à l'effacement sur le fondement de l'article 17, § 1^{er}, d). La même réserve que pour le critère précédent peut donc être faite.

La question de la pertinence ou de l'excessivité s'inscrit cependant dans deux critères qui, sans apparaître clairement dans aucun des critères évoqués par les *guidelines*, pourraient être appliqués dans la pondération des intérêts. Ces deux éléments sont tirés de la balance des intérêts effectués dans le cadre d'un oubli d'informations journalistiques. On peut, premièrement, considérer que la pertinence ou l'excessivité renvoient à la question de la participation d'une information au débat d'intérêt général. Deuxièmement, selon les *guidelines*, ce cinquième critère permet de s'intéresser à l'âge des données. Ainsi, elles admettent que l'écoulement du temps peut influencer sur la pertinence des informations diffusées (voy. *supra*).

Les *guidelines* apportent quelques indications complémentaires, estimant que la pertinence et l'excessivité des données reposent sur trois sous-critères.

Le premier implique de distinguer les informations relatives à la vie privée et les informations relatives à la vie professionnelle. Certaines données sont en effet d'ordre personnel mais sans être d'ordre privé. A ce propos, les lignes directrices reviennent, de manière étonnante, sur le débat relatif aux personnages publics, question liée à un critère précédemment examiné. Elles soutiennent qu'une information d'ordre professionnel peut plus facilement être légitimement référencée, et le demeurer. Cela étant, il faut encore vérifier que les données ne soient pas excessives et que la personne concernée travaille toujours au même endroit, ceci revenant concrètement à poser la question de l'exactitude de l'information.

Le deuxième sous-critère porte sur l'éventuelle atteinte à l'honneur, dans son sens pénal, que peut contenir l'information. Autrement dit, dès lors qu'une décision de justice confirme le caractère injurieux, diffamatoire, calomnieux, discriminatoire, etc., le déréférencement doit pouvoir être imposé. Sans une décision judiciaire, les autorités de contrôle en matière de données personnelles sont seules habilitées à vérifier l'excessivité des données. Il ne faut toutefois pas oublier de prendre en compte le régime particulier applicable aux informations judiciaires, la loi belge permettant notamment leur traitement lorsque ce dernier est justifié par des fins journalistiques (voy. *supra*).

Enfin, le troisième sous-critère revient sur la distinction à faire entre les jugements de valeur et les constatations factuelles. Face à des opinions, voire même des campagnes de dénigrement, les autorités de contrôles ne doivent pas systématiquement aboutir à prononcer le déréférencement des informations³⁸⁵⁴.

Quant au critère temporel, celui-ci est un des éléments avancés par le comité consultatif de Google pour évaluer une requête en déréférencement, reprenant le raisonnement tenu par la Cour de justice³⁸⁵⁵. Cet élément n'est cependant pas relevant lorsque la demande de déréférencement porte sur des informations d'importance publique, tel que des crimes contre l'humanité³⁸⁵⁶. L'on voit poindre ici le débat relatif au devoir de mémoire (voy. *supra*). Le rapport du comité consultatif souligne que ce facteur temporel est important notamment dans le cadre d'affaires pénales. En cela, il rejoint ce qui est évoqué ci-avant ainsi que le critère 13 abordé ci-après relatif au caractère pénal de l'information litigieuse (voy. *infra*). Le rapport indique que « [t]he severity of a crime and the time passed may together favor delisting, such as in the case of a minor crime committed many years in the past ». En revanche, dans d'autres situations, il pourrait y avoir un intérêt public permanent à accéder à l'information. Le rapport précise enfin que ce facteur temporel peut affecter le rôle public qu'une personne a eu à un moment donné avant de quitter cette vie publique.

f) Sixième critère : la sensibilité des données

753. - Critère 6 : l'information est-elle sensible au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE ? L'article 8 interdit le traitement des données sensibles, cette interdiction étant cependant assortie d'un nombre important d'exceptions. Le même prescrit est repris à l'article 9, § 1^{er} du RGPD (voy. *supra*). Compte tenu de leur impact important sur la vie privée ainsi que de l'interdiction de principe d'effectuer des traitements sur celles-ci, les autorités de contrôle ou judiciaires doivent être plus enclines à admettre leur déréférencement.

³⁸⁵⁴ Il est intéressant de noter que les *guidelines* du Groupe de travail Article 29 écrivent que « [a]lthough the availability of such information may be hurtful and unpleasant, this does not necessarily mean that DPAs will consider it necessary to have the relevant search result de-listed » ; alors que l'analyse des critères faite par la CNIL souligne, en parlant de ces campagnes, qu'« après analyse des éléments de contexte, le déréférencement peut apparaître justifié, sans caractère systématique » (CNIL, *Droit au déréférencement* [...], *op. cit.*, p. 6).

³⁸⁵⁵ Voy. le § 94.

³⁸⁵⁶ The Advisory Council to Google *on the Right to be Forgotten*, 6 février 2015, p. 14.

Le comité consultatif de Google considère que la nature de l'information constitue un autre élément devant être pris en compte. Deux catégories d'informations sont distinguées. La première concerne des informations présentant un fort caractère privé. Il s'agit des informations relatives à la vie sexuelle, à la situation financière, à l'identification (numéros de téléphone ou de carte d'identité, par exemple), les informations considérées comme sensibles par la réglementation européenne en matière de protection des données, les informations privées sur des mineurs, les données fausses, inexactes ou présentant un risque, ainsi que celles qui augmentent les intérêts privés d'une personne parce que cette dernière apparaît dans une image ou une vidéo. La deuxième catégorie regroupe les informations considérées d'intérêt public. Il s'agit de données politiques, de gouvernance ou relatives à un engagement citoyen, des débats religieux ou philosophiques, des informations relatives à la protection des consommateurs et à la santé publique, des informations relatives à l'activité criminelle, de celles qui contribuent au débat d'intérêt général, des données factuelles et exactes, des informations historiques, ainsi que des informations ayant trait à la recherche scientifique ou à l'expression artistique. Cette catégorisation faite par le comité consultatif correspond *grosso modo* aux critères proposés par les *guidelines* du Groupe de travail « Article 29 ». En outre, les types d'informations énumérées semblent, en partie, s'appuyer sur les catégories traditionnelles de discours que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁵⁷.

Les données sensibles, tout comme les données judiciaires ou les données médicales, jouissent d'un statut particulier. Lorsque leur traitement est autorisé, l'effacement doit pouvoir être obtenu plus aisément. L'oubli de ces données sensibles est développé *infra*.

g) Septième critère : la mise à jour des données

754. - Critère 7 : l'information est-elle à jour ? L'information a-t-elle été rendue disponible plus longtemps que nécessaire pour le traitement ? La question posée ici est celle de l'actualité de l'information. Peut-on, en d'autres termes, justifier le maintien de données en ligne dès lors que cette information participe encore et toujours à l'actualité ? Si tel est le cas,

³⁸⁵⁷ A ce sujet, voy. F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., pp. 70 à 81, n° 91 à 116 et pp. 325 à 365, n° 482 à 544.

l'effacement, et donc le déréférencement, se justifie moins. En revanche, une information qui serait périmée au regard de son actualité a des chances plus importantes d'être déréférencée. La Cnil précise que « [c]ette analyse s'effectue en prenant en compte le contexte initial de mise en ligne et l'objectif poursuivi par la diffusion du contenu concerné »³⁸⁵⁸. Elle poursuit en proposant l'exemple d'« [u]n plaignant [qui] demande le déréférencement d'une information en ligne relative à une condamnation pénale, alors qu'il a depuis fait l'objet d'une relaxe en appel ».

Le critère est propre au droit à l'oubli d'informations journalistiques. Il est plus difficilement applicable dans le contexte de l'oubli d'informations non journalistiques. Le critère de l'actualité a été développé précédemment (voy. *supra*). Le critère fait en outre référence au principe d'exactitude consacré à l'article 5, § 1^{er}, d), le non-respect de celui-ci pouvant impliquer l'effacement dès lors que le traitement est illicite (article 17, § 1^{er}, d), du RGPD) ou encore la rectification des données (article 16 du RGPD). Il appelle par conséquent le même commentaire que celui proposé pour les critères 4 et 5 (voy. *supra*).

h) Huitième critère : le préjudice causé par le traitement

755. - Critère 8 : le traitement de l'information cause-t-il un préjudice au plaignant ? Les données ont-elles un impact négatif disproportionné sur la vie privée du plaignant ?

L'arrêt de la Cour de justice a clairement établi qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice pour pouvoir bénéficier du droit au déréférencement. Le § 96 de la décision mentionne que « la constatation d'un tel droit ne présuppose pas que l'inclusion de l'information en question dans la liste de résultats cause un préjudice à la personne concernée ».

Cela étant, en cas de dommage subi par la personne concernée, dommage qui sera la plupart du temps d'ordre moral, l'oubli semble pouvoir plus aisément se justifier. En outre, les *guidelines* mettent en garde contre l'impact néfaste que des informations, parfois mineures, peuvent avoir sur la vie privée d'un individu. Ainsi, « [t]he data might have a disproportionately negative impact on the data subject where a search result relates to a trivial or foolish

³⁸⁵⁸ CNIL, *Droit au déréférencement* [...], *op. cit.*, p. 7.

misdeemeanour which is no longer – or may never have been – the subject of public debate and where there is no wider public interest in the availability of the information ».

i) Neuvième critère : le risque créé pour la personne concernée

756. - Critère 9 : les informations issues du moteur de recherche créent-elles un risque pour le plaignant ? Les *guidelines* indiquent que la présence d'informations en ligne peut être la source d'un risque pour la personne visée. Ainsi, des données peuvent amener des personnes à harceler ou voler l'identité d'un autre internaute. Lorsque le risque est substantiel – toute la difficulté résidant dans la détermination de ce caractère substantiel –, les autorités de contrôle doivent admettre que le déréférencement constitue une solution pour le limiter, voire le supprimer.

Le critère vise les seuls moteurs de recherche et apparaît par conséquent davantage centré sur le seul droit au déréférencement. Il étonne cependant dès lors que la question posée traduit concrètement le droit à l'oubli : l'oubli est invoqué lorsque la persistance d'informations crée un risque potentiel pour la personne concernée. En cela, il n'est pas un critère sauf à comprendre le terme « risque » comme renvoyant à un éventuel préjudice, ce dernier étant toutefois déjà pris en compte dans un critère précédent.

j) Dixième critère : le contexte de la diffusion de l'information

757. - Critère 10 : dans quel contexte l'information a-t-elle été publiée ? Le contexte de la diffusion des informations est essentiel.

Selon les *guidelines*, il est nécessaire de s'interroger sur le caractère volontaire ou non de la divulgation. En effet, lorsque la personne concernée a volontairement diffusé des données qu'elle souhaite *in fine* être déréférencées, il y a lieu de partir du postulat qu'elle y a, dans un premier temps, consenti. Or, le RGPD indique que le consentement constitue un motif de licéité du traitement (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a)) et qu'il peut être retiré (article 7, § 3), ce retrait permettant en outre d'obtenir l'effacement des données (article 17, § 1^{er}, b))³⁸⁵⁹. En l'espèce,

³⁸⁵⁹ Sur l'ensemble de ces dispositions, voy. *supra*.

les *guidelines* rappellent que le déréférencement des informations est indépendant d'une telle demande d'effacement. Cette précision ne paraît plus pouvoir être validée dans le cadre d'application du RGPD, précisément compte tenu des différentes dispositions précitées. Elle s'inscrivait dans le cadre de la directive qui n'organisait pas de manière aussi précise l'effacement d'informations, en ce compris le déréférencement.

Pour le comité consultatif Google, « [i]nformation that is published by or with the consent of the data subject himself or herself will weigh against delisting. This is especially true in cases where the data subject can remove the information with relative ease directly from the original source webpage »³⁸⁶⁰. Tout en reprenant la remarque faite ci-avant, il faut en outre considérer que cette conclusion du comité consultatif fait l'impasse sur la distinction claire faite dans l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne, et validée dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *M.L. et W.W. c. Allemagne*³⁸⁶¹, entre la responsabilité du moteur de recherche et celle de l'éditeur d'une page web. Cette distinction ne doit pas être interprétée comme permettant d'agir contre l'un ou l'autre. Les traitements de données sont différents et se fondent sur des motifs distincts. Dès lors, des requêtes peuvent être adressées indépendamment ou simultanément à l'un ou l'autre.

Outre le caractère volontaire de la publication, il faut s'interroger sur son caractère initialement public : la personne concernée pouvait-elle s'attendre à ce que des données soient rendues publiques sur internet ? Une divulgation à son insu pourrait justifier plus facilement l'effacement des informations litigieuses. La Cnil propose un contre-exemple ne justifiant pas le déréférencement : il s'agit d'« [u]n plaignant [qui] demande le déréférencement d'un article concernant les résultats des élections municipales alors qu'il figure sur une des listes d'un parti politique et devait s'attendre à une diffusion de l'information »³⁸⁶². Cet exemple évoque l'oubli d'informations journalistiques et porte sur une personnalité politique, c'est-à-dire publique. Il renvoie à plusieurs critères différents.

Le critère du contexte de divulgation d'une information est notamment développé dans les éléments permettant de pondérer les intérêts dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*). Il paraît devoir dépasser les seules questions du consentement

³⁸⁶⁰ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 février 2015, p. 13.

³⁸⁶¹ Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60798/10 et 65599/10, § 97.

³⁸⁶² CNIL, *Droit au déréférencement* [...], *op. cit.*, p. 8.

donné et du caractère public ou non de l'information, ces éléments renvoyant à d'autres critères ou motifs. Sur ce critère notamment, les *guidelines* démontrent qu'elles constituent une mise en pratique des enseignements de l'arrêt *Google Spain* et des dispositions de la directive 95/46CE, sans prendre en compte ou s'adapter aux nouvelles dispositions du RGPD.

k) Onzième critère : la finalité journalistique du traitement

758. - Critère 11 : Le contenu a-t-il été rendu public à des fins journalistiques ? Le critère renvoie au régime dérogatoire organisé aux articles 85 (voy. *supra*) et 17, § 3, (voy. *supra*) du RGPD. Les *guidelines* considèrent que la finalité journalistique doit être prise en compte dans l'analyse d'une requête en déréférencement. Cela étant, « this criterion alone does not provide a sufficient basis for refusing a request, since the ruling clearly distinguishes between legal basis for publication by the media, and the legal basis for search engines to organise search results based on a person's name ». La Cnil paraît moins claire à ce sujet : elle précise que la présence d'une finalité journalistique « ne saurait conduire d'une manière systématique à refuser un déréférencement. Ce critère doit être combiné avec d'autres, par exemple celui de la durée de la diffusion ou du préjudice pour la personne concernée »³⁸⁶³.

Si l'on se réfère à l'arrêt *Google Spain*, et si l'on prend en compte ce qui transparaît dans l'extrait cité des lignes directrices, il semble qu'il faut considérer que les moteurs de recherche, lorsqu'ils effectuent un traitement de données à caractère personnel, ne sont pas mus par une finalité journalistique mais davantage par une finalité économique. Dans son § 85, la Cour qui distingue clairement les traitements effectués par les moteurs de recherche des traitements effectués par les éditeurs de site web, souligne que ces derniers, « consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique », peuvent être, « le cas échéant », effectués « aux seules fins de journalisme ». Dès lors, le critère ne semble pas devoir être pris en compte dans l'analyse d'une demande d'application du droit au déréférencement, sauf à confondre les rôles respectifs des acteurs et intermédiaires présents sur internet. En revanche, ce critère est fondamental lorsque la demande est adressée directement à l'éditeur d'un site web afin de requérir, par exemple, une anonymisation des informations. Cela étant, l'article 85 paraissant élargir le champ des dérogations, comme cela a été explicité ci-avant

³⁸⁶³ *Ibidem*.

(voy. *supra*), l'insertion par des Etats membres d'exemptions en faveur de la liberté d'expression pourrait faire obstacle à des demandes en déréférencement.

Ce onzième critère renvoie en réalité à de nombreux développements proposés dans cette thèse.

l) Douzième critère : le caractère légal de la diffusion de l'information

759. - Critère 12 : la publication de l'information répond-elle à une obligation légale ?

L'auteur de la publication avait-il l'obligation de rendre cette donnée personnelle publique ? Le traitement peut être justifié sur une base légale : dans certains cas, des textes normatifs nationaux imposent certaines publications. Une telle obligation légale met-elle en échec toute demande de déréférencement ? Les lignes directrices semblent le concevoir, du moins, dans un premier temps. En effet, elles évoquent le fait que les autorités de contrôle peuvent concevoir que le déréférencement soit approprié alors même que le traitement est justifié – et toujours justifié – sur un fondement légal. La Cnil émet une réserve similaire : « la combinaison avec d'autres critères (durée, préjudice...) et le fait qu'il convient de distinguer le référencement d'une information par un moteur de recherche, de sa diffusion publique pourrait, dans certains cas, jouer en faveur d'un déréférencement »³⁸⁶⁴. La distinction rappelée par la Cnil est essentielle et renvoie au raisonnement tenu pour le critère précédent. A nouveau, il n'y a pas lieu de confondre le traitement du moteur de recherche et le traitement de l'éditeur du site web. Il semble que l'obligation légale justifie ce dernier traitement, mais qu'elle ne peut d'office constituer la justification du traitement effectué par le moteur de recherche. Dès lors, la prise en compte de cette obligation légale ne peut constituer un critère décisif : il semble, s'il doit être pris en compte, constituer un élément secondaire.

Dans l'affaire *Google Spain*, la publication des informations dans le quotidien *La Vanguardia* était légalement justifiée (§ 16) dès lors qu'elle avait été faite sur ordre du ministère du Travail et des Affaires sociales dans le cadre d'une procédure en recouvrement de dettes de sécurité sociale. Et pourtant, les juges européens n'ont, dans leur raisonnement, pas pris en compte cette justification légale, sauf à considérer que les informations n'étaient pas inexacts

³⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 9.

et n'avaient pas été diffusées illicitement. Seul le fait que le traitement fût nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime de Google est pris en compte dans le raisonnement proposé par les juges, les obligeant à mettre en balance les intérêts de chaque partie, comme l'impose l'article 7, f), de la directive.

La présence d'une obligation légale est désormais traduite dans le RGPD non seulement comme un motif de licéité du traitement (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), mais aussi comme un élément permettant de refuser le droit à l'effacement (article 17, § 3, b). Ce douzième critère présenté par les *guidelines* est donc traduit directement dans le RGPD. Cela étant, le critère paraît plus souple dans son application que les hypothèses visées à l'article 17, § 3, b), du RGPD³⁸⁶⁵. De sorte que le motif légal d'une diffusion d'informations demeure, hors ces hypothèses, un critère pouvant être pris en compte dans la pondération des intérêts.

m) Treizième critère : l'information relative à une infraction pénale

760. - Critère 13 : l'information est-elle relative à une infraction pénale ? Les règles relatives à la diffusion d'informations relatives à des infractions pénales sont propres à chaque Etat membre. Le Groupe de travail « Article 29 » considère que les autorités de contrôle doivent pouvoir admettre plus facilement le déréférencement lorsque les informations portent sur des délits mineurs et que ceux-ci se sont passés il y a un certain temps. Le facteur temporel joue un rôle important ainsi que la gravité de l'infraction. Les *guidelines* sont cependant prudentes puisqu'elles rappellent qu'il y a lieu de traiter ces demandes de déréférencement avec prudence et au cas par cas.

La prudence des lignes directrices s'explique sans doute par les restrictions apportées par l'article 10 du RGPD (et précédemment l'article 8, § 5 de la directive) au traitement de ces données. Les données judiciaires font en effet l'objet de dispositions particulières (voy. *supra*), notamment en ce qui concerne leur éventuel oubli (voy. *infra*). En cela, il est difficile d'y voir un critère dans la balance des intérêts, mais plus simplement la mise en œuvre d'un régime

³⁸⁶⁵ Sur cette disposition, voy. *supra*. L'article 17, § 3, c), indique que l'effacement ne s'applique pas « dans la mesure où ce traitement est nécessaire : [...] pour respecter une obligation légale qui requiert le traitement prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'Etat membre auquel le responsable du traitement est soumis, ou pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ».

particulier. Enfin, on peut rappeler que les données judiciaires font l'objet de dispositions particulières impliquant l'oubli (voy. *supra*) et qu'en outre, elles sont partie intégrante des réflexions relatives au droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*).

C. Les critiques relatives à la mise en œuvre du droit à l'oubli à l'encontre de l'exploitant d'un moteur de recherche

761. - Introduction. Les critiques à l'encontre de la mise en œuvre du droit à l'oubli d'informations non journalistiques sont nombreuses et ont, notamment, été pour la plupart émises dans la foulée de l'arrêt *Google Spain*. En effet, de nombreux commentaires ont estimé que le déréférencement tel qu'appliqué par la Cour de justice de l'Union européenne ne constituait pas une mesure appropriée et proportionnée. Globalement, ces motifs d'insatisfaction peuvent être résumés en trois points.

1. Le déréférencement est une mesure partielle

762. - Le déréférencement : une mesure partielle, et donc proportionnée ? Le droit au déréférencement constitue-t-il une mesure trop partielle en ce qu'il ne vise qu'à supprimer des liens dans une liste d'un moteur de recherche bien précis, tout en laissant l'information disponible par d'autres moyens ? Le déréférencement n'aurait alors qu'une portée limitée, partielle. Cela étant, la jurisprudence européenne a déjà admis que le caractère limité d'une mesure permet de renforcer sa proportionnalité, et non de l'affaiblir³⁸⁶⁶.

Dans un arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH* du 27 mars 2014³⁸⁶⁷, la Cour de justice de l'Union européenne se penche sur une mesure prise à l'encontre d'un fournisseur d'accès visant à bloquer l'accès à du contenu disponible sur internet et protégé par des droits de propriété intellectuelle³⁸⁶⁸. La Cour prend en compte la liberté d'information : « les mesures qui sont

³⁸⁶⁶ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, pp. 176 et 177, n° 5.

³⁸⁶⁷ C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*. Voy. aussi un raisonnement similaire dans l'arrêt suivant, C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*.

³⁸⁶⁸ Pour l'implémentation d'une mesure systématique de filtrage

adoptées par le fournisseur d'accès à Internet doivent être strictement ciblées, en ce sens qu'elles doivent servir à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés » (§ 56). La Cour reconnaît en outre « qu'il n'est pas exclu que l'exécution d'une injonction, telle que celle en cause au principal, n'aboutisse pas à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle des personnes intéressées » (§ 58). Elle appuie ce constat sur le fait, notamment, qu'« il n'est pas exclu qu'aucune technique permettant de mettre complètement fin aux atteintes au droit de propriété intellectuelle n'existe ou ne soit en pratique réalisable, ce qui aurait pour conséquence que certaines mesures prises seraient, le cas échéant, contournables d'une manière ou d'une autre » (§ 60). La Cour de justice admet donc que la mesure de blocage soit poreuse. Pour autant, cette dernière doit permettre d'atteindre l'objectif visant à protéger les droits de propriété intellectuelle³⁸⁶⁹. C'est ce qu'elle confirme lorsqu'elle ajoute que « les mesures qui sont prises par le destinataire d'une injonction [...] doivent être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental » (§ 62).

Globalement, la Cour de justice requiert que des mesures de blocage n'en fassent pas trop – elles doivent être « strictement ciblées » selon les termes de la Cour de justice –, tout en s'assurant qu'elles en fassent toutefois assez³⁸⁷⁰ – donc être « suffisamment efficaces » selon les termes de la Cour de justice³⁸⁷¹. Compte tenu de ces constats, le droit au déréférencement

³⁸⁶⁹ Il s'agit là d'une des conditions permettant de justifier une ingérence (légalité, légitimité, proportionnalité au sens large (cette dernière condition impliquant que la mesure soit adéquate, nécessaire et proportionnée au sens strict)). Voy. un juge de la Cour européenne des droits de l'homme qui affirme simplement et sobrement dans une opinion dissidente qu'« une mesure vaine ne saurait être nécessaire » (Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. 16354/06, opinion dissidente du Juge Pinto de Albuquerque). Voy. encore ce même juge européen qui indique qu'il y a lieu de considérer « le fait que certaines mesures de blocage peuvent aisément être contournées, ce qui rend la nécessité de la mesure douteuse » (Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10, opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque). En l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH*, fait sienne cette formule en l'appliquant à la mesure de blocage visée dans l'affaire.

³⁸⁷⁰ Comme le note Q. VAN ENIS, en matière de filtrage, « on risque toujours d'en faire trop et, dans le même temps, de ne pas en faire assez » (Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/96, p. 862).

³⁸⁷¹ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, op. cit., p. 807, n° 1134. Voy. aussi l'analyse faite par ces auteurs

requis auprès d'un moteur de recherche paraît pouvoir être justifié : il s'agit d'une mesure strictement ciblée et suffisamment efficace pour assurer le droit à la protection de données à caractère personnel d'une personne, c'est-à-dire pour rendre l'accès à ces informations plus difficilement réalisable.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, le même principe a été validé : une mesure qui n'est que partielle permet de justifier la proportionnalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression. Elle a admis que le fait de priver un internaute d'un moyen parmi d'autres d'accéder à du contenu musical protégé permettait de conclure à la proportionnalité de la restriction d'accès³⁸⁷². La Cour vise notamment l'accès à ce contenu par des moyens respectant les droits d'auteur existant sur les œuvres musicales. Un auteur souligne que « [l]'admission par les juges de restrictions à l'efficacité partielle constitue sans doute une réponse réaliste à l'émergence, avec l'internet, d'un réseau diffus et transfrontière où l'emprise du droit ne peut par définition être totale »³⁸⁷³. A nouveau, un parallèle avec le déréférencement peut être fait.

2. Le déréférencement est une mesure territorialement limitée

763. - Vers un déréférencement mondial ? L'efficacité relative du droit au déréférencement est en outre argumentée compte tenu de son champ d'application territorial limité. En effet, l'arrêt *Google Spain* exige la suppression de lien sur l'extension espagnole du moteur de recherche, mais ne tranche pas la question de la portée géographique exacte de cet oubli³⁸⁷⁴. De sorte que la mesure peut être aisément contournée : l'information litigieuse étant toujours disponible sur le site source, il suffit de recourir à une autre extension ou à un autre moteur de recherche pour que l'information soit accessible. Quentin Van Enis indique que « de manière pour le moins paradoxale, une comparaison entre les résultats affichés sur les différentes

de l'arrêt *Sabam c. Scarlet* (C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*), pp. 804 et 805, n° 1132.

³⁸⁷² Cour eur. D.H. (déc.), 11 mars 2014, *Akdeniz c. Turquie*, req. 20877/10.

³⁸⁷³ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 184, n° 9. L'auteur se montre cependant relativement critique face à de telles mesures partielles. Il déclare d'ailleurs qu'« [à] l'avenir, les juges devraient cependant se montrer attentifs à ne pas faire de l'(in-)efficacité relative des mesures de blocage prononcées à l'égard de contenus diffusés sur le net une clause de style de nature à conférer un brevet de proportionnalité à l'ensemble des ingérences dans le droit de la liberté d'expression sur la Toile, comme si tout ce qui était perdu en terme d'efficacité était nécessairement récupéré en terme de proportionnalité au sens strict ».

³⁸⁷⁴ Voy. en outre, Commission de la protection de la vie privée, avis n° 75/2017 du 13 décembre 2017

versions d'un moteur de recherche permet non seulement d'établir le profil exhaustif de l'ensemble des personnes physiques, en dépit du déréférencement partiel intervenu, mais également d'effectuer un relevé précis des informations considérées comme gênantes aux yeux des personnes qui auraient exercé leur droit à l'oubli »³⁸⁷⁵.

Cette critique concerne la portée territoriale de cette forme d'oubli. Il est indéniable qu'une pleine efficacité du droit au déréférencement implique qu'il puisse s'appliquer à l'ensemble des extensions d'un exploitant de moteur de recherche. Le Groupe de travail « Article 29 » plaide d'ailleurs en ce sens : « [i]n order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling, de-listing decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com »³⁸⁷⁶. Pour cette instance, il est nécessaire d'assurer un effet pleinement utile au droit à la vie privée et à la protection des données. Une telle obligation pourrait cependant s'apparenter à une obligation à effet extraterritoriale basée sur le droit européen qui pourrait être mal reçue notamment dans le droit américain qui répugne à consacrer le droit à l'oubli³⁸⁷⁷. L'implémentation d'un droit au déréférencement global risque de faire peser de conséquentes obligations sur les autorités européennes de régulation de la vie privée. Conscient de ces risques, le Groupe de travail « Article 29 » invite les autorités européennes chargées de protéger les données à caractère personnel à se pencher sur les demandes que l'on peut qualifier d'euro-péennes : « [u]nder EU law, everyone has a right to data protection. In practice, DPAs will focus on claims where there is a clear link between the data subject and the EU, for instance

³⁸⁷⁵ Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 181, n° 7.

³⁸⁷⁶ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225, § 7 de l'executive summary et le § 20 de la Part I (Interpretation of the CJUE Judgment).

³⁸⁷⁷ Voy. notamment un arrêt *Martin v. Hearst Corp.* (No. 13-3315, 2015 WL 347052) du 28 janvier 2015, la cour d'appel du second circuit a jugé qu'une loi (le Connecticut Erasure Act) prévoyant l'obligation d'expurger le casier judiciaire après une arrestation non suivie de poursuites ne pouvait constituer un fondement valable à un grief de diffamation ou d'atteinte à la vie privée adressée par un particulier à l'encontre d'un média qui refuse de supprimer l'information dans ses pages web (cité par F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, p. 753, n° 1072, note 2621).

where the data subject is a citizen or resident of an EU Member State »³⁸⁷⁸. Suivant cette précision, Alain Strowel estime que, participe à la proportionnalité du droit au déréférencement, précisément le fait que l'information qui ne serait plus accessible en Europe le reste via un serveur américain³⁸⁷⁹.

La pratique des internautes permet néanmoins de relativiser les débats autour de la portée territoriale du droit au déréférencement. En effet, « une large majorité (plus de 95 %) des requêtes en provenance des pays de l'UE sont faites sur les pages locales du moteur de recherche »³⁸⁸⁰. En outre, le rapport final du Comité consultatif mis en place par Google à la suite de l'arrêt *Google Spain*, et dont le but était d'analyser les enjeux et conséquences de cet arrêt de la Cour de justice, indique en outre que les requêtes faites en utilisant l'extension « .com » sont pour la plupart toutes redirigées vers l'extension locale, sur base de l'adresse IP³⁸⁸¹.

764. - Une affaire sur la portée territoriale du droit à l'oubli devant la Cour de justice de l'Union européenne. La question de la portée territoriale a d'ores et déjà été abordée par la jurisprudence, notamment française³⁸⁸². Le Conseil d'Etat français a cependant posé des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne dans le but d'obtenir des précisions³⁸⁸³. La première question est formulée comme suit : faut-il interpréter ce droit comme impliquant le déréférencement « sur l'ensemble des noms de domaine [...] de telle sorte que les liens litigieux n'apparaissent plus quel que soit le lieu à partir duquel la recherche lancée sur le nom du demandeur est effectuée, y compris hors du champ d'application territorial de la directive du 24 octobre 1995 » ? La deuxième question se pose en cas de réponse négative de la part de la Cour de justice à la première interrogation. Elle demande en somme si le droit de

³⁸⁷⁸ Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225, § 6 de l'executive summary.

³⁸⁷⁹ A. STROWEL, « Censure ! Vous avez dit censure ? A propos de l'arrêt *Google* sur le “droit à l'oubli” », *A&M*, 2014/5, p. 313.

³⁸⁸⁰ F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge, op. cit.*, pp. 753 et 754, n° 1072.

³⁸⁸¹ Rapport final, The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 février 2015, p. 19, disponible à l'adresse <https://www.google.com/advisorycouncil/>.

³⁸⁸² Voy. Notamment T.G.I. (réf.), 16 septembre 2014, *X et M. Y c. Google France*, disponible sur le site www.legalis.net. La décision indique « [q]ue c'est vainement que Google France sollicite à titre infiniment subsidiaire que l'injonction soit limitée aux seuls liens avec Google.fr, alors qu'il n'établit pas l'impossibilité de se connecter depuis le territoire français en utilisant les autres terminaisons du moteur de recherche google ».

³⁸⁸³ Demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'Etat (France) le 21 août 2017, *Google Inc. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

déréférencement peut alors s'appliquer à l'ensemble des extensions nationales correspondant aux Etats membres de l'Union européenne. La troisième et dernière question s'interroge sur l'application de la technique du « géo-blocage » dans la suppression des résultats litigieux.

L'affaire qui porte sur l'application des dispositions de la directive 95/46/CE – et non directement du RGPD – devant la Cour de justice, a fait l'objet d'un arrêt du 24 septembre 2019³⁸⁸⁴, les conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar ayant été présentées le 10 janvier 2019³⁸⁸⁵.

765. - Les conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar. L'Avocat général s'oppose au déréférencement mondial : « [l]'idée d'un déréférencement mondial peut paraître séduisante par sa radicalité, sa clarté, sa simplicité et son efficacité. Néanmoins, cette solution ne me convainc pas, car elle tient compte d'un seul côté de la médaille, à savoir la protection des données d'un individu » (§ 36). Il précise que le lieu à partir duquel une recherche est lancée lui paraît être fondamental. Il faut imposer une « différenciation [...] selon le lieu à partir duquel la recherche est effectuée. Les demandes de recherche faites en dehors du territoire de l'Union ne devraient pas souffrir d'un déréférencement des résultats de recherche » (§ 46). Il s'oppose à ce que les dispositions de la directive puissent s'appliquer hors des frontières de l'Union européenne, le traité sur l'Union européenne relevant que les traités européens n'ont vocation à s'appliquer qu'aux Etats membres (§§47 et 49)³⁸⁸⁶. Pourtant, la Cour de justice a d'ores et déjà admis que le droit européen puisse avoir des effets extraterritoriaux, notamment en droit de la concurrence et en droit des marques. L'Avocat général y voit toutefois une situation différente que dans le cadre du droit au déréférencement : « [c]es deux types de situation constituent [...] des situations extrêmes de nature exceptionnelle. Ce qui est crucial dans les deux situations, c'est l'effet sur le marché intérieur [...]. Le marché intérieur est un territoire clairement délimité par les traités. En revanche, l'internet est, par nature, mondial et, d'une certaine manière, est présent partout. Il est donc difficile de faire des analogies et des comparaisons » (§ 53).

³⁸⁸⁴ C.J.U.E. (gde ch.), 24 septembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

³⁸⁸⁵ Conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

³⁸⁸⁶ Article 52, § 1^{er}, du Traité sur l'Union européenne. La disposition liste l'ensemble des Etats membres de l'Union.

Dans le cas précis du droit au déréférencement, la portée mondiale doit être refusée compte tenu de l'obligation de mettre en œuvre une pondération des intérêts (§§ 57 et 58). Or, « [s]i l'on admettait un déréférencement mondial, les autorités de l'Union ne seraient en mesure de définir et de déterminer un droit à recevoir des informations, et encore moins de le mettre en balance avec les autres droits fondamentaux de la protection des données, et à la vie privée. D'autant plus qu'un tel intérêt du public à accéder à une information va forcément varier selon la localisation géographique d'un Etat tiers à l'autre » (§ 60)³⁸⁸⁷. Pointant encore le risque que des pays tiers puissent à leur tour exiger le déréférencement mondial d'informations, ce qui aboutirait à « un nivellement vers le bas au détriment de la liberté d'expression » (§ 61), l'Avocat général estime, répondant à la première question, que les circonstances de la présente affaire ne doivent pas aboutir à consacrer le déréférencement mondial (§§ 62 et 63)³⁸⁸⁸.

Conscient que son point de vue aboutit à valider une portée relative du droit au déréférencement, l'Avocat général estime que la technologie du géo-blocage permet de contrer les possibilités de retrouver l'information litigieuse en recourant aux autres extensions du moteur de recherche (§§ 69 et 70). Ce procédé « est une technique qui limite l'accès au contenu Internet en fonction de la situation géographique de l'utilisateur » (§ 71). Bien que constituant une forme de censure (§ 71) et faisant l'objet d'une interdiction par un règlement européen 2018/302³⁸⁸⁹, l'Avocat général poursuit son raisonnement « [u]ne fois qu'un géo-blocage est admis »³⁸⁹⁰, sans réellement s'attarder sur cette question pourtant fondamentale de son propre raisonnement. Il avance que lorsque le droit au déréférencement est exigé dans le chef du moteur de recherche, ce dernier doit « prendre toute mesure à sa disposition afin d'assurer un déréférencement efficace et complet »³⁸⁹¹, ceci incluant des mesures techniques tel que,

³⁸⁸⁷ L'on souligne que l'Avocat général évoque le « droit à recevoir des informations » et l'« intérêt du public à accéder à une information ». Voy., à propos de cette qualification d'un simple intérêt à accéder aux informations, *supra*.

³⁸⁸⁸ Cela étant, l'Avocat général n'exclut pas « qu'il puisse y avoir des situations dans lesquelles l'intérêt de l'Union exige une application des dispositions de la directive 95/46 au-delà du territoire de l'Union » (§ 62).

³⁸⁸⁹ Règlement 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements n° 2006/2004 et 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, *J.O.U.E.*, L 60 du 2 mars 2018, p. 1.

³⁸⁹⁰ Le règlement 2018/302 vise à consolider le marché numérique européen. Il empêche « le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée, directement ou indirectement, sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients » (article 1^{er}).

³⁸⁹¹ L'Avocat général fait notamment référence à l'arrêt suivant, C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* (voy. son analyse *supra*, et notamment le fait que des mesures visant à restreindre un droit de propriété intellectuelle « doivent être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, à tout le moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non

notamment, le géo-blocage (§ 74)³⁸⁹². Répondant aux deuxième et troisième questions préjudicielles, l'Avocat général considère que la logique du marché intérieur oblige que le déréférencement soit efficace et complet à l'échelle de l'Union européenne³⁸⁹³, ceci étant d'ailleurs renforcé par le passage de la directive 95/46/CE au RGPD désormais « directement applicable dans tout Etat membre »³⁸⁹⁴ (§ 76).

Le raisonnement sur le géoblocage est étonnant. L'Avocat général semble laisser de côté la question de la validité d'un tel processus. L'article 3 du règlement 2018/302 concerne l'« [a]ccès aux interfaces en ligne » et interdit l'utilisation des mesures technologiques pour bloquer ou limiter l'accès d'un client à une interface en ligne du professionnel (article 3, § 1^{er}). En l'espèce, il est difficile de dire si cette interdiction s'applique au géoblocage fait dans le cadre d'une application du droit au déréférencement³⁸⁹⁵. Cependant, l'article 3, § 3, dispose que l'interdiction n'est pas d'application « lorsque le blocage ou la limitation de l'accès ou la redirection sont nécessaires en vue de satisfaire une exigence légale applicable aux activités du professionnel, prévue dans le droit de l'Union ou dans la législation d'un État membre conformément au droit de l'Union ». Le raisonnement de l'Avocat général paraît pouvoir s'inscrire dans cette exception, rendant le géoblocage possible dès lors qu'il rend le déréférencement effectif et qu'il permet de satisfaire à une exigence légale applicable aux activités d'un professionnel, celle-ci étant en outre consacrée par le RGPD.

autorisées d'objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ». Voy. aussi C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, § 96.

³⁸⁹² Voy. aussi le § 78 : cette obligation de suppression « inclut, notamment, la technique dite du “géo-blocage”, depuis une adresse IP réputée localisée dans l'un des Etats membres soumis à la directive 95/46, et ce quel que soit le nom de domaine utilisé par l'internaute qui effectue la recherche ».

³⁸⁹³ Voy. aussi le § 78 : « [...] l'exploitant d'un moteur de recherche est tenu de supprimer les liens litigieux des résultats affichés à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom du demandeur effectuée dans un lieu situé dans l'Union européenne ».

³⁸⁹⁴ Article 288, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁸⁹⁵ Sans s'attarder à répondre à cette question, il y a lieu de déterminer cela en fonction des définitions proposées par le règlement. Le client est « un consommateur qui possède la nationalité d'un État membre ou y a son lieu de résidence, ou une entreprise qui a son lieu d'établissement dans un État membre, et qui reçoit un service ou achète un bien, ou tente de le faire, dans l'Union, dans le but unique de son utilisation finale » (article 2, 13), du règlement 2018/302). Le consommateur s'entend de « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (article 2, 12), du règlement 2018/302). Le professionnel est « toute personne physique ou toute personne morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant au nom ou pour le compte du professionnel, aux fins qui entrent dans le cadre de l'activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale du professionnel » (article 2, 18, du règlement 2018/302). Enfin, l'interface en ligne, c'est « tout logiciel, y compris un site internet ou une section de site internet, et des applications, notamment des applications mobiles, exploité par un professionnel ou pour son compte et permettant aux clients d'accéder aux biens ou aux services qu'il propose en vue de réaliser une transaction portant sur ces biens ou services » (article 2, 16), du règlement 2018/302).

766. - L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne. Les juges européens, réunis en Grande chambre, confirment le raisonnement tenu par l'Avocat général³⁸⁹⁶. Tout en reconnaissant qu'un déréférencement sur l'ensemble des versions d'un moteur de recherche permet de rencontrer pleinement la protection des données à caractère personnel (§ 55), ils soulignent cependant que de nombreux Etats « ne connaissent pas le droit au déréférencement ou adoptent une approche différente de ce droit » (§ 59). Cet élément explique notamment le caractère limité qu'ils reconnaissent au déréférencement. Celui-ci doit s'appliquer « non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres, et ce, si nécessaire, en combinaison avec des mesures qui, tout en satisfaisant aux exigences légales, permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès aux liens qui font l'objet de cette demande » (§ 73).

3. Le déréférencement rend responsable le mauvais intermédiaire

767. - Le déréférencement : la mise en œuvre de l'oubli auprès du mauvais responsable du traitement ? L'on s'interroge ici sur le fait que le droit au déréférencement implique la suppression d'un lien internet vers une information disponible sur un site-source qui, lui, pourrait ne pas être inquiété. Autrement dit, n'y-a-t'il pas erreur dans la recherche d'un responsable du préjudice subi par le fait que l'information litigieuse soit disponible sur internet et relayée par des moteurs de recherche³⁸⁹⁷ ? La problématique traverse d'ailleurs clairement les questions préjudicielles qui parviennent à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google Spain*. Dans la question 2, c), il est demandé à la Cour de se prononcer sur la possibilité d'agir contre l'exploitant d'un moteur de recherche « sans s'adresser préalablement ou simultanément au propriétaire du site web sur lequel figurent lesdites informations ». Dans la question 2, d), on s'interroge sur une libération potentielle des obligations qui incombent à l'exploitant d'un moteur de recherche « lorsque les informations contenues dans les données

³⁸⁹⁶ C.J.U.E. (gde ch.), 24 septembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

³⁸⁹⁷ Quentin Van Enis constate que « [s]'attaquer en premier lieu aux résultats affichés par les moteurs de recherche revient à atténuer les symptômes du mal que l'on combat plutôt qu'à tenter de l'enrayer à sa source » (Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 182, n° 7).

personnelles ont été publiées légalement par des tiers et demeurent sur le site web d'origine ». Enfin, la question 3 porte sur l'application des droits à l'effacement, au verrouillage et d'opposition « alors même qu'il s'agirait d'informations publiées légalement par des tiers »³⁸⁹⁸.

Alors que pour l'organisation « Article 19 », intervenante dans le cadre d'une affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, « une mesure consistant à exiger la suppression d'un lien sans traiter d'abord la source du contenu prétendument illégal constituerait toujours une démarche disproportionnée »³⁸⁹⁹, la Cour de justice de l'Union européenne n'a, semble-t-il, pas suivi cet avis : l'arrêt *Google Spain* est clair à cet égard, les responsabilités de l'éditeur d'un site web et de l'exploitant d'un moteur de recherche doivent être distinguées. La Cour de justice rejette donc l'idée d'un principe de subsidiarité qui impliquerait qu'une personne concernée doive dans un premier temps agir contre l'éditeur du site internet sur lequel l'information litigieuse se trouve, ce qui lui ouvrirait ensuite un droit d'agir contre un moteur de recherche. Dans ses conclusions préalables à l'arrêt précité³⁹⁰⁰, l'Avocat général rappelle qu'un éditeur de site web endosse la responsabilité des traitements qu'il effectue (§ 40), qu'il a en outre la possibilité technique d'exclure ses pages de l'indexation faite par les moteurs de recherche (§§ 4 et 42). Conscient des difficultés qu'une personne peut rencontrer « en s'adressant uniquement aux responsables du traitement des pages web source », conscient du fait que « les mêmes données [...] peuvent avoir été publiées sur d'innombrables pages » (§ 44), l'Avocat général reconnaît qu'il puisse y avoir certains obstacles à garantir le respect des droits de la personne concernée découlant de « [l']accessibilité universelle des informations » rendue possible par les moteurs de recherche (§ 45). Dès lors, il conclut qu'il y a lieu de faire « face au problème de la “responsabilité subsidiaire” d'une catégorie de prestataires de services de la société de l'information » (§ 46). Il faut rappeler que l'Avocat général estimait que les moteurs de recherche ne devaient pas être considérés comme des responsables du traitement, point que la Cour de justice n'a pas entériné.

Cette subsidiarité n'est pas reprise dans l'arrêt *Google Spain* ni même dans le RGPD³⁹⁰¹, la décision ayant mis en exergue le traitement particulier effectué par les exploitants de moteur

³⁸⁹⁸ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 20.

³⁸⁹⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. 16354/06, § 47.

³⁹⁰⁰ Conclusions de l'Avocat général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

³⁹⁰¹ Voy. toutefois Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 180, n° 7. L'auteur

de recherche. Ledit arrêt, dès lors qu'il distingue deux traitements de données et donc deux responsabilités différentes, ne traite pas identiquement l'exploitant d'un moteur de recherche et l'éditeur d'un site web. Les deux sont tenus à des obligations issues du RGPD, ces obligations ne se matérialisant pas de façon identique. L'on évoque généralement le déréférencement pour le premier, l'anonymisation pour le second. Le fait d'agir contre un intermédiaire n'est en soi pas problématique aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a déjà pu considérer, dans une affaire relative à la protection des droits d'auteur, que « dès lors que les services d'intermédiaires sont de plus en plus utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur ou à des droits voisins, ces intermédiaires sont, dans de nombreux cas, les mieux à même de mettre fin à ces atteintes »³⁹⁰². Le raisonnement est transposable au moteur de recherche, ce qu'a d'ailleurs en partie proposé la Cour de justice dans l'arrêt *Google Spain*³⁹⁰³.

4. Le déréférencement constitue une nouvelle forme de censure

768. - Le déréférencement : de la censure ? Alain Strowel, dans une tribune intitulée *Censure ! Vous avez dit censure ?*, et relative à l'arrêt *Google Spain*, affirme que « [t]out droit de contrôler des informations (qu'il s'agisse du droit sur les informations personnelles, du droit à la réputation, du droit d'auteur, de la protection du secret, etc.) heurte potentiellement la liberté d'expression et d'information. Mais les mesures à mettre en œuvre pour faire respecter le “droit à l'oubli numérique”, qui devrait être considéré comme “droit de rectification” de la

soutenant ce principe de subsidiarité, écrit ceci : « [i]l est d'ailleurs symptomatique de relever que la proposition de règlement actuellement en discussion – texte dont on peut penser qu'il a vocation à remédier aux lacunes du droit en vigueur – n'est pas allé aussi loin dans la consécration d'un “droit à l'oubli”, dans la mesure où, selon ses termes, il appartient au responsable qui a rendu publiques les données à caractère personnel de prendre “toutes les mesures raisonnables, y compris les mesures techniques, en ce qui concerne les données publiées sous sa responsabilité, en vue d'informer les tiers qui traitent lesdites données qu'une personne concernée leur demande d'effacer tous liens vers ces données à caractère personnel, ou toute copie ou reproduction de celles-ci”. Selon ce texte, le moteur de recherche ne serait qu'un tiers par rapport au traitement effectué par l'éditeur, en matière telle que la responsabilité du droit à l'effacement et à l'oubli reposerait à titre principal le dernier qui serait chargé de faire diligence auprès du premier afin de faire supprimer les liens qui continueraient à renvoyer indûment vers les données à caractère personnel ». L'auteur fait référence à l'article 17, § 2, du règlement. Cette disposition, dans sa version finale, n'évoque plus le terme « tiers », mais fait référence au « responsable du traitement ». Le règlement, dans sa version finale, semble donc bien remédier aux lacunes du droit tel qu'il existait à l'époque. A tout le moins, la disposition semble un élément supplémentaire confortant le rejet d'un hypothétique principe de subsidiarité entre les responsabilités des éditeurs et celles des moteurs de recherche.

³⁹⁰² C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, § 27. Le même constat est fait par le considérant n° 59 de la directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

³⁹⁰³ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 84.

re-divulgateur, peuvent difficilement être tenues pour une “censure”, en tout cas au sens de celle prohibée par notre Constitution »³⁹⁰⁴. L’auteur évoque plusieurs raisons qui, pour la plupart, ont déjà été abordées dans les développements précédents.

Premièrement, le déréférencement est une mesure qui n’est pas absolue. L’information litigieuse demeure disponible sur le site-source. Ceci découle de la distinction faite entre les responsabilités de l’éditeur et de l’exploitant d’un moteur de recherche. Comme l’affirme la Commission de la protection de la vie privée, « le déréférencement n’a, ni pour but, ni pour effet, de supprimer définitivement un lien litigieux. Le lien demeure accessible [...] sur la base de son écriture complète. L’accessibilité du lien de la sorte n’est en aucun cas de la responsabilité d’un moteur de recherche, pas plus qu’il lui appartient de supprimer le contenu de la page Internet correspondant à ce lien. Prétendre le contraire reviendrait [...] à permettre à un moteur de recherche d’opérer une censure, ce qui ne saurait être admis »³⁹⁰⁵. Cela étant, rien n’empêche la personne concernée d’agir éventuellement de concert à l’encontre de ces deux responsables du traitement.

La suppression d’un (ou plusieurs) lien(s) dans une liste de résultats ne concerne qu’une requête introduite au départ de l’identité d’une personne. L’information peut donc être trouvée via d’autres requêtes sur le même moteur de recherche, ou via une requête introduite au départ de l’identité sur un autre moteur de recherche (ou le même moteur mais à partir d’une extension hors du champ du déréférencement européen³⁹⁰⁶). Le déréférencement pourrait parfaitement s’appliquer sur base non pas de l’identité d’une personne, mais d’autres données à caractère personnel permettant d’identifier une personne³⁹⁰⁷.

Pour rebondir sur l’affirmation faite par Alain Strowel, la censure telle que comprise dans le cadre de notre Constitution, implique l’absence de toute divulgation d’une opinion³⁹⁰⁸. La Cour de justice a considéré que la mise en une d’une information faite par un moteur de recherche constitue une redivulgateur. Cette conception de la redivulgateur est remise en cause

³⁹⁰⁴ A. STROWEL, « Censure ! Vous avez dit censure ? A propos de l’arrêt *Google* sur le “droit à l’oubli” », *op. cit.*, p. 312.

³⁹⁰⁵ Commission de la protection de la vie privée, avis n° 75/2017 du 13 décembre 2017 sur plainte dirigée à l’encontre d’un moteur de recherche quant aux modalités d’exercice et à la portée géographique du déréférencement d’URL (CO-A-2017-088).

³⁹⁰⁶ Voy. les développements *supra*.

³⁹⁰⁷ Voy. la définition large de la notion de « donnée à caractère personnel », *supra*.

³⁹⁰⁸ Sur la notion de censure, voy. *supra*.

par certains auteurs³⁹⁰⁹. Cela étant, dans le cadre du droit au déréférencement, la notion de redivulgation ne paraît pas aussi importante que dans le cadre de la mise en œuvre du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Les différents critères à mettre en pondération, proposés tant par le Groupe de travail « Article 29 » que par le Comité consultatif mis en place par Google, n'évoquent d'ailleurs pas cette condition de redivulgation³⁹¹⁰.

Certes, le déréférencement est une mesure visant à restreindre l'accès à des informations et constitue en cela une ingérence au droit à la liberté d'expression. L'ingérence paraît répondre aux conditions reconnues tant par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que la Convention européenne des droits de l'homme. Elle implique notamment la mise en balance des intérêts, sur base des critères notamment proposés par les organismes précités. L'on ne peut donc en tant que tel évoquer la censure, celle-ci pourrait l'être d'ailleurs davantage dans le registre de l'effacement d'informations journalistiques³⁹¹¹.

769. - L'autocensure découlant de la privatisation de la pondération des intérêts.

L'implémentation du droit à l'effacement pourrait, moyennant une interprétation souple du RGPD, obliger les responsables du traitement à mettre en œuvre une pondération d'intérêts (voy. *supra*). Or, leur permettre de jouer un tel rôle pourrait aboutir à la mise en œuvre d'une forme d'autocensure³⁹¹². On peut opposer les mêmes arguments que ceux proposés à l'encontre de ceux qui voient l'oubli comme une forme de censure et considérer donc qu'il n'est pas question de censure ou d'autocensure. Dès lors qu'une demande de déréférencement est avant

³⁹⁰⁹ Voy., parmi d'autres, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, p. 179 et 180, n° 7, note 32 (« [à] notre estime, on ne peut qualifier le référencement opéré par un moteur de recherche d'une « redivulgation » d'information comparable à celle en cause dans le droit à l'oubli « classique » qui permet, dans certaines conditions, de s'opposer à la rediffusion d'informations judiciaires passées [...] »). Il y a lieu en outre de constater une vision restrictive de ce que l'auteur qualifie de droit à l'oubli classique.

³⁹¹⁰ Voy. l'analyse de ces critères, *supra*.

³⁹¹¹ En effet, en droit belge, l'interdiction de la censure est inscrite à l'article 25 de la Constitution, celui-ci protégeant le droit de la presse. Dès lors, elle s'inscrit dans le cadre d'informations journalistiques. Cependant, le parallèle a ses limites lorsque l'on connaît l'interprétation restrictive que la jurisprudence belge, Cour de cassation en tête, propose de cette notion de presse. Voy., à ce propos, *supra*. Voy. en outre, F. JONGEN, A. STROWEL, E. CRUYSMANS (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, *op. cit.*, p. 752, n° 1071, et notamment la note 2618 qui indique que « [s]elon Edouard Geffrau (secrétaire général de la CNIL), seuls 4 % des demandes de déréférencement visés par l'arrêt *Google Spain* porteraient sur des contenus intégrés à des sites de presse (intervention orale lors du colloque organisé par le Conseil d'Etat, *La France dans la transformation numérique – Quelle protection pour les droits fondamentaux ?*, Paris, 6 février 2015). Voy. aussi le *Transparency Report* mis à jour sur le site google.com. Il serait donc difficile de parler de censure au sens d'atteinte à la liberté de la presse (au sens strict) ».

³⁹¹² En ce sens, voy. notamment, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, pp. 189 à 193, n° 13 et 14.

tout dirigée à l'encontre d'un moteur de recherche, avant de potentiellement faire l'objet d'une décision de justice, l'on concède que le rôle de ces intermédiaires du net n'est pas à prendre à la légère. Il est toutefois encadré non seulement par le RGPD, mais aussi par les quelques critères précédemment évoqués afin d'aiguiller leur raisonnement.

Section 3. L'oubli par la rectification de données

770. - Introduction. L'article 17 du RGPD consacre l'effacement et l'oubli. Toutefois, le droit à l'oubli d'informations non journalistiques tel que défini préalablement (voy. *supra*) implique que d'autres droits émanant du RGPD puissent aboutir à l'oubli, parfois partiel, de données à caractère personnel. Le droit de rectification permet d'atteindre ce dessein.

§ 1^{er}. Le droit à rectification dans la réglementation

771. - Les consécutions du droit de rectification. Le droit de rectification des données permet à une personne concernée « de “rectifier”, a posteriori, de “fausses” » données³⁹¹³. Il a pour objectif de « permettre à la personne concernée d'obtenir la correction des erreurs affectant ses données, et non d'obtenir des explications sur la manière dont ses données ont été traitées », cette dernière prérogative faisant davantage l'objet du droit d'accès aux données³⁹¹⁴.

Le droit de rectification est consacré dans le RGPD, en son article 16. Il est en outre inscrit à l'article 9, § 1^{er}, e), de la Convention n° 108 modernisée, celui-ci indiquant que « [t]oute personne a le droit [...] d'obtenir, à sa demande, sans frais et sans délai excessifs, la rectification de ses données [...] lorsqu'elles sont ou ont été traitées en violation des dispositions de la présente Convention ». Le rapport explicatif du protocole d'amendement affirme que la rectification doit être gratuite. En outre, « [l]orsque des rectifications et des effacements sont obtenus conformément au principe énoncé à l'alinéa e, ils doivent, dans la

³⁹¹³ C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, § 52.

³⁹¹⁴ E. DEGRAVE, « Copies d'examen et protection des données à caractère personnel », note sous C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, *J.T.*, 2018, p. 483.

mesure du possible, être portés à la connaissance des destinataires de l'information originale, à moins que cela s'avère impossible ou implique des efforts disproportionnés » (§ 81)³⁹¹⁵.

L'article 8, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre encore le droit de rectification: « [t]oute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification ».

772. - Le droit de rectification dans la déontologie journalistique. La déontologie journalistique consacre également la rectification d'informations. La Convention de Munich oblige les journalistes à « rectifier toute information publiée qui se révèle inexacte »³⁹¹⁶. Le Code de déontologie journalistique applicable en Communautés française et germanophone inscrit cette obligation en son article 6 : « [l]es rédactions rectifient explicitement et rapidement les faits erronés qu'elles ont diffusés »³⁹¹⁷.

Outre l'énonciation de ce principe dans ces textes, l'obligation de rectification a fait l'objet d'une recommandation du Conseil de déontologie journalistique³⁹¹⁸. Ce texte indique notamment que « la rectification contribue à garantir la crédibilité des médias d'information et renforce la relation de confiance avec le public », tout en ajoutant qu'« il est tout à l'honneur des journalistes de reconnaître leurs erreurs et de les corriger spontanément »³⁹¹⁹. Pour le Conseil de déontologie journalistique, l'obligation de rectification permet de distinguer « les médias journalistiques des autres flux d'information dans un contexte concurrentiel toujours croissant ». La précision proposée s'inscrit parfaitement dans la distinction faite entre l'oubli d'informations, selon qu'elles aient un caractère journalistique ou non. En effet, la recommandation pose le principe que certains médias peuvent être qualifiés de « journalistiques », ce qui n'est donc pas le cas d'autres. En outre, l'obligation de rectification

³⁹¹⁵ Le destinataire est défini comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service, l'agence ou tout autre organisme qui reçoit communication de données ou à qui des données sont rendues accessibles » (article 2, e), de la Convention n° 108 modernisée).

³⁹¹⁶ Voy. le sixième devoir des journalistes, repris dans la Charte de Munich contenant la déclaration des devoirs et des droits des journalistes. Le texte est adopté par les représentants des syndicats des journalistes des 6 pays membres de la Communauté Européenne à Munich, le 24 et 25 novembre 1971, et adopté ensuite par la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ) au Congrès d'Istanbul en 1972.

³⁹¹⁷ Conseil de déontologie journalistique, code de déontologie journalistique, adopté le 16 octobre 2013, Les carnets de la déontologie journalistique n° 5, 2^{ème} éd., septembre 2017.

³⁹¹⁸ Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, n° 10, 16 p.

³⁹¹⁹ Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, p. 5.

caractérise les premiers. Or, on aura l'occasion de constater ci-après que, dans le cadre d'une application du RGPD, le fait même de proposer un traitement à des fins journalistiques permet que l'on déroge à ce droit de rectification. Il y a là une incohérence. Certes, les textes comparés n'ont pas la même valeur : il y a d'un côté un texte européen ayant effet direct et de l'autre, un texte déontologique n'ayant pas ce même effet – à défaut d'avoir une valeur contraignante. Le paradoxe mérite cependant d'être relevé.

Selon la recommandation, « [l]es rédactions des médias d'information rectifient les faits erronés qu'elles ont diffusés, quel que soit le support utilisé »³⁹²⁰. L'obligation de rectification porte sur les seuls faits erronés, c'est-à-dire inexacts, sans qu'une absence de précision ne soit obligatoirement considérée comme étant une erreur. Tout en soulignant que la rectification doit s'opérer sans délai, dès la prise de connaissance de l'erreur, à l'initiative des journalistes, la recommandation admet que des erreurs minimales, ne créant pas de préjudice majeur, puissent faire l'objet d'une appréciation – au cas par cas – en vue d'une éventuelle rectification. Cette rectification, lorsqu'elle a lieu, doit en outre être explicite et visible³⁹²¹. L'obligation de rectification n'impose donc pas que les informations diffusées soient modifiées, mais que celles-ci fassent l'objet d'une mention particulière clairement visible et disponible.

La recommandation souligne qu'il n'y a pas lieu de confondre rectification et mise à jour d'une information : « [a]lors que la mise à jour se produit lorsque de nouveaux éléments viennent enrichir, compléter ou actualiser l'information, la rectification vaut quand la présentation des faits initialement disponibles est erronée. Contrairement à la rectification, la mise à jour ne remet pas en cause la véracité de l'information précédemment diffusée, même si elle peut venir la corriger. Il n'est jamais question de mise à jour de l'information dans la rectification des faits erronés »³⁹²². Dans la seconde partie de la recommandation apportant des « [p]récisions pour l'information en ligne et déclinée sur d'autres supports numériques », le

³⁹²⁰ Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, p. 7. L'on peut rappeler que le terme « rédaction » est défini par le Code de déontologie journalistique comme désignant « les responsables et l'ensemble des membres du groupe ou du service chargé de la collecte et du traitement des contenus journalistiques au sein d'un média » (Code de déontologie précité, p. 14). La définition s'inscrit résolument dans le champ du traitement des données à caractère personnel, renvoyant notamment aux « contenus journalistiques », ce dernier élément confortant la distinction faite entre le droit à l'oubli d'informations journalistiques et celui portant sur des informations non journalistiques.

³⁹²¹ Le caractère explicite implique que tant la reconnaissance de l'erreur, que son identification et sa rectification doivent apparaître clairement et visiblement.

³⁹²² Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, pp. 8 et 9. Voy. aussi la distinction faite entre l'obligation de rectification et le droit de réponse consacré par la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 8 juillet 1961, p. 5573.

Conseil de déontologie journalistique ajoute que le fait de supprimer purement et simplement un article ou un passage de celui-ci, ou le fait de le rectifier sans aucune indication pour le lecteur ou l'internaute ne correspond pas à l'obligation de rectification ³⁹²³.

§ 2. L'analyse de l'article 16 du RGPD

A. Les consécutions et la mise en œuvre de deux droits : rectifier et compléter

773. - Le champ d'application de l'article 16 : la consécution de deux prérogatives. Le droit de rectification est inscrit à l'article 16 du RGPD. Il permet à la personne concernée « d'obtenir du responsable du traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes ». Deux remarques relatives au champ d'application de la disposition peuvent être faites. Premièrement, l'on note d'emblée que la disposition semble plus restrictive que la directive 95/46/CE. Cette dernière consacrait la rectification « notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ». Alors que le RGPD vise les seules données inexactes, la directive est plus large puisqu'elle effectue un renvoi exemplatif (« notamment »)³⁹²⁴. Deuxièmement, l'article 16 doit être lu parallèlement à l'article 5, § 1^{er}, d), du règlement³⁹²⁵ qui précise que les données doivent être « exactes et, si nécessaire, tenues à jour », ajoutant que « toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder ». Il s'agit d'une consécution du principe d'exactitude (voy. *supra*).

Outre le droit de rectification, l'article 16 consacre un second droit permettant de compléter des informations considérées comme étant incomplètes par la personne concernée « compte tenu des finalités du traitement ». Le droit de compléter ses données doit donc être

³⁹²³ Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, p. 10.

³⁹²⁴ L'article 12, b), de la directive 95/46/CE indiquait que la personne concernée pouvait le cas échéant requérir « la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ». Voy. *supra*, l'interprétation qui a été faite de cette disposition notamment dans le cadre de l'arrêt *Google Spain*. Cela étant, l'on pourrait relativiser cette analyse d'une portée plus restrictive dès lors que, dans son sens courant, la rectification implique une inexactitude. Le règlement se limiterait alors à rendre le texte conforme à cette réalité tirée du sens commun des termes.

³⁹²⁵ Voy. aussi le considérant n° 59 du RGPD.

mis en œuvre lorsque le fait de compléter est nécessaire pour permettre à la finalité d'être atteinte³⁹²⁶. Autrement dit, ce droit n'est pas absolu, son application implique une analyse de chaque cas d'espèce. Ce droit peut être exercé « y compris en fournissant une déclaration complémentaire ». Pour Axel Beelen, cette dernière précision « vise le fait que “compte tenu des finalités du traitement”, le responsable du traitement refuse de compléter directement les données incomplètes dans sa banque de données mais accepte uniquement d'y ajouter une déclaration de la personne concernée en question, déclaration visant à préciser que ses données sont incomplètes et qu'il faut tenir compte en plus de tel ou tel élément mentionné(s) dans une déclaration complémentaire »³⁹²⁷.

Le droit de rectification et le droit de compléter des données sont deux prérogatives devant être distinguées, à l'instar de ce que fait la recommandation précitée du Conseil de déontologie journalistique précitée relative à l'obligation de rectification³⁹²⁸.

Enfin, l'article 16 doit encore être lu en parallèle avec l'article 19 du RGPD qui impose que « [l]e responsable du traitement notifie à chaque destinataire auquel les données à caractère personnel ont été communiquées tout rectification [...] effectué[e] conformément à l'article 16 [...], à moins qu'une telle communication se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés »³⁹²⁹. Il s'agit de concrétiser le « droit de suite »³⁹³⁰ dont il a déjà été question ci-avant (voy. *supra*). La mise en œuvre de ce droit aboutit à s'interroger sur ce que constituerait un effort disproportionné pour le responsable du traitement, Thomas Tombal considérant qu'« il ne sera pas considéré comme étant disproportionné de lui imposer l'effort supplémentaire que représente la notification de la rectification auprès de “chacun des destinataires” »³⁹³¹.

³⁹²⁶ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 156.

³⁹²⁷ A. BEELEN, *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, op. cit., p. 147.

³⁹²⁸ Voy. *supra*. La recommandation reprend clairement la distinction entre « rectifier » et « compléter » une information.

³⁹²⁹ Voy. dans le même sens le Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108. Il indique que « [l]orsque des rectifications et des effacements sont obtenus conformément au principe énoncé à l'alinéa e, ils doivent, dans la mesure du possible, être portés à la connaissance des destinataires de l'information originale, à moins que cela se révèle impossible ou implique des efforts disproportionnés ».

³⁹³⁰ C. DE TERWANGNE, « L'étendue dans le temps du droit d'accès aux informations sur les destinataires de données à caractère personnel », op. cit., p. 78. Voy. en outre l'article 2, e), de la Convention n° 108 modernisée qui met en œuvre le droit de suite en soulignant que « [l]orsque des rectifications et des effacements sont obtenus conformément au principe énoncé à l'alinéa e, ils doivent, dans la mesure du possible, être portés à la connaissance des destinataires de l'information originale, à moins que cela s'avère impossible ou implique des efforts disproportionnés ».

³⁹³¹ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 449, n° 53.

774. - L'exercice concret du droit de rectification. Quant à sa mise en pratique, l'article 16 précise simplement que la personne concernée doit obtenir la rectification « dans les meilleurs délais ». L'article 17, § 1^{er}, reprend la même formule, tout en ajoutant ensuite que « le responsable du traitement a l'obligation d'effacer ces données à caractère personnel dans les meilleurs délais, lorsque l'un des motifs » cités ensuite s'applique. Les articles 16 et 17 doivent être lus avec l'article 12, § 3, qui, tout en faisant référence, entre autres, à ces dispositions, requiert du responsable la fourniture des informations prises à la suite d'une demande de la personne concernée « dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande »³⁹³². L'indication temporelle de l'article 16 peut donc se lire compte tenu des précisions de l'article 12, § 3.

Le droit de rectification implique que des données soient inexactes, c'est-à-dire ne plus correspondre à et/ou refléter la réalité. *A priori*, seules peuvent être rectifiées des données objectives et factuelles. Les données subjectives – qui ne peuvent être considérées comme inexactes – pourraient cependant l'être en étant complétées par l'ajout complémentaire d'autres données subjectives³⁹³³. En outre, Paul Voigt et Axel vom den Bussche soutiennent que des jugements de valeur pourraient faire l'objet d'une demande en rectification : « [i]f a value judgement leads to an incorrect impression of a person whose incorrectness can be proven, the interest of the data subject for rectification might prevail »³⁹³⁴. Dans ce cas particulier, ces auteurs estiment qu'il faut déterminer au cas par cas si le droit de rectification peut être appliqué, ceci se faisant en pondérant les intérêts de la personne concernée et du responsable du traitement³⁹³⁵.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 20 décembre 2017 relatif à la question de savoir si une copie d'examen doit s'inscrire dans la réglementation relative aux données personnelles³⁹³⁶, aborde le droit de rectification tel que consacré par l'article 12, b), de

³⁹³² Voy. en outre le considérant n° 59 du règlement.

³⁹³³ Contrôleur européen de la protection des données, « Lignes directrices sur les droits des individus concernant le traitement des données à caractère personnel », disponible à l'adresse suivante, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-02-25_gl_ds_rights_fr.pdf, mis en ligne le 25 février 2014, consulté le 26 février 2019, p. 20

³⁹³⁴ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 155.

³⁹³⁵ *Ibidem*.

³⁹³⁶ C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*. Voy., entre autres, les commentaires de cet arrêt : E. DEGRAVE, « Copies d'examen et protection des données à caractère personnel », op. cit., pp. 481 à 484 ; M. EL BERHOUMI, « Arrêt "Nowak" : les copies d'examen, nouveau terrain de la protection des données personnelles », *Journal de droit européen*, 2018, pp. 90 et 91.

la directive. L'arrêt affirme que « le caractère exact et complet de données à caractère personnel doit être apprécié au regard de la finalité pour laquelle ces données ont été collectées » (§ 53)³⁹³⁷. Cette précision qui n'était pas inscrite dans la directive l'est dans le RGPD, mais uniquement dans le cadre du droit de compléter les données incomplètes, et non pour le droit de les rectifier. Pour plus de clarté, il eut été opportun de l'indiquer clairement pour les deux prérogatives consacrées à l'article 16. Dans l'arrêt précité, la finalité du traitement est précisément de vérifier le niveau des connaissances d'une personne ainsi que de ses compétences. Compte tenu de cette finalité, les erreurs commises par le candidat « ne constituent nullement une inexactitude », puisque ledit niveau « est justement reflété par d'éventuelles erreurs dans ces réponses » (§ 53). L'arrêt poursuit en soutenant que les « erreurs matérielles »³⁹³⁸, telle l'interversion entre les réponses de deux candidats, constituent en revanche des données inexactes pouvant faire l'objet d'une rectification (§ 54)³⁹³⁹.

Le RGPD, tout comme la jurisprudence, n'apporte quasiment aucune information concrète sur la mise en œuvre du droit à la rectification ou du droit à voir des données être complétées. Deux considérations peuvent être proposées à cet égard. Premièrement, la mise en œuvre de l'article 16 ne requiert pas que la personne concernée justifie sa demande de rectification³⁹⁴⁰. Dès lors qu'il est capable de démontrer l'inexactitude de données ou le fait qu'elles ne soient pas complètes – au besoin en soutenant sa demande sur des documents –, les droits consacrés à l'article 16 doivent être appliqués par le responsable du traitement. Deuxièmement, alors que la déontologie journalistique considère qu'une opération visant à rectifier une information doit laisser une trace explicite³⁹⁴¹, cela ne paraît pas devoir être nécessaire en cas d'application du droit de rectification consacré à l'article 16. En revanche, une telle trace doit logiquement exister lorsqu'il s'agit du droit de compléter une information.

³⁹³⁷ Dans le même sens, voy. conclusions de l'Avocate générale Juliane Kokott présentées le 20 juillet 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, § 35.

³⁹³⁸ E. DEGRAVE, « Copies d'examen et protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 483.

³⁹³⁹ Dans le même sens, voy. conclusions de l'Avocate générale Juliane Kokott présentées le 20 juillet 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, § 36 (« [u]ne rectification serait cependant envisageable s'il devait s'avérer que la copie n'établit pas de manière exacte ou complète la performance de la personne concernée lors de l'épreuve »).

³⁹⁴⁰ P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, *op. cit.*, p. 154.

³⁹⁴¹ Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, p. 8 (« [p]our la bonne compréhension du public, il est important d'explicitier les erreurs commises. Cela permet aux personnes ayant déjà pris connaissance du fait erroné de s'en apercevoir et de saisir la teneur réelle des faits »).

B. L'oubli à travers le droit de rectification et le droit de compléter des informations

775. - L'article 16 du RGPD, un fondement du droit à l'oubli ? L'article 16 ne permet pas l'effacement d'une information ; ce n'est d'ailleurs pas son objectif. Il ne permet donc pas d'oublier *sensu stricto* ladite information. Cela étant, il participe au droit à l'oubli en ce sens qu'il constitue, par le biais des deux prérogatives qu'il consacre, un moyen de contrôle, pour la personne concernée, de ses données à caractère personnel.

Dès lors que le droit de rectification et le droit d'obtenir que des données soient complétées portent sur la substance même d'une publication, qu'elles aient une portée journalistique ou non, ces prérogatives ont vocation à s'appliquer à l'encontre des auteurs diffusant des informations inexactes ou incomplètes, ou des éditeurs de sites internet. Ces droits ne semblent en revanche pas pouvoir être revendiqués à l'encontre des exploitants d'un moteur de recherche, les traitements de données effectués par ces derniers n'impliquant pas que des opérations soient directement effectuées sur les contenus.

776. - L'article 16 et les traitements à des fins de journalisme. La portée du droit de rectification et du droit de compléter des informations, comme composante d'un droit à l'oubli, est réduite par l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁹⁴² ainsi que l'article 67 de la loi française « informatique et libertés »³⁹⁴³. Ces dispositions ont été adoptées en vertu de l'article 85, § 2, du RGPD. Elles organisent des dérogations aux deux droits en cause dès lors que le traitement est justifié à des fins de journalisme. Autrement dit, il est impossible de rectifier une donnée ou de la compléter lorsque le responsable du traitement justifie celui-ci par une finalité journalistique.

En droit belge, l'exception n'est aucunement conditionnée, contrairement à celle contenue dans l'ancienne loi du 8 décembre 1992 qui octroyait la dérogation d'application des

³⁹⁴² Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

³⁹⁴³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227. La loi exclut l'application de l'article 40, I, qui consacre notamment le droit de rectifier et de compléter les données. Cela étant, le champ des dérogations de la loi française est beaucoup plus strict que celui de la loi belge. A ce propos, voy. *supra*.

droits de rectifier et de compléter des données que « dans la mesure où leur application compromettrait une publication en projet ou fournirait des indications sur les sources d'information »³⁹⁴⁴. Bien que ces circonstances dans lesquelles l'exemption d'application puissent être largement interprétées, la loi de 1992 tentait de restreindre quelque peu les dangers d'un régime dérogatoire au champ d'application trop large.

L'application de l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 crée un régime dans la conséquence est limpide : les droits consacrés à l'article 16 du RGPD ne feront l'objet de quasiment aucune application à l'encontre de l'auteur d'un article ou de l'éditeur d'un site web³⁹⁴⁵.

Il paraît cependant difficile de justifier qu'une information inexacte ou incomplète ne puisse jamais faire l'objet d'une rectification ou d'une mention afin d'être complétée du seul fait que le traitement est justifié à des fins journalistiques. En effet, comme la Charte de Munich reprenant les devoirs et obligations des citoyens l'indique³⁹⁴⁶, de même que la déontologie belge³⁹⁴⁷, la rectification est une obligation fondamentale des journalistes. Il n'est donc *a priori* pas logique d'exclure ces droits lorsque le traitement est effectué auxdites fins. En ce qui concerne plus particulièrement le droit de rectification, sa mise en œuvre pratique n'est pas détaillée dans les textes. Il a été souligné que la logique de protection des données – et plus globalement de protection de la vie privée – pourrait impliquer que l'information inexacte soit supprimée et remplacée par une information correcte. Dans le cadre d'un traitement effectué à des fins journalistiques, on aurait pu concevoir, en s'appuyant notamment sur les développements déontologiques, que la suppression pure et simple ne puisse être envisagée, dès lors que la rectification se fait de façon claire et visible. Une telle solution paraît à la fois contenter le droit à la liberté d'expression et d'information, tout en tenant compte de la protection des données à caractère personnel. Dans ce cadre précis et compte tenu de la finalité

³⁹⁴⁴ Article 3, § 3, c), de la loi belge 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, p. 5801.

³⁹⁴⁵ Compte tenu de l'interprétation large que reçoit cette notion. A ce sujet, voy. *supra*.

³⁹⁴⁶ Le sixième devoir indique que le journaliste doit « [r]ectifier toute information publiée qui se révèle inexacte ».

³⁹⁴⁷ Selon l'article 6 du Code de déontologie journalistique, « Les rédactions rectifient explicitement et rapidement les faits erronés qu'elles ont diffusés ». L'article est d'ailleurs explicité comme suit : « [l]'obligation de rectification des faits erronés s'inscrit dans une optique de recherche et de respect de la vérité. Elle contribue à garantir la crédibilité des médias d'information et renforce la relation de confiance avec le public [...] ». Une recommandation relative à l'obligation de rectification a en outre été adoptée le 21 juin 2017 par le Conseil de déontologie journalistique (disponible à l'adresse suivante, <https://www.lecdj.be/telechargements/Carnet-rectification-versionavec-cover.pdf>).

du traitement, le droit de rectification s'apparenterait, dans sa mise en œuvre, au droit de compléter des données.

Section 4. L'oubli par la limitation du traitement

777. - Limiter le traitement de données. Appelé précédemment « droit de verrouillage »³⁹⁴⁸, le droit à la limitation du traitement permet, comme son nom l'indique, de requérir de la part du responsable du traitement que le traitement de données à caractère personnel soit limité. Il est l'un des rares droits à faire l'objet d'une définition particulière dans le RGPD. En effet, l'article 4, 3), définit la limitation du traitement comme étant « le marquage de données à caractère personnel conservées, en vue de limiter leur traitement futur ». A la différence du droit d'opposition, le droit à la limitation implique que les données ne puissent plus être traitées pendant un certain laps de temps. Elles sont alors verrouillées durant cette période, leur traitement n'étant toutefois pas totalement interdit. L'article 18, § 2, précise qu'en cas de mise en œuvre du droit à la limitation, les données « ne peuvent, à l'exception de la conservation, être traitées qu'avec le consentement de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice, ou pour la protection des droits d'une autre personne physique ou morale, ou encore pour des motifs importants d'intérêt public de l'Union ou d'un Etat membre ».

L'article 18, § 2, restreint la portée du droit à la limitation. En effet, ce dernier ne s'oppose pas à ce que le responsable du traitement conserve les données. Une telle restriction est justifiée par la nature même du droit à la limitation qui se veut temporaire. Or, la conservation étant un traitement, il est nécessaire, pour la bonne exécution du droit à la limitation, de permettre que les données soient conservées pendant le délai durant lesquelles ces données sont verrouillées. En outre, d'autres motifs permettent de faire exception au droit à la limitation. La personne concernée peut parfaitement consentir à ce que ses données soient traitées durant la période de limitation. Sans doute faut-il que le responsable du traitement obtienne une autorisation particulière, compte tenu du contexte d'application du droit à la limitation. Quand bien même le traitement initial est justifié par un consentement, l'exercice par la personne concernée du droit à la limitation oblige le responsable à réobtenir un

³⁹⁴⁸ Voy. l'article 12, b), de la directive 95/46/CE.

consentement répondant aux conditions des articles 7 et 8 du RGPD pour traiter les données durant la période précitée. L'article 18, § 2, mentionnent d'autres motifs qui permettent au responsable de passer outre la limitation.

L'article 18 doit enfin être lu et appliqué parallèlement à l'article 19 du RGPD, celui-ci imposant que « [l]e responsable du traitement notifie à chaque destinataire auquel les données à caractère personnel ont été communiquées [...] toute limitation du traitement [...] à moins qu'une telle communication se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés ». Il s'agit là de mettre en œuvre, dans le cadre du droit à la limitation, un réel « droit de suite »³⁹⁴⁹.

778. - Les cas d'application du droit à la limitation. Les cas d'application du droit à la limitation sont limitativement énumérés par l'article 18, § 1^{er}.

Le premier cas permet à la personne concernée d'obtenir la limitation lorsque « l'exactitude des données à caractère personnel est contestée par la personne concernée, pendant une durée permettant au responsable du traitement de vérifier l'exactitude des données à caractère personnel » (article 18, § 1^{er}, a), du RGPD³⁹⁵⁰). Autrement dit, le traitement des données est mis en suspens pendant une période permettant au responsable de vérifier leur exactitude.

Le deuxième cas d'application permet la limitation lorsque « le traitement est illicite et la personne concernée s'oppose à leur effacement et exige à la place la limitation de leur utilisation » (article 18, § 1^{er}, b). A l'instar de l'article 17, § 1^{er}, d), le caractère illicite du traitement renvoie à l'ensemble des exigences des articles 5 et 6 du RGPD, ainsi qu'éventuellement aux prescrits des articles 7 et 8 en matière de consentement. Ce deuxième cas de figure fait d'ailleurs un renvoi à cette possibilité de requérir l'effacement en cas de traitement illicite puisqu'il exige, préalablement à la limitation, que la personne concernée se soit clairement opposée à en demander la limitation. Autrement dit, dans le cas d'un traitement illicite, limitation et effacement de données ne sont pas compatibles : la personne concernée « *s'oppose* à leur effacement et exige à la place la limitation de leur utilisation » (nous

³⁹⁴⁹ C. DE TERWANGNE, « L'étendue dans le temps du droit d'accès aux informations sur les destinataires de données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 78 ; T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 480 et 481, n° 102 et 103. Voy. aussi, *supra*.

³⁹⁵⁰ L'article effectue un renvoi implicite vers le principe d'exactitude des données inscrit à l'article 5, § 1^{er}, d), du RGPD.

soulignons). Le caractère illicite du traitement a fait l'objet de développements dans le cadre du droit à l'effacement (voy. *supra*).

Le troisième cas de limitation est envisageable quand « le responsable du traitement n'a plus besoin des données à caractère personnel aux fins du traitement mais [que] celles-ci sont encore nécessaires à la personne concernée pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice » (article 18, § 1^{er}, c). Dans cette hypothèse, les données sont maintenues dès lors qu'elles ont un effet pour la personne concernée. Le cas de figure apparaît se détacher des autres en ce que la personne concernée, en réalité, refuse que le responsable du traitement procède à l'effacement automatique des données dès l'instant où il n'en a plus besoin, c'est-à-dire dès l'instant où la finalité pour laquelle les données sont traitées est atteintes. La personne concernée, parce qu'elle a besoin de ces informations dans le cadre précis de la constatation, de l'exercice ou de la défense de droits en justice, requiert de la part du responsable qu'il retarde leur effacement.

Enfin, le dernier cas de figure permet d'obtenir la limitation du traitement lorsque « la personne concernée s'est opposée au traitement en vertu de l'article 21, paragraphe 1, pendant la vérification portant sur le point de savoir si les motifs légitimes poursuivis par le responsable du traitement prévalent sur ceux de la personne concernée » (article 18, § 1^{er}, d). La limitation intervient alors dans le cadre de l'exercice du droit d'opposition, celui-ci impliquant la mise en œuvre d'une pondération des intérêts. En effet, selon l'article 21, § 1^{er}, l'opposition oblige le responsable à ne plus utiliser les données sauf à démontrer « qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droit en justice ». Le droit d'opposition, lorsqu'il s'applique, a des effets *ex nunc*, les données pouvant en outre être traitées durant la phase de vérification des intérêts de chacune des parties, responsable du traitement et personne concernée. Le droit à la limitation permet en l'espèce la suspension des effets du traitement pendant cette phase de vérification³⁹⁵¹. L'article 18, § 1^{er}, d), est alors conçu comme une prérogative visant à renforcer les effets du droit d'opposition.

779. - L'exercice concret du droit à la limitation du traitement. L'article 18, § 1^{er}, ne donne aucune précision particulière quant à l'application de ce droit. L'on peut remarquer qu'alors

³⁹⁵¹ Autrement dit, l'on peut grossièrement l'assimiler aux recours en suspension pouvant être introduits parallèlement aux recours en annulation, tant devant le Conseil d'Etat que la Cour constitutionnelle.

que les articles 16 – pour le droit de rectification –, 17 – pour le droit à l’effacement –, et 21 – pour le droit d’opposition –, apportent quelques indications d’ordre temporel dans l’application respective de ces droits³⁹⁵², il n’en est rien pour l’article 18. L’absence de précision de l’article 18 n’est toutefois pas problématique dès lors que l’article 12, § 3, s’applique au droit à la limitation et implique que des informations soient apportées par le responsable du traitement à la personne concernée ayant exercé son droit à la limitation « dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d’un mois à compter de la réception de la demande »³⁹⁵³.

L’exercice du droit à la limitation ne doit en outre faire l’objet d’aucune justification particulière, si ce n’est s’inscrire dans l’un des quatre motifs repris à l’article 18, § 1^{er}.

La limitation du traitement est une mesure temporaire, qui n’a *a priori* pas vocation à perdurer dans le temps. Les quatre hypothèses dans lesquelles il peut être mis en œuvre le démontre aisément. Alors que le droit est fort logiquement initié par la personne concernée, le responsable du traitement peut décider de lever la limitation du traitement. Lorsqu’il s’exécute, il doit obligatoirement en informer la personne concernée (article 18, § 3, du RGPD).

En ce qui concerne une mise en pratique du droit à la limitation, le considérant n° 67 du RGPD propose plusieurs méthodes, celles-ci consistant « entre autres, à déplacer temporairement les données sélectionnées vers un autre système de traitement, à rendre les données à caractère personnel sélectionnées inaccessibles aux utilisateurs, ou à retirer temporairement les données publiées d’un site internet. Dans les fichiers automatisés, la limitation du traitement devrait en principe être assurée par des moyens techniques de façon à ce que les données à caractère personnel ne fassent pas l’objet d’opérations de traitements ultérieures et ne puissent pas être modifiées ». Le même considérant ajoute que l’information relative à l’exercice de ce droit à la limitation doit être indiquée « de manière claire dans le fichier ».

780. - L’oubli et le droit à la limitation. Quentin Van Enis souligne que « [s]uivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative aux archives disponibles sur Internet, il semble qu’il conviendrait, de façon générale, de faire prévaloir la

³⁹⁵² Tantôt l’application se fait « dans les meilleurs délai » (articles 16 et 17), tantôt le droit peut être revendiqué « à tout moment » (article 21).

³⁹⁵³ Ce délai est en outre prolongeable. Voy. l’article 12, § 3, du RGPD. Voy. aussi, à propos de cet article, *supra*.

contextualisation de l'information sur sa suppression ou son retrait. La possibilité introduite par le règlement n'en devrait pas moins être encadrée afin d'éviter des intrusions injustifiées dans le travail de la presse. Il pourrait ainsi être utile de prévoir que cette nouvelle possibilité ne pourrait justifier en toutes circonstances l'octroi à la personne visée par un reportage d'un droit de réplique avant publication »³⁹⁵⁴. Sans constituer une réelle prérogative permettant l'effacement de données, le droit à la limitation permet de contrôler des données personnelles. En cela, il constitue une partie du droit à l'oubli.

En ce qui concerne les informations fait l'objet d'un traitement journalistique, la limitation n'est en revanche pas possible. L'article 18 fait en effet partie de la liste des dispositions visées à l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018, celle-ci ayant été adoptée en vertu de l'article 85 du RGPD aux fins d'une conciliation entre la protection des données et la liberté d'expression.

Section 5. L'oubli par l'opposition au traitement

781. - L'oubli et le droit d'opposition. La dernière prérogative consacrée par le RGPD et qui permet, au moins partiellement, d'oublier des données est le droit d'opposition³⁹⁵⁵. Celui-ci a déjà été évoqué dans le cadre de l'analyse du droit à l'effacement, spécifiquement dans l'hypothèse d'une application de l'article 17, § 1^{er}, c) (voy. *supra*). Les cas d'application du droit d'opposition sont restreints aux seuls mentionnés dans les différents paragraphes de l'article 21.

Il importe d'ajouter que le droit d'opposition peut parfaitement être invoqué sans faire une application conjointe de l'effacement prévu à l'article 17. Dans une telle hypothèse, les données ne peuvent plus être traitées pour l'avenir, l'opposition opérant *ex nunc*. Il a été souligné que l'avantage de combiner les deux dispositifs permet d'obtenir un effacement de

³⁹⁵⁴ Q. VAN ENIS, « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », *op. cit.*, p. 792, n° 23. L'auteur renvoie aux décisions suivantes : Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07, § 65 ; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, § 47.

³⁹⁵⁵ Comité européen de la protection des données, guidelines adopted on 2 December 2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1), p. 4. Le document est ouvert à consultation publique jusqu'au 5 février 2020.

données avec effet rétroactif. Cela étant, la seule application du droit d'opposition permet en partie de rencontrer l'objectif d'un oubli, au moins pour l'avenir.

Dans le cadre de l'arrêt *Google Spain*³⁹⁵⁶, le raisonnement tenu par la Cour de justice de l'Union européenne fonde le droit au déréférencement sur les articles 12, b), et 14, § 1^{er}, a), de la directive, la première disposition consacrant notamment le droit à l'effacement repris à l'article 17 du RGPD, la seconde reprenant l'hypothèse de l'article 21, § 1^{er}. Compte tenu des précisions importantes apportées par le RGPD en ce qui concerne le droit à l'effacement et ses différents motifs d'application, l'invocation de ces deux dispositions pour obtenir le déréférencement n'est plus de rigueur. Obtenir le déréférencement suppose de fonder son action sur le seul article 17, § 1^{er}, c). L'application de cette disposition est toutefois conditionnée à ce que la personne concernée ait préalablement, voire concomitamment, fait une application de l'article 21, § 1^{er}. Cela étant, le droit au déréférencement – et donc à l'effacement de liens – n'est pas directement fondé sur cette dernière disposition.

En ce qui concerne les informations journalistiques, cette forme d'oubli ne peut toutefois être que partiellement mise en œuvre. En effet, adopté en vertu de l'article 85 du RGPD, l'article 24 de la loi belge du 30 juillet 2018³⁹⁵⁷ exclut l'application de l'article 21, § 1^{er}, pour les traitements effectués à des fins de journalisme. Seuls sont visés par cette dérogation les cas d'opposition à des traitements fondés sur « l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement » (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, e), du règlement), ou ceux fondés sur « des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement », pour autant qu'une mise en balance des intérêts ne fassent pas prévaloir les intérêts de la personne concernée (article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), du RGPD). La restriction au seul article 21, § 1^{er}, est en réalité tout à fait cohérente. Le cas d'opposition évoqué à l'article 21, § 2 – qui ne fait donc pas l'objet de la dérogation – s'applique dans le cadre de traitements effectués « à des fins de prospection », ce qui exclut donc la finalité journalistique – ou la rend secondaire.

³⁹⁵⁶ C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

³⁹⁵⁷ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616

Chapitre 4. Un oubli non absolu

782. - Introduction. Le droit à l'oubli est concrétisé dans plusieurs dispositions de l'actuel RGPD. Ces prérogatives permettent d'aboutir, peu ou prou, à cet objectif d'oubli d'informations. Il a été en outre souligné que l'oubli de données non journalistiques et l'oubli de données d'informations traitées à des fins journalistiques, ne sont pas soumis aux mêmes règles d'application.

Quel que soit l'oubli mis en œuvre, celui-ci n'est généralement pas absolu. Autrement dit, malgré la réunion des conditions d'application des prérogatives permettant d'atteindre l'oubli, il n'est pas toujours certain que ledit oubli puisse réellement être mis en œuvre. Plusieurs dispositions restreignent en effet sa portée. Certaines ont d'ores et déjà été abordées dans le cadre des droits évoqués dans le chapitre précédent.

Section 1^{ère}. Les restrictions au droit à l'effacement

783. - Un effacement qui devient quasiment impossible ? L'article 17, § 3, du RGPD restreint le droit à l'effacement. Il s'oppose à l'application de ce droit lorsque le traitement portant sur les données que l'on souhaite effacer est nécessaire soit « à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information »³⁹⁵⁸, soit « pour respecter une obligation légale [...] ou pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement »³⁹⁵⁹, soit « pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique »³⁹⁶⁰, soit encore lorsque le traitement se justifie par des « fins archivistiques [...] de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques »³⁹⁶¹, soit enfin parce qu'il est nécessaire « à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice »³⁹⁶².

³⁹⁵⁸ L'article 17, § 3, a), se réfère aux articles 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, f), et 85 du RGPD.

³⁹⁵⁹ L'article 17, § 3, b), se réfère aux articles 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, f), et 9, § 2, g), du RGPD.

³⁹⁶⁰ L'article 17, § 3, c) se réfère aux dispositions suivantes : les articles 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, e) ; l'article 9, § 2, h) et i) ; l'article 9, § 3, du RGPD.

³⁹⁶¹ L'article 17, § 3, d), se réfère aux articles 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, f), et 89, ainsi qu'à l'article 9, § 2, j), du RGPD.

³⁹⁶² L'article 17, § 3, e), se réfère aux articles 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, f), et 9, § 2, f), du RGPD.

Dans le cadre du droit à l'oubli, le premier motif paraît extrêmement restrictif. En effet, il impose que toute demande d'effacement ne puisse pas aboutir dès lors que le traitement est nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. A priori, cette dérogation est plus large encore que la seule finalité de journalisme, quand bien même le RGPD, tout comme la jurisprudence européenne, plaide pour une large interprétation de la notion de journalisme³⁹⁶³. Selon le RGPD, liberté d'expression et journalisme ne se recouvrent pourtant pas totalement, le texte distinguant clairement ces deux finalités³⁹⁶⁴. De tels développements ont déjà été proposés préalablement (voy. *supra*). L'on peut toutefois constater – et déplorer – le manque de précision apportée par le RGPD à l'égard d'une mise en œuvre concrète de ces exemptions en faveur de la liberté de la liberté d'expression et du journalisme.

Comme il a été indiqué ci-avant (voy. *supra*), une interprétation rigoureuse du texte – dès lors que l'on est dans un régime dérogatoire à l'exercice du droit consacré par le RGPD – permet de conclure à une impossibilité pratique de mettre en œuvre l'oubli. Cependant, une interprétation assouplie de l'article 17, § 1^{er}, a), permet d'éviter l'impossibilité de recourir à l'effacement, et donc à l'oubli, en recourant à une pondération, au cas par cas, des intérêts de chacune des parties. Une telle interprétation pourrait se fonder sur la volonté du texte européen de ne pas porter atteinte aux autres droits fondamentaux, comme c'est indiqué au considérant n° 4. Cela étant, cet élément figure dans un considérant qui est dépourvu de tout caractère contraignant. En outre, l'article 17, § 1^{er}, a), n'est pas explicite sur la mise en œuvre de cet équilibre des intérêts. Or, d'autres articles précisent clairement quand il y a lieu de les pondérer. Ces éléments ne plaident pas totalement en faveur de cette interprétation souple.

Quant aux autres motifs, ils n'apparaissent pas réellement pertinents dans le cadre d'une analyse du droit à l'oubli et ont d'ores et déjà été abordés préalablement (voy. *supra*).

Section 2. Les limitations établies par l'article 23 RGPD

³⁹⁶³ Voy. *supra*.

³⁹⁶⁴ L'article 85, §§ 1^{er} et 2, du RGPD indique qu'il y a lieu de pondérer la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information, cette dernière incluant les traitements effectués à des fins journalistiques. Sur ce sujet, voy. *supra*, et *infra*.

784. - Le régime général de limitation. L'article 23 forme à lui seul la section 5 du RGPD intitulée « Limitations ». Il consacre, indépendamment des restrictions spécifiques énoncées pour certains droits, une clause générale et transversale permettant de limiter certaines prérogatives³⁹⁶⁵.

Concrètement, il permet au droit de l'Union ou au droit des Etats membres, « par la voie de mesures législatives, [de] limiter la portée des obligations et des droits prévus aux articles 12 à 22 [...] dans la mesure où les dispositions du droit en question correspondent aux droits et obligations prévus aux articles 12 à 22, lorsqu'une telle limitation respecte l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir » une dizaine de motifs listés à la suite de la disposition. Les motifs indiqués sont les suivants : « a) la sécurité nationale ; b) la défense nationale ; c) la sécurité publique ; d) la prévention et la détection des infractions pénales, ainsi que les enquêtes et les poursuites en la matière ou l'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces ; e) d'autres objectifs importants d'intérêt public général de l'Union ou d'un Etat membre, notamment un intérêt économique ou financier important de l'Union ou d'un Etat membre, y compris dans les domaines monétaire, budgétaire et fiscal, de la santé publique et de la sécurité sociale ; f) la protection de l'indépendance de la justice et des procédures judiciaires ; g) la prévention et la détection de manquements à la déontologie des professions réglementées, ainsi que les enquêtes et les poursuites en la matière ; h) une mission de contrôle, d'inspection ou de réglementation liée, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique, dans les cas visés aux points a) à e) et g) ; i) la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui ; j) l'exécution des demandes de droit civil »³⁹⁶⁶.

L'article 23, § 2, s'assure que les dispositions législatives visées respectent les standards établis par le RGPD. Ainsi, ces mesures doivent contenir, « au moins, le cas échéant, » des

³⁹⁶⁵ Une telle clause était déjà existante à l'article 13 de la directive 95/46/CE.

³⁹⁶⁶ Sur l'un de ces motifs, voy. C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, §§ 60 et 61 (« [a]insi, en vertu de l'article 13, paragraphe 1, sous g), de la directive 95/46, les Etats membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus, notamment, à l'article 6, paragraphe 1, et à l'article 12 de cette directive, lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder les droits et libertés d'autrui. L'article 23, paragraphe 1, sous e), du RGPD 2016/679 étend la liste des motifs de limitations, actuellement prévue à l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46, à "d'autres objectifs importants d'intérêt public général de l'Union ou d'un Etat membre". En outre, l'article 15 du règlement 2016/679, portant sur le droit d'accès de la personne concernée, prévoit, à son paragraphe 4, que le droit d'obtenir une copie des données à caractère personnel ne doit pas porter atteinte aux droits et aux libertés d'autrui »).

dispositions relatives « a) aux finalités du traitement ou des catégories de traitement ; b) aux catégories de données à caractère personnel ; c) à l'étendue des limitations introduites ; d) aux garanties destinées à prévenir les abus ou l'accès ou le transfert illicites ; e) à la détermination du responsable du traitement ou des catégories de responsables du traitement ; f) aux durées de conservation et aux garanties applicables, en tenant compte de la nature, de la portée et des finalités du traitement ou des catégories de traitement ; g) aux risques pour les droits et libertés des personnes concernées ; et h) au droit des personnes concernées d'être informées de la limitation, à moins que cela risque de nuire à la finalité de la limitation ». Bien que la formulation de l'article 23, § 2, puisse prêter à confusion, la logique oblige à considérer que ces éléments précités doivent, « *a minima* », être repris dans les mesures législatives³⁹⁶⁷.

785. - Un parallèle avec d'autres clauses de limitation. L'article 23 peut être comparé à plusieurs autres clauses transversales restreignant la portée de droits³⁹⁶⁸.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indique, en son article 52, § 1^{er}, « [t]oute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévues par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

La Convention n° 108 admet des dérogations aux principes régissant la qualité des données (article 5), aux règles particulières propres aux données sensibles (article 6), ainsi qu'à l'énumération des droits de la personne concernée (article 8) « lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique :

³⁹⁶⁷ Dans ce sens, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 546, n° 200. Cependant, la formule « au moins, le cas échéant » prête à confusion. Une autre lecture, certes *a priori* contradictoire, invite à considérer que ces informations constituent paradoxalement à la fois un seuil minimum (« au moins »), tout en faisant dépendre leur application des circonstances concrètes (l'expression « le cas échéant » signifiant « si le cas, l'occasion se présente » (*Le Petit Robert*, v° *échéant*)). Elles ne doivent dès lors pas toute être applicable à tout moment. La version anglaise du texte renforce cette seconde interprétation : « [i]n particular, any legislative measure referred to in paragraph 1 shall contain specific provisions *at least, where relevant*, as to [...] » (nous soulignons).

³⁹⁶⁸ Outre les textes mentionnés, voy. aussi l'article 15, § 1^{er}, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37 ; et l'article 11 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 10 janvier 2017 concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE, COM(2017) 10 final. La disposition fait un renvoi vers l'article 23, § 1^{er}, du RGPD.

a) à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales ; b) à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui » (article 9, § 2, de la Convention n° 108³⁹⁶⁹). Dans la version modernisée de la Convention, la disposition est remplacée par le texte suivant : « [a]ucune exception aux dispositions énoncées au présent chapitre n'est admise, sauf au regard des dispositions de l'article 5, paragraphe 4 [relatif à la qualité des données], de l'article 7, paragraphe 2, de l'article 8, paragraphe 1, et de l'article 9, dès lors qu'une telle exception est prévue par une loi, qu'elle respecte l'essence des droits et libertés fondamentales, et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique : a) à la protection de la sécurité nationale, à la défense, à la sûreté publique, à des intérêts économiques et financiers importants de l'Etat, à l'impartialité et à l'indépendance de la justice ou à la prévention, à l'investigation et à la répression des infractions pénales et à l'exécution des sanctions pénales, ainsi qu'à d'autres objectifs essentiels d'intérêt public général ; b) à la protection de la personne concernée ou des droits et libertés fondamentales d'autrui, notamment la liberté d'expression »³⁹⁷⁰. Dans le rapport explicatif du protocole d'amendement, il est indiqué qu'une « “mesure nécessaire dans une société démocratique” doit poursuivre un but légitime et donc répondre à un besoin social impérieux qui ne peut être atteint par des moyens moins intrusifs »³⁹⁷¹. Il importe de souligner la précision apportée spécifiquement à la liberté d'expression et le fait que seule cette liberté soit mentionnée spécifiquement. Cette indication témoigne de l'enjeu important issu de la conciliation de la protection des données à caractère personnel et de cette liberté. Le rapport explicatif donne des indications intéressantes à ce propos. Il souligne qu'il y a lieu de tenir compte des droits d'autrui, « tels la liberté d'expression, y compris la liberté d'expression journalistique, académique, artistique ou littéraire, le droit de communiquer des informations et d'en recevoir, la confidentialité de la correspondance et des communications, les secrets professionnels ou commerciaux ainsi que d'autres secrets protégés par la loi. Cela devrait s'appliquer notamment aux traitements de données à caractère personnel dans le domaine de l'audiovisuel et dans les documents d'archives

³⁹⁶⁹ L'article 9, § 1^{er}, précise qu'« [a]ucune exception aux dispositions des articles 5, 6 et 8 de la présente Convention n'est admise, sauf dans les limites définies au présent article ».

³⁹⁷⁰ Article 14 du protocole d'amendement à la Convention n° 108. Dans la Convention n° 108 modernisée, la clause de restriction est reprise à l'article 11. Voy. aussi le rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, §§ 93 à 96, en ce qui concerne notamment les notions de « sécurité nationale » et d'« intérêts économiques et financiers importants ».

³⁹⁷¹ Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 91. Le rapport se poursuit en évoquant les conditions traditionnellement nécessaires pour qu'une restriction soit admise : « [d]e plus, elle doit être proportionnée au but légitime poursuivi et les motifs avancés par les autorités nationales pour le justifier doivent être pertinents et adéquats. Enfin, elle doit être établie par une loi accessible et prévisible qui doit être suffisamment détaillée ». Sur ces différentes conditions, voy. *supra*.

d'actualités et d'organes de presse. Pour tenir compte de l'importance du droit à la liberté d'expression dans toute société démocratique, il y a lieu de retenir une interprétation large des notions liées à cette liberté, telles que le journalisme »³⁹⁷². En réalité, le rapport ne fait que reprendre ce qui est clairement indiqué non seulement dans le règlement RGPD, mais aussi ce qui découle de la jurisprudence européenne³⁹⁷³. Les restrictions en faveur des traitements à finalité journalistique sont simplement intégrées à la clause générale de limitation, sans faire l'objet comme dans le règlement précité, d'une disposition particulière. Pour le reste, la Convention n° 108 modernisée n'est pas, sur cette question, réellement innovante.

La clause contenue à l'article 23 du RGPD se rapproche encore fortement des exigences prévues à l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme³⁹⁷⁴ qui indique que « [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

786. - Les conditions d'application d'une limitation. La lecture croisée de l'ensemble de ces dispositions permet d'appréhender l'article 23 à la lumière des enseignements apportés dans le cadre de l'application de ces autres dispositions. En effet, les conditions d'application d'un éventuel régime visant à limiter l'exercice de droits du règlement sont en grande partie identiques³⁹⁷⁵. Le considérant n° 73 affirme d'ailleurs qu'« [i]l y a lieu que ces limitations respectent les exigences énoncées par la Charte et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Il faut, premièrement, que la limitation se fasse par la voie législative. Il s'agit de mettre en œuvre l'exigence de légalité telle que soutenue et développée par la jurisprudence de la Cour

³⁹⁷² Rapport explicatif du protocole d'amendement de la Convention n° 108, § 96.

³⁹⁷³ Sur ces deux éléments, voy. *supra*.

³⁹⁷⁴ Ainsi qu'à l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme : « [l]'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

³⁹⁷⁵ Sur ces conditions, voy. Groupe de travail « Article 29 », working document 01/2016 on the justification of interferences with the fundamental rights to privacy and data protection through surveillance measures when transferring personal data (European Essential Guarantees), 13 avril 2016, WP 237, 16 p.

européenne des droits de l'homme. Ainsi, la loi, entendue au sens large, doit être accessible, prévisible, claire, précise et non arbitraire³⁹⁷⁶. L'article 23, § 2, renforce d'ailleurs l'exigence de légalité en précisant que de nombreuses informations doivent figurer précisément dans le texte législatif. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000³⁹⁷⁷, évoque déjà les différents éléments repris à l'article 23, § 2, du RGPD, lorsqu'elle évoque l'exigence de légalité. En effet, la Cour analyse une loi permettant la collecte ainsi que l'archivage d'informations relatives à la sécurité nationale. Elle pointe cependant le fait qu'« aucune disposition du droit interne ne fixe les limites à respecter dans l'exercice de ces prérogatives. Ainsi, la loi précitée ne définit ni le genre d'informations pouvant être consignées, ni les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet des mesures de surveillance telles que la collecte et la conservation de données, ni les circonstances dans lesquelles peuvent être prises ces mesures, ni la procédure à suivre. De même, ladite loi ne fixe pas de limite quant à l'ancienneté des informations détenues et la durée de leur conservation » (§ 57). Elle poursuit, à propos d'un article, en constatant que ce dernier « ne renferme aucune disposition explicite et détaillée sur les personnes autorisées à consulter les dossiers, la nature de ces derniers, la procédure à suivre et l'usage qui peut être donné aux informations ainsi obtenues » (§ 57). Enfin, elle soutient encore que, bien qu'une disposition de « la loi habilite les autorités compétentes à autoriser les ingérences nécessaires afin de prévenir et contrecarrer les menaces pour la sécurité nationale, le motif de telles ingérences n'est pas défini avec suffisamment de précision » (§ 58). *In fine*, elle rappelle qu'il y a lieu de prévoir des « garanties adéquates et suffisantes contre les abus » (§ 59).

Outre la condition de légalité, l'exigence de poursuite d'un objectif légitime est repris à l'article 23, § 1^{er}, celui-ci énumérant des motifs permettant de justifier une limitation³⁹⁷⁸. Bien

³⁹⁷⁶ Voy. *supra*. Voy. aussi quelques développements proposés par T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 544 à 547, n° 197 à 202. Voy. enfin Groupe de travail « Article 29 », working document 01/2016 on the justification of interferences with the fundamental rights to privacy and data protection through surveillance measures when transferring personal data (European Essential Guarantees), 13 avril 2016, WP 237, p. 7 (le document fait plusieurs références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme).

³⁹⁷⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95. Voy. aussi Cour eur. D.H., 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, req. 30194/09, § 60 (« [t]urning to the present case, the Court observes that the creation and maintenance of the Surveillance Database and the procedure for its operation are governed by ministerial order no. 47 [...]. That order is not published and is not accessible to the public. The grounds for registration of a person's name in the database, the authorities competent to order such registration, the duration of the measure, the precise nature of the data collected, the procedures for storing and using the collected data and the existing controls and guarantees against abuse are thus not open to public scrutiny and knowledge »); Cour eur. D.H. (plén.), 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. 5029/71, §§ 49 à 51.

³⁹⁷⁸ La liste des objectifs est plus large que celle proposée dans la directive 95/46/CE, en son article 13, § 1^{er}.

qu'exhaustive, la liste permet en réalité d'intégrer bon nombre d'objectifs, en ce compris des motifs non repris textuellement dans cette disposition. En effet, l'article 23, § 1^{er}, e), évoque « d'autres objectifs importants d'intérêt public général de l'Union européenne ou d'un Etat membre [...] ». Thomas Tombal rappelle cependant que cette disposition résiduaire doit être interprétée restrictivement, dès lors qu'il s'agit d'un dispositif dérogatoire aux prérogatives consacrées par le règlement³⁹⁷⁹.

La nécessité dans une société démocratique est une troisième condition d'application de l'article 23 du RGPD. L'examen de la nécessité, qui équivaut à vérifier que la mesure restreignant un droit fondamental constitue un « besoin social impérieux », implique la réunion de trois critères distincts : la pertinence, l'adéquation et la proportionnalité au sens strict.

Enfin, l'article 23 se détache des autres instruments juridiques précités en ce qu'il ajoute une condition complémentaire : la limitation doit respecter « l'essence des libertés et droits fondamentaux ». En réalité, cette exigence s'inscrit pleinement, certes de façon sous-jacente, dans le raisonnement que propose la Cour européenne des droits de l'homme. L'exigence peut être lue selon deux perspectives : celle de la protection des données à caractère personnel et celle de la protection d'autres droits fondamentaux. Compte tenu du champ d'application du RGPD, toute limitation issue du droit de l'Union ou du droit d'un Etat membre doit respecter l'essence même du droit à la protection des données à caractère personnel. Autrement dit, il n'est pas possible de limiter à ce point la protection des données, en ce qu'un tel régime dérogatoire irait totalement à l'encontre de l'essence même de cette protection. Cet élément ne figurait pas dans la directive 95/46/CE et semble avoir été initié par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, à plusieurs reprises, évoque le « contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée »³⁹⁸⁰ ou le « contenu essentiel du droit fondamental à la

³⁹⁷⁹ T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 553, n° 210. L'auteur propose en outre une comparaison avec l'article 8, § 2, qui, bien que présentant une liste d'objectifs légitimes exhaustive, est pourtant interprété largement par la Cour européenne des droits de l'homme qui s'appuie sur une formulation de l'article 8, § 2, suffisamment évasive (*ibidem*, n° 211). Il y a encore lieu d'indiquer que le dernier motif inscrit à l'article 8, § 2, soit la « protection des droits et libertés d'autrui », constitue aussi, à certains égards, une telle catégorie résiduaire.

³⁹⁸⁰ C.J.U.E., 6 octobre 2015, C-362/14, *Schrems c. Data Protection Commissioner of Ireland*, § 94 (« une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte ») ; C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, § 39 (« [e]n ce qui concerne le contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée et des autres droits consacrés à l'article 7 de la Charte [...] »).

protection des données à caractère personnel »³⁹⁸¹. Dans la perspective d'autres droits, cette condition s'inscrit dans le processus de conciliation notamment avec le droit à la liberté d'expression. Autrement dit, cette exigence se matérialise en une pondération des intérêts.

Section 3. Les limitations dues à la qualité des données

§ 1^{er}. Les règles particulières applicables aux catégories particulières de données et aux données judiciaires

787. - Les articles 9 et 10 du RGPD. Les articles 9 et 10 du RGPD concernent les données sensibles ainsi que les données judiciaires³⁹⁸².

L'article 9 vise les données sensibles : il interdit, par principe, le traitement de ces données. Il est toutefois assorti d'un nombre important d'exception, rendant leur traitement licite. L'article 9, § 2, liste dix motifs pour lesquels le traitement de telles informations est permis³⁹⁸³, certains d'entre eux faisant l'objet de précisions complémentaires dans le RGPD³⁹⁸⁴ ou la loi belge du 30 juillet 2018³⁹⁸⁵. Enfin, l'article 9, § 4, permet aux Etats membres de « maintenir ou introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé »³⁹⁸⁶.

³⁹⁸¹ C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*, § 40 (« [c]ette conservation des données n'est pas non plus de nature à porter atteinte au contenu essentiel du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel, consacré à l'article 8 de la Charte [...] »). Voy. aussi C.J.U.E. (gde ch.), 26 juillet 2017, avis 1/15, §§ 148 à 151.

³⁹⁸² Voy., à leur sujet, *supra*.

³⁹⁸³ Pour une analyse détaillée de ces motifs, voy. J.-M. VAN GYSEGHEM, « Les catégories particulières de données à caractère personnel », *op. cit.*, pp. 272 à 282, n° 16 à 31.

³⁹⁸⁴ L'article 9, § 3, du RGPD vise les traitements autorisés parce que « nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un Etat membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3 ».

³⁹⁸⁵ Articles 8 et 9 de la loi belge du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616. L'article 8 renvoie à l'article 9, § 2, g), du règlement (le traitement de données sensibles est possible lorsque « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un Etat membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée »).

³⁹⁸⁶ Voy. l'article 9 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616. La disposition impose des mesures supplémentaires devant être respectées par le responsable du traitement.

L'article 10 vise les informations d'ordre judiciaire. Leur traitement est autorisé dans le respect de certaines conditions particulières. L'enjeu relatif à la diffusion de ces données est important, notamment parce que le droit à l'oubli s'est en partie développé dans le cadre précis d'archives en ligne relatives à d'anciennes condamnations ou procédures judiciaires (voy. *supra*). L'article 10 indique que « [l]e traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes fondé sur l'article 6, paragraphe 1, ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées ». La formulation n'est pas aisément compréhensible, l'expression « ou si » rendant la lecture de la disposition complexe³⁹⁸⁷. L'article 8, § 5, de la directive 95/46/CE était plus clair : « [l]e traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'État membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques ». C'est dans ce sens que doit être compris l'article 10 du règlement. Le traitement de données judiciaires peut être effectué sous le contrôle de l'autorité publique ou moyennant des garanties imposées par le droit de l'Union ou le droit d'un Etat membre.

788. - L'article 10 de la loi du 30 juillet 2018. L'article 10 de la loi du 30 juillet 2018 consacre les garanties auxquelles doit répondre le le traitement des données judiciaires. Il indique qu'« [e]n exécution de l'article 10 du règlement, le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions pénales ou aux mesures de sûreté connexes est effectué : 1° par des personnes physiques ou des personnes morales de droit public ou de droit privé pour autant que la gestion de leurs propres contentieux l'exige ; ou 2° par des avocats ou d'autres conseils juridiques pour autant que la défense de leurs clients l'exige ; ou 3° par d'autres personnes lorsque le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important pour l'accomplissement de tâches d'intérêt général confiées par ou en vertu d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance ou du droit de l'Union européenne ; ou 4° pour les nécessités de la recherche scientifique, historique ou statistique ou à des fins d'archives ; ou 5° si la personne concernée a autorisé explicitement et par écrit le traitement de

³⁹⁸⁷ Cette expression « ou si » qui ne clarifie pas la disposition est d'ailleurs traduite en anglais par « or when ».

ces données à caractère personnel pour une finalité ou plusieurs finalités spécifiques et si leur traitement est limité à ces finalités ; ou 6° si le traitement porte sur des données à caractère personnel manifestement rendues publiques par la personne concernée, de sa propre initiative, pour une finalité ou plusieurs finalités spécifiques et si leur traitement est limité à ces finalités »³⁹⁸⁸.

§ 2. Les catégories particulières de données et le droit à l'oubli

789. - Introduction. Les catégories particulières de données (données sensibles, judiciaires et médicales) sont traitées dans des dispositions propres (voy. *supra*). En ce qui concerne l'application d'un droit à l'oubli à leur encontre, des indications sont apportées dans le cadre de questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne (A.), ainsi que dans quelques dispositions juridiques (B.). L'oubli de ces données est un enjeu important : ces dernières sont, davantage que les autres types de données, sujettes à une volonté d'être oubliées, effacées, ou rectifiées.

A. Les éclaircissements apportés par la Cour de justice de l'Union européenne : l'arrêt *GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* du 24 septembre 2019

1. Faits et constats de départ

790. - Les faits et le cadre juridique. Le droit à l'oubli des données sensibles est au cœur d'un arrêt du 24 septembre 2019 de la Cour de justice de l'Union européenne³⁹⁸⁹, les intéressantes conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar ayant été présentées le 10 janvier

³⁹⁸⁸ L'article 10 de la loi du 30 juillet 2018 reprend certaines garanties que la loi l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992 énonçait. Il va cependant plus loin en ajoutant les points 5° et 6°. En effet, l'article 8, § 2, a), de la loi de 1992 se retrouve désormais inscrit dans le texte même de l'article 10 du règlement ; l'article 8, § 2, b), est devenu l'article 10, § 1^{er}, 3°, de la loi de 2018 ; l'article 8, § 2, c), de la loi de 1992 est devenu l'article 10, § 1^{er}, 1°, de la loi de 2018 ; l'article 8, § 2, d), de la loi de 1992 est devenu l'article 10, § 1^{er}, 2°, de la loi de 2018 ; l'article 8, § 2, e), de la loi de 1992 est devenu l'article 10, § 1^{er}, 4°, de la loi de 2018.

³⁹⁸⁹ C.J.U.E. (gde ch.), 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF, BH, ED, c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

2019³⁹⁹⁰. Bien que le RGPD soit désormais d'application depuis le 25 mai 2018, l'affaire a été introduite sous l'empire de la directive 95/46/CE, et ce sont donc bien les dispositions de ce dernier texte qui sont explicitées. Les dispositions concordantes du RGPD sont toutefois reprises dans le raisonnement tant de l'Avocat général que des juges européens.

L'affaire concerne quatre personnes ayant demandé à Google de déréférencer des liens vers des pages internet. Le déréférencement concerne des liens vers des informations sensibles et judiciaires. La première personne souhaite voir déréférencer le lien renvoyant vers « un photomontage satirique mis en ligne, sous pseudonyme, [...] sur la chaîne YouTube, la mettant en scène au côté du maire de la commune dont elle était directrice de cabinet et évoquant de manière explicite la relation intime qui la lierait à celui-ci » (§ 25 de l'arrêt précité du 24 septembre 2019). La deuxième personne exige le déréférencement d'un lien renvoyant vers un article d'un quotidien français « relatif au suicide d'une adepte de l'Eglise de scientologie », la requérante étant mentionnée « dans cet article en qualité de responsable des relations publiques » de cette Eglise, « profession qu'[elle] a cessé d'exercer depuis lors » (§ 26 de l'arrêt précité). La troisième personne exige que soit retiré des liens vers des articles relatant une information judiciaire à l'égard d'un parti politique français dans laquelle il a été mis en examen. Les articles évoquent l'ouverture de l'information sans faire état de l'issue du procès (§ 27 de l'arrêt précité). Enfin, la dernière demande de déréférencement adressée à Google concerne deux articles publiés dans deux quotidiens français relatant une audience correctionnelle ayant abouti à la condamnation du quatrième requérant. La condamnation porte sur des faits d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans (§ 28 de l'arrêt précité).

Google ayant refusé de faire droit à ces diverses demandes, les requérants se sont tournés vers la CNIL, cette dernière ayant cependant clos l'ensemble de leur plainte. Ils ont alors agi à l'encontre de ces refus de la part de la CNIL « de mettre en demeure Google et procéder aux déréférencements demandés ». Le Conseil d'Etat français, afin de pouvoir régler le litige, constate plusieurs difficultés d'interprétation de la directive 95/46/CE et pose quatre questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne concernant notamment le droit à l'oubli portant sur les données sensibles précitées.

³⁹⁹⁰ Conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-136/17, G. C., A. F., B. H., E. D. c. *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

791. - De quelques constats étonnants posés par l'Avocat général. Dès l'entame de ses conclusions, l'Avocat général porte deux considérations. Premièrement, il conçoit l'affaire comme s'inscrivant dans le sillon de l'arrêt *Google Spain* (§§ 3, 37 et 38). Il indique d'ailleurs, étonnement, que la Cour y a jugé que « les individus bénéficient d'un “droit à l'oubli” », permettant la suppression de liens³⁹⁹¹. Il ajoute toutefois, en note, que « [m]ême si cet arrêt ne mentionne nullement un tel terme, il est devenu courant dans la pratique et a même été repris en droit dérivé », faisant référence à l'article 17 du RGPD. L'Avocat général rappelle encore que dans l'affaire *Google Spain*, les informations ne concernent pas les données « “sensibles” au sens de l'article 8 de la directive » (§ 38 des conclusions de l'Avocat général). C'est, à nouveau, un constat étonnant. L'article 8 vise, outre les données sensibles et les données médicales, les données judiciaires (article 8, § 5, de la directive 95/46/CE). Or, l'affaire *Google Spain* porte sur des données relatives à une procédure en recouvrement de créance, qui peuvent entrer dans le champ de l'article 8, § 5. Il est cependant exact que l'arrêt *Google Spain* n'a pas pris en compte cet élément. Deuxièmement, l'Avocat général estime qu'« en règle générale, les liens Internet vers les données sensibles devraient, sur demande, être systématiquement supprimées par l'exploitant d'un moteur de recherche », tout en ajoutant paradoxalement que « la liberté d'expression doit être respectée » (§ 5 des conclusions de l'Avocat général). Autrement dit, il semble, dès le départ, suggérer la mise en œuvre d'une pondération des intérêts opposés.

2. La première question préjudicielle : le champ d'application *ratione personae* des interdictions de traitement des données sensibles

792. - Réponse apportée par l'Avocat général. La première question préjudicielle porte sur les destinataires des interdictions de traitements faites pour les données sensibles, médicales et judiciaires³⁹⁹² : sont-elles également applicables aux exploitants de moteur de recherche ?

³⁹⁹¹ Voy. la même affirmation faite dans les autres conclusions présentées le même jour par le même Avocat général dans une affaire relative au droit à l'oubli (conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, § 1^{er} ; ces conclusions ont été analysées *supra*).

³⁹⁹² La question se réfère à l'article 8, §§ 1 à 5, de la directive. Étonnement, la question évoque une interdiction de traitement des données judiciaires (§ 39), alors que celles-ci sont simplement davantage encadrées et conditionnées lors de leur traitement. Cette nuance est fort heureusement rapidement apportée dans les conclusions de l'Avocat général (§ 41).

Dans les conclusions de l'Avocat général présentées dans l'affaire *Google Spain*, il est fait référence aux données sensibles afin de justifier la non-reconnaissance du statut de responsable du traitement pour les exploitants de moteur de recherche. Il indiquait que « si les fournisseurs de services de moteur de recherche sur Internet étaient considérés comme des responsables du traitement de données à caractère personnel sur des pages web source de tiers et que figuraient sur ces pages des “catégories particulières de données”, [...], l'activité du fournisseur de services de moteur de recherche sur Internet deviendrait automatiquement illégale, dès lors que les conditions strictes prévues dans cet article pour le traitement de telles données ne seraient pas remplies »³⁹⁹³. La Cour de justice n'avait cependant pas suivi le raisonnement proposé par l'avis de l'Avocat général Niilo Jääskinen (voy. *supra*).

Dans l'affaire dont l'arrêt a été rendu le 24 septembre 2019, l'Avocat général Maciej Szpunar débute par rappeler que la directive 95/46/CE n'est pas rédigée en tenant compte du rôle essentiel pris, depuis son adoption, par les moteurs de recherche. Il indique prudemment, que « ses dispositions ne se prêtent pas à une application intuitive et purement littérale à de tels moteurs de recherche » (§ 44 des conclusions de l'Avocat général), et que « l'on ne saurait adopter une approche du “tout ou rien” » (§ 45 des conclusions de l'Avocat général). Chaque disposition de la directive européenne doit dès lors faire l'objet d'une analyse particulière quant à son application potentielle aux exploitants de moteurs de recherche.

En ce qui concerne précisément l'article 8 de la directive, une application stricte aboutirait non seulement à une interdiction pour un exploitant de moteurs de recherche de traiter les données énumérées dans la disposition, mais en outre l'obligerait à effectuer un contrôle *ex ante* et systématique des données, même en l'absence d'une demande expresse de déréférencement (§§ 46 et 48 des conclusions de l'Avocat général). L'Avocat général rappelle que la Cour de justice, dans l'arrêt *Google Spain*, affirme que cet exploitant, « en tant que personne déterminant les finalités et les moyens de cette activité doit s'assurer, dans le cadre de ses *responsabilités*, de ses *compétences* et de ses *possibilités*, que celle-ci satisfait aux exigences de la directive 95/46 pour que les garanties prévues par celle-ci puissent développer leur plein effet et qu'une protection efficace et complète des personnes concernées, notamment de leur

³⁹⁹³ Conclusions de l'Avocat général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 90.

droit au respect de leur vie privée, puisse effectivement être réalisée »³⁹⁹⁴. L'Avocat général, interprétant cet extrait *a contrario*, estime que ces responsabilités, compétences et possibilités – qui peuvent être limitées – permettraient aux exploitants de ne pas satisfaire aux exigences de la directive (§ 52 des conclusions de l'Avocat général).

Ainsi, une application *ex ante* de l'article 8 doit être exclue, celle-ci ne relevant ni des responsabilités ni des possibilités des moteurs de recherche (§ 54 des conclusions de l'Avocat général)³⁹⁹⁵. En revanche, une intervention *a posteriori*, à la suite d'une demande en déréférencement, s'avère correspondre à une interprétation efficiente de la directive (§ 54 des conclusions de l'Avocat général). En outre, les conclusions rappellent que les moteurs de recherche référencent des informations disponibles sur des sites internet, leur activité n'intervenant « qu'après la mise en ligne de données (sensibles) » (§ 55 des conclusions de l'Avocat général). Ces moteurs de recherche ont en effet une activité intervenant en seconde ligne, ceux-ci n'étant donc pas directement responsables du contenu³⁹⁹⁶.

Répondant à la première question préjudicielle, l'Avocat général conclut à ce qu'un exploitant de moteur de recherche est bien soumis aux interdictions de traitement figurant à l'article 8, §§ 1 à 5, de la directive 95/46/CE, cette application se concrétisant en un examen *a posteriori* des demandes de déréférencement qui lui parviennent (§ 56 des conclusions de l'Avocat général), excluant toute intervention *a priori*.

793. - Réponse apportée par la Cour. La Cour de justice de l'Union européenne suit le raisonnement proposé par l'Avocat général. Elle rappelle que le traitement effectué par un moteur de recherche doit être distingué du traitement effectué par les éditeurs de sites internet, cette distinction permettant de considérer que le premier traitement « est susceptible d'affecter significativement et de manière additionnelle par rapport [au deuxième traitement] les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel » (§ 37 de l'arrêt).

³⁹⁹⁴ C.J.U.E., 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 38.

³⁹⁹⁵ Selon Google, il lui est impossible de mettre en œuvre un contrôle préalable et systématique, page par page. Voy. la note 22 des conclusions de l'Avocat général.

³⁹⁹⁶ La Cour de justice, dans son arrêt *Google Spain*, a indiqué que la responsabilité des moteurs de recherche ne peut être assimilée à celle des éditeurs de site web, les traitements effectués n'étant pas identiques (voy. *supra*).

Quant au champ d'application de l'article 8 de la directive, dont le contenu est repris aux articles 9 et 10 du RGPD, les juges européens soulignent que l'interdiction de traitement s'applique à tous les traitements, sans qu'aucune dérogation générale ne soit organisée (§§ 41 à 43 de l'arrêt). Exclure du champ de cette interdiction les traitements effectués par les moteurs de recherche irait à l'encontre de l'objectif de ces dispositions. Reconnaisant donc une pleine et entière application de ces dispositions aux traitements effectués par les moteurs de recherche, la Cour de justice admet cependant que l'étendue de la responsabilité des exploitants ne vaut que pour leurs activités de référencement (§§ 45 à 47 de l'arrêt).

3. Les deuxièmes questions préjudicielles : le caractère systématique du déréférencement *a posteriori* et l'application de certaines exceptions

794. - Une question préjudicielle sous forme de trois sous-questions. La deuxième question préjudicielle comporte en réalité trois sous-questions.

795. - La première sous-question : un moteur de recherche doit-il systématiquement faire droit au demande de déréférencement de données sensibles ? La première sous-question porte sur l'existence d'une obligation, pour les moteurs de recherche, de faire droit systématiquement aux demandes de déréférencement. Pour l'Avocat général, cette question appelle une réponse positive. En l'absence de justification au sens des articles 8 et 9 de la directive, l'interdiction de traiter les données mentionnées à l'article 8, §§ 1 et 5, est une obligation devant être appliquée sans qu'il n'y ait de place pour l'exécution d'une mise en balance des intérêts (§ 69 des conclusions de l'Avocat général). Ainsi, « [d]ès lors qu'il est établi qu'un traitement des données sensibles a lieu, il convient de faire droit à une demande de déréférencement », sous réserve des exceptions prévues par le texte européen (§§ 69 et 73 des conclusions de l'Avocat général). Cette systématique découle en outre du fait que le traitement initial effectué par l'éditeur d'un site web étant illicite, le traitement effectué par les moteurs de recherche l'est également (§ 72 des conclusions de l'Avocat général). L'Avocat général fait enfin un parallèle avec les dispositions du RGPD, soulignant que son interprétation est confortée par le fait que les exceptions propres aux traitements des données sensibles y sont reprises et élargies³⁹⁹⁷.

³⁹⁹⁷ Il est fait référence à l'article 9, §§ 1^{er} et 2, du RGPD.

Sur cette première sous-question, la Cour confirme ce raisonnement³⁹⁹⁸.

796. - La deuxième sous-question : le recours aux exceptions rendant le traitement de données sensibles possible. La deuxième sous-question concerne la possibilité de consentir au traitement de données sensibles (article 8, § 2, a), de la directive) et l'exception qui autorise le traitement lorsqu'il « porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice » (article 8, § 2, e), de la directive). La juridiction de renvoi s'interrogeant sur l'application de ces deux exceptions au principe d'interdiction établi à l'article 8, § 1^{er}, l'Avocat général précise que rien ne s'y oppose³⁹⁹⁹. Ces motifs permettent par conséquent à un moteur de recherche de refuser une demande de déréférencement.

La Cour abonde dans le même sens, tout en ajoutant que le traitement de données sensibles peut encore être admis lorsque « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêts public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un Etat membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée » (article 9, § 2, g), du RGPD, reprenant l'article 8, § 4, de la directive).

Les juges de la Cour de justice de l'Union européenne émettent cependant une réserve quant au recours au consentement comme motif permettant de valider le traitement de données sensibles. Compte tenu du fait que le traitement doit, selon la définition proposée tant par la directive que par le RGPD, être spécifique, « il est, en pratique, difficilement envisageable [...] que l'exploitant d'un moteur de recherche sollicite le consentement explicite des personnes concernées avant de procéder, pour les besoins de son activité de référencement, au traitement des données » (§ 62 de l'arrêt)⁴⁰⁰⁰. En outre, quand bien même l'on pourrait envisager qu'un consentement soit donné, le fait de demander un déréférencement implique qu'on ne consent

³⁹⁹⁸ C.J.U.E. (gde ch.), 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF, BH, ED, c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, § 69.

³⁹⁹⁹ Seules deux exceptions ont été précisées dans la question préjudicielle. L'on peut toutefois considérer, par analogie, que les autres exceptions sont, elles-aussi, pleinement d'application.

⁴⁰⁰⁰ La Cour rappelle, en passant, la distinction entre le traitement effectué par un exploitant de moteur de recherche et celui que l'éditeur d'un site web exécute.

plus au traitement, ceci faisant notamment référence à la possibilité d'obtenir l'effacement des données en cas de retrait d'un consentement préalablement donné (§ 62 de l'arrêt)⁴⁰⁰¹.

En revanche, lorsque les données ont été manifestement rendues publiques par la personne concernée (article 8, § 2, e), de la directive ; article 9, § 2, e), du RGPD), l'exploitant d'un moteur de recherche peut traiter des données sensibles sauf si la personne concernée peut user de son droit de s'opposer au traitement pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière (§ 65 de l'arrêt)⁴⁰⁰². La Cour confirme la licéité du traitement de données sensibles et rappellent que d'autres droits permettent, *a posteriori*, d'obtenir l'effacement de données par la mise en œuvre du droit d'opposition (sur ces droits, voy. *supra*).

797. - La troisième sous-question : un traitement effectué à des fins journalistiques implique-t-il que le traitement de données sensibles soit licite ? Quant à la troisième sous-question, elle vise la compatibilité du caractère systématique du droit au déréférencement lorsqu'il porte sur des données sensibles, médicales ou judiciaires, lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques. Elle porte sur l'adéquation des articles 8 et 9 de la directive 95/46/CE. Sur cette problématique, les raisonnements proposés dans les conclusions de l'Avocat général et dans l'arrêt diffèrent.

798. - Le point de vue de l'Avocat général sur la troisième sous-question. L'Avocat général rappelle que l'arrêt *Google Spain* soutient qu'une demande de déréférencement n'est pas opposable aux éditeurs de site web, compte tenu de l'existence de dérogations lorsque le traitement est effectué à des fins journalistiques⁴⁰⁰³. Il constate que « l'on peut “tirer sur le messager” (même) si une “rectification à la source” est impossible, en raison du droit à la liberté d'expression d'un éditeur d'une page Internet » (§ 81 des conclusions de l'Avocat général). A suivre cette interprétation, l'article 9 ne s'applique pas aux moteurs de recherche.

Il faut cependant nuancer ce constat. Les conclusions de l'Avocat général rappellent le rôle fondamental des moteurs de recherche dans l'accès à l'information (§§ 84 et 85 des

⁴⁰⁰¹ Cette faculté est organisée par l'article 17, § 1^{er}, b), du RGPD. Il y a alors effacement sauf si le traitement peut se fonder sur d'autres motifs de licéité.

⁴⁰⁰² L'arrêt fait référence à l'article 14, alinéa 1^{er}, a), de la directive, ainsi qu'aux articles 17, § 1^{er}, c), et 21, § 1^{er}, du RGPD.

⁴⁰⁰³ Référence est faite à C.J.U.E., 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, § 85.

conclusions de l'Avocat général), tout en soulignant le caractère secondaire de leur activité, dès lors qu'ils ne sont pas les émetteurs à la source de l'information. Or, l'article 9 de la directive vise en priorité cet émetteur. Ce constat ne peut toutefois aboutir à refuser purement et simplement toute application de l'article 9 aux exploitants de moteur de recherche (§ 86 des conclusions de l'Avocat général). Lorsqu'une demande de déréférencement est adressée à un exploitant d'un moteur de recherche et porte sur des données sensibles, que ces données sont traitées à des fins de journalisme, cette dernière circonstance doit être susceptible de constituer un motif de rejet de la demande de déréférencement. En d'autres termes, lorsqu'un moteur de recherche s'interroge sur le déréférencement de données sensibles qui ont été traitées à des fins de journalisme par un émetteur, l'exploitant du moteur de recherche ne doit plus obligatoirement faire droit à cette demande, mais doit mettre en œuvre une balance des intérêts dans laquelle le fait que les données émanent « de la plume d'un journaliste ou constitue[nt] une expression artistique ou littéraire est un élément à prendre en compte » (§ 88 des conclusions de l'Avocat général)⁴⁰⁰⁴.

Enfin, l'Avocat général conforte son raisonnement en s'appuyant sur l'article 17, § 3, a), du RGPD, qui exclut toute application du droit à l'effacement lorsque « le traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ». Il affirme que cette disposition « reconnaît donc une limitation du droit au déréférencement pour des raisons relatives à la liberté d'expression et d'information, même si le traitement porte sur des données sensibles » (§ 91 des conclusions de l'Avocat général). Il n'évoque cependant pas l'exécution, en application de cette disposition du règlement d'une pondération des intérêts. Il a été souligné, ci-avant, qu'une telle balance n'est *a priori* pas requise par le RGPD, sauf à concéder à cette disposition une interprétation souple (voy. *supra*).

799. - Le point de vue de la Cour sur la troisième sous-question. La Cour prend une direction différente pour répondre à cette troisième question. En effet, elle ne traite pas directement de l'article 9 de la directive, comme la question préjudicielle le suggérait

⁴⁰⁰⁴ L'Avocat général fait référence à Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225, p. 22 (« [L]es autorités chargées de la protection des données reconnaissent qu'en fonction du contexte, il peut être pertinent d'examiner si l'information a été publiée à des fins journalistiques. Le fait que l'information est publiée par un journaliste—dont le travail consiste à informer le public—constitue un facteur à prendre en considération. Cependant, ce critère ne suffit pas à lui seul pour rejeter une demande, puisque l'arrêt de la Cour opère clairement une distinction entre la base juridique d'une publication dans les médias et la base juridique permettant aux moteurs de recherche d'organiser les résultats d'une recherche à partir du nom d'une personne »).

explicitement. La Cour s'écarte du cadre de cette question pour aborder un autre motif de licéité des traitements portant sur des données sensibles, celui indiqué à l'article 8, § 4, de la directive⁴⁰⁰⁵, et repris à l'article 9, § 2, g), du RGPD. Elle estime que les « motifs d'intérêt public » doivent obliger un exploitant de moteur de recherche saisi d'une demande de déréférencement à vérifier « si l'inclusion du lien vers la page web en question dans la liste affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche, protégées par l'article 11 de la Charte » (§ 66 de l'arrêt). Elle ajoute que même si, en règle, les droits de la personne concernée doivent prévaloir sur la liberté d'expression, cet équilibre peut, dans des cas particuliers, dépendre de quelques critères, ceux-ci étant directement repris dans la jurisprudence *Google Spain* (§ 66 de l'arrêt).

En résumé, l'exploitant d'un moteur de recherche peut fonder le traitement de données sensibles sur des « motifs d'intérêts public important », ceux-ci comprenant le droit à la liberté d'expression. Cependant, une telle justification se heurte, selon la Cour, à une mise en balance des intérêts. *A priori*, le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel de la personne concernée doivent prévaloir sur les intérêts de l'exploitant. Découle, de cet équilibre le fait que le traitement doit s'avérer « strictement nécessaire pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page » au moyen d'une recherche effectuée sur un moteur de recherche (§ 68 de l'arrêt).

Comme le fait remarquer Nicolas de Sadeleer, le raisonnement proposé par la Cour est laborieux⁴⁰⁰⁶. Indirectement, par cette formule peu précise reprise à l'article 8, § 4, de la directive, la Cour fait entrer le droit à la liberté d'expression dans son raisonnement. Elle semble offrir un nouveau motif rendant licite le traitement de données sensibles fait par des exploitants de moteurs de recherche. Elle élude totalement, à ce stade de son raisonnement, l'article 9 de la directive, pourtant clairement repris dans la question préjudicielle.

⁴⁰⁰⁵ Cette disposition précise que « [s]ous réserve de garanties appropriées, les États membres peuvent prévoir, pour un motif d'intérêt public important, des dérogations autres que celles prévues au paragraphe 2, soit par leur législation nationale, soit sur décision de l'autorité de contrôle ».

⁴⁰⁰⁶ N. DE SADELEER, « Droit au 'déréférencement' des données relatives à la vie privée et liberté d'information des internautes : la Cour de justice de l'Union européenne vient de rendre deux arrêts de principe », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 18 novembre 2019, consulté le 16 décembre 2019.

4. Les troisième et quatrième questions préjudicielles

800. - Réponses apportées par l'Avocat général aux troisième et quatrième questions préjudicielles. Alors que la troisième question ne fait l'objet d'aucun développement dès lors qu'elle impliquait une réponse négative à la deuxième question (§ 93 des conclusions de l'Avocat général ; § 70 de l'arrêt), la dernière comporte deux parties.

Il s'agit premièrement d'apporter des précisions sur l'article 8, § 5, de la directive, qui concerne les données judiciaires. Tant l'Avocat général que la Cour répondent brièvement que constituent des données relatives à des infractions les « informations relatives à des procédures judiciaires publiées sur des pages Internet » (§ 100 des conclusions de l'Avocat général ; § 79 de l'arrêt). Ils valident l'interprétation large donnée à cette notion⁴⁰⁰⁷.

La seconde partie porte sur le caractère incomplet, inexact ou pas à jour, d'informations relatives à des infractions. Existe-t-il une obligation de déréférencement à charge de l'exploitant d'un moteur de recherche lorsque des informations portant sur une procédure judiciaire « ne correspondent plus à la réalité actuelle », compte tenu du déroulement postérieur de ladite procédure ? La question a trait à l'ensemble des comptes rendus judiciaires qui figent une réalité au moment de leur rédaction et de leur divulgation, sans être par la suite adapté en fonction des décisions de justice rendues. Se référant au raisonnement proposé préalablement, l'Avocat général et la Cour estiment que, compte tenu du fait qu'il s'agit d'informations judiciaires traitées à des fins journalistiques, une pondération des intérêts doit être mise en œuvre (§§ 102 à 104 des conclusions de l'Avocat général ; §§ 76 à 79 de l'arrêt). Ils appellent donc à la mise en œuvre d'une balance des intérêts.

La Cour, à nouveau, mentionne l'article 8, § 4, de la directive. Ainsi, il doit y avoir déréférencement de liens portant des informations judiciaires, telles qu'interprétées largement, « lorsque ces informations se rapportent à une étape antérieure de la procédure judiciaire en cause et ne correspondent plus, compte tenu du déroulement de celle-ci, à la situation actuelle, dans la mesure où il est constaté, dans le cadre de la vérification des motifs d'intérêt public important visés à l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, que, eu égard à l'ensemble des

⁴⁰⁰⁷ Dans le cadre du droit à l'anonymisation, une telle interprétation large a d'ores et déjà été plébiscitée (voy. *supra*).

circonstances de l'espèce, les droits fondamentaux de la personne concernée, garantis par les articles 7 et 8 de la Charte, prévalent sur ceux des internautes potentiellement intéressés, protégés par l'article 11 de la Charte » (§ 79 de l'arrêt). La mise en balance des intérêts s'inscrit donc dans le cadre de cette disposition de la directive, et non dans les dispositions traditionnellement reprises lorsqu'il est question d'un conflit entre la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information.

B. Les dispositions consacrées par les textes visant à limiter l'oubli des catégories particulières de données

801. - Les restrictions du droit à l'oubli face aux données sensibles et judiciaires. L'article 9, § 1^{er}, du RGPD interdit le traitement des données sensibles. Cette interdiction n'est pas absolue. Tant le règlement que la loi belge du 30 juillet 2018 y dérogent. Il importe de relever les exceptions qui pourraient faire échec à l'interdiction de traitement et *in fine*, à l'oubli d'informations.

Premièrement, le consentement permet de lever l'interdiction de traiter des données sensibles (article 9, § 2, a), du RGPD) et constitue l'un des motifs rendant licite le traitement de données judiciaires (article 10, § 1^{er}, 5°, de la loi du 30 juillet 2018⁴⁰⁰⁸). Dès qu'il y a autorisation explicite de la part de la personne concernée, ces traitements sont autorisés, moyennant le respect de l'ensemble des conditions générales ou spécifiques qui leur sont applicables. Ces deux dispositions traduisent l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), qui porte que le consentement donné est un motif de licéité du traitement. Enfin, le retrait de ce consentement devrait permettre, en application de l'article 17, § 1^{er}, b), l'effacement des informations traitées (voy. *supra*).

Deuxièmement, les traitements des données sensibles et des données judiciaires sont possibles lorsque les données ont été manifestement rendues publiques par la personne concernée (article 9, § 2, e), du RGPD et article 10, § 1^{er}, 6°, de la loi du 30 juillet 2018). Le comportement de la personne concernée s'apparente à un consentement tacitement donné.

⁴⁰⁰⁸ L'article 10 de la loi du 30 juillet 2018 est pris en exécution de l'article 10 du RGPD.

Enfin, l'article 9, § 2, g), permet le traitement des données sensibles lorsqu'il est « nécessaire pour des motifs d'intérêt public ». Ces motifs comprennent-ils éventuellement ce qui a trait à l'exercice de la liberté d'expression et d'information ? Il a simplement été indiqué préalablement que l'on peut considérer qu'un organisme de radiodiffusion publique est porteur d'une mission d'intérêt public, sans que cela permette d'inscrire l'exercice du droit à la liberté d'expression nécessairement dans ce type de motif (voy. *supra*).

Section 4. Les limitations relatives à la liberté d'expression

802. - Les limitations en faveur de la liberté d'expression. Compte tenu du fait que le raisonnement général proposé et relatif au droit à l'oubli s'articule autour de la distinction entre informations journalistiques et informations non journalistiques, et qu'en outre l'analyse du droit à l'oubli s'inscrit précisément en droit des médias et de la communication, les restrictions aux dispositions du RGPD justifiées par la protection du droit à la liberté d'expression et d'information ont d'ores et déjà été développées (voy. *supra*).

Section 5. Les limitations relatives au traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques

803. - Introduction. Le RGPD consacre plusieurs dispositions à des cas particuliers de traitement de données à caractère personnel. Outre l'article 85 (voy. *supra*), six autres articles concernent des situations particulières⁴⁰⁰⁹. Seul l'article 89 paraît devoir être analysé plus largement en ce qu'il restreint l'application de certaines des dispositions qui matérialisent le droit à l'oubli. L'un des traitements visés est celui effectué à des fins archivistiques dans l'intérêt du public. Le droit à l'effacement et le droit à l'oubli constituent en effet, à première lecture, des dangers importants dans le travail mené par le secteur des archives publiques⁴⁰¹⁰.

⁴⁰⁰⁹ Les autres dispositions sont les suivantes : l'article 86 (« [t]raitement et accès du public aux documents officiels ») ; l'article 87 (« [t]raitement du numéro d'identification national ») ; l'article 88 (« [t]raitement de données dans le cadre des relations de travail ») ; l'article 90 (« [o]bligation de secret ») ; l'article 91 (« [r]ègles existantes des églises et associations religieuses en matière de protection des données »).

⁴⁰¹⁰ A cet égard, voy. les mots de Willem Debeuckelaere, président de l'autorité belge de protection des données à caractère personnel, qui, évoquant le droit à l'oubli, indiquait en 2013 ceci : « [b]ad news. A new European data protection regulation is coming, including a terrible monster for archivists, at least that is what I fear : the right to be forgotten, le droit à l'oubli. What this means concretely is not just an enigma, but also a real nightmare. The right to be forgotten is said to imply in genera that individuals have the right to erase documents or other elements

§ 1^{er}. Le champ d'application de ces diverses limitations

804. - Définir les fins archivistiques dans l'intérêt public. L'article 89 concerne le traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public⁴⁰¹¹, le traitement à des fins de recherche scientifique ou historique, et le traitement à des fins statistiques.

Le premier type de traitement concerne l'archivage à des fins d'intérêt public⁴⁰¹². La notion d'archive s'entend de « tous les documents qui, quels que soient leur date, leur forme matérielle, leur stade d'élaboration ou leur support, sont destinés, par leur nature, à être conservés par une autorité publique ou par une personne privée, une société ou une association de droit privé, dans la mesure où ces documents ont été reçus ou produits dans l'exercice de ses activités, de ses fonctions ou pour maintenir ses droits et obligations »⁴⁰¹³. Quant au traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, le RGPD n'en propose aucune définition⁴⁰¹⁴. Seul le considérant n° 158 apporte quelques précisions à cet égard : « [L]es autorités publiques ou les organismes publics ou privés qui conservent des archives dans l'intérêt public devraient être des services qui, en vertu du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, ont l'obligation légale

from their personal life » (mots prononcés à la ICA Conference 2013, « Access to Information and Personal Data Protection », cité par K. VAN HONACKER, « GDPR and processing for archiving purposes in the public interest : an introduction », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, p. 16.

⁴⁰¹¹ Sur cette finalité particulière, voy. K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, 158 p.

⁴⁰¹² Le traitement effectué dans le cadre des archives nationales est donc justifié soit par l'intérêt public (article 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, e), du RGPD), soit par une obligation légale (article 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, c), du RGPD). Voy. à ce propos, P. VAN EECKE, P. CRADDOCK, « The right to be forgotten ... and to remember! », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, p. 45. En ce qui concerne le fondement légal voy. En Belgique, la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 12 août 1955, p. 499. La loi est accompagnée de deux arrêtés royaux référencés dans la note suivante. Sur la situation française, H. LEMOINE, B. RICARD, « Les données personnelles dans les archives publiques françaises : loi, accès et sécurité », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 69 à 78. Sur la situation italienne, G. BARRERA, « Archival ethics and the right to be forgotten : Italian Experiences », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 79 à 96.

⁴⁰¹³ Article 1^{er}, 2., de l'arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 1^{er}, 5 et 6bis de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 23 septembre 2010, p. 58712 ; article 1^{er}, 2., de l'arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 5 et 6 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 23 septembre 2010, p. 58722. Voy. aussi M. JACQUEMIN, S. SOYEZ, « Concepts de base », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, p. 33, cité par O. VANRECK, « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 838, n° 3.

⁴⁰¹⁴ La directive 95/46/CE ne proposait aucune dérogation à de telles fins.

de collecter, de conserver, d'évaluer, d'organiser, de décrire, de communiquer, de mettre en valeur, de diffuser des archives qui sont à conserver à titre définitif dans l'intérêt public général et d'y donner accès »⁴⁰¹⁵. Il est en tous les cas clair que les dérogations prévues à l'article 89 ne sont pas d'application dès qu'il y a archivage, et donc traitement de données⁴⁰¹⁶, mais seulement lorsque l'archivage est fait à des fins d'intérêt public. Odile Vanreck affirme en ce sens que « seuls semblaient correspondre à cette description les organismes nationaux chargés par chaque Etat membre, en vertu d'une loi nationale, de conserver les documents ayant un intérêt historique, culturel ou patrimonial – en raison des conditions de “l'obligation légale” d'archiver et du caractère cumulatif des opérations listées par le considérant »⁴⁰¹⁷.

805. - Définir la recherche scientifique ou historique, et les fins statistiques. Les autres types de traitement visés ne sont pas plus clairement explicités⁴⁰¹⁸. La recherche scientifique doit être interprétée largement, selon le considérant n° 159⁴⁰¹⁹. Elle couvre notamment « le développement et la démonstration de technologies, la recherche fondamentale, la recherche appliquée et la recherche financée par le secteur privé »⁴⁰²⁰. Le considérant n° 160 concerne la recherche à des fins historiques, celle-ci devant inclure « les recherches historiques et les recherches à des fins généalogiques ». Enfin le considérant n° 162 donne quelques indications sur les fins statistiques.

⁴⁰¹⁵ Sur cette notion, voy. deux commentaires proposés par O. VANRECK, « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage », *op. cit.*, pp. 852 et 857, n° 31 et 43. L'auteure constate d'une part que les termes du considérant sont extrêmement flous, et d'autre part, que la description proposées est restrictive en ce que les différentes actions sont cumulatives (utilisation du terme « et »).

⁴⁰¹⁶ L'archivage « recouvre toutes les opérations de traitement (collecte, conservation, utilisation, communication, destruction, ...) qui sont réalisées sur une archive » (O. VANRECK, « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage », *op. cit.*, p. 839 et p. 841, n° 3 et 7). Voy. aussi J. JOURET, W. DEBEUCKELAERE, « Processing for archiving purposes in the GDPR », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, p. 28.

⁴⁰¹⁷ O. VANRECK, « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage », *op. cit.*, p. 858, n° 44.

⁴⁰¹⁸ Le considérant n° 156, *in fine*, indique que « [l]e traitement de données à caractère personnel à des fins scientifiques devrait également respecter d'autres dispositions législatives pertinentes, telles que celles relatives aux essais cliniques ».

⁴⁰¹⁹ Sur la recherche scientifique, voy. encore J.-P. TRIAILLE, « The exception for scientific research under the EU copyright law and EU privacy law », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 283 à 289.

⁴⁰²⁰ Voy. aussi la référence à l'article 179, § 1^{er}, du TFUE qui porte sur la réalisation d'un espace européen de la recherche.

§ 2. Les dispositions du RGPD adaptées aux traitements à des fins archivistiques d'intérêt public ou statistiques, de recherche scientifique ou historique

806. - Le respect des principes fondamentaux relatifs au traitement de données. Les traitements effectués à ces différentes fins doivent respecter l'ensemble des principes établis par le RGPD. Ainsi, à l'instar de tous les autres traitements, ceux effectués à des fins archivistiques d'intérêt public, à des fins statistiques, ainsi qu'à des fins de recherche scientifique ou historique doivent respecter le principe de licéité énoncé à l'article 6⁴⁰²¹ ainsi que les principes relatifs au traitement des données repris à l'article 5.

Plus particulièrement, le principe de finalité énoncé à l'article 5, § 1^{er}, b) doit aussi être respectée. A ce propos, il faut considérer que, « [d]e manière générale, la conservation à long terme, par une personne physique ou morale ou par un organisme du secteur public, ne constitue pas une finalité en tant que telle mais bien une opération de traitement »⁴⁰²². Cela étant, deux hypothèses peuvent être distinguées. Premièrement, certains organismes sont spécifiquement chargés de la conservation de documents précisément parce qu'ils présentent une valeur patrimoniale, culturelle ou historique importante⁴⁰²³. Les traitements qu'ils effectuent sur les données ont pour objectif la conservation à long terme. L'on pense par exemple aux Archives de l'Etat en Belgique ou aux Archives nationales françaises. La deuxième hypothèse vise les données qui sont traitées sur le fondement d'une finalité particulière et qui sont ensuite conservées parce qu'elles témoignent d'une certaine valeur. L'article 5, § 1^{er}, b), prévoit cette hypothèse d'un traitement ultérieur justifié à des fins archivistiques d'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques. La disposition considère que ces traitements ultérieurs ne sont pas incompatibles avec les finalités initiales⁴⁰²⁴.

Un autre principe devant être respecté est celui de la limitation de la conservation des données (voy. *supra*). A priori, l'archivage d'informations se heurte à ce principe. Le RGPD adapte cette exigence pour les traitements visés à l'article 89, § 1^{er}. Tout en énonçant que les

⁴⁰²¹ A priori, l'ensemble des motifs de licéité indiqués à l'article 6 peuvent être envisagés pour justifier l'archivage de données. Le consentement apporté par la personne concernée, l'obligation légale ou l'exécution d'une mission d'intérêt public – pour les organismes publics étatiques chargés de conserver les archives d'un Etat ou d'une collectivité – semblent être les motifs les plus adéquats.

⁴⁰²² O. VANRECK, « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l'archivage », *op. cit.*, p. 845, n° 15.

⁴⁰²³ *Ibidem*.

⁴⁰²⁴ L'article 5, § 1^{er}, b), fait en outre un renvoi vers l'article 89, § 1^{er}, du RGPD.

données doivent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées », l'article 5, § 1^{er}, e), ajoute que « les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée »⁴⁰²⁵. Il s'agit d'une exception au principe qui veut que lorsque la finalité est atteinte, les données doivent être détruites, ou éventuellement anonymisées⁴⁰²⁶.

807. - L'aménagement d'autres dispositions du RGPD. L'article 9 du RGPD relatif aux catégories particulières de données à caractère personnel qui interdit le traitement des données sensibles (§ 1^{er}), l'autorise lorsqu'il est justifié par l'une des finalités visées à l'article 89, et pour autant que le traitement se fasse « sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée » (article 9, § 2, j)). Compte tenu du fait qu'il s'agit de données sensibles, les conditions de mise en œuvre du traitement sont plus strictes. L'on retrouve en réalité la nécessité de respecter les exigences de légalité, légitimité et proportionnalité, cette dernière devant notamment prendre en compte les droits fondamentaux et les intérêts de la personne concernée.

L'article 14, relatif aux informations devant être fournies lorsque les données ne sont pas collectées directement auprès de la personne concernée, liste les informations que le responsable du traitement doit faire parvenir à la personne concernée. L'article 14, § 5, énonce des exceptions à ce principe, et prend notamment en compte, à titre exemplatif, les spécificités des traitements visés à l'article 89. Le responsable du traitement n'est pas tenu par cette obligation lorsque « la fourniture de telles informations se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés, en particulier pour le traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques sous réserve

⁴⁰²⁵ Sur ces mesures techniques et organisationnelles appropriées, voy. *infra*.

⁴⁰²⁶ L'anonymisation se distingue de la pseudonymisation en ce que les données anonymisées ne peuvent plus être reliées à la personne concernée.

des conditions et garanties visées à l'article 89, paragraphe 1, ou dans la mesure où l'obligation visée au paragraphe 1 du présent article est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement. En pareils cas, le responsable du traitement prend des mesures appropriées pour protéger les droits et libertés ainsi que les intérêts légitimes de la personne concernée, y compris en rendant les informations publiquement disponibles » (article 14, § 5, b), du RGPD).

Le droit à l'effacement, et donc à l'oubli, n'est ensuite pas d'application lorsque le traitement effectué sur des données – que la personne concernée souhaite effacer – est nécessaire aux fins énumérées à l'article 89, dans la mesure où le droit à l'effacement « est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement » (article 17, § 3, d)). La mesure est une restriction claire à l'exercice potentiel d'un droit à l'oubli, impliquant pour un auteur une certaine mise en balance des intérêts⁴⁰²⁷. Dès lors que l'effacement d'une donnée, voire son déréférencement, se heurte à la réalisation de la finalité archivistique d'intérêt public, de recherche historique ou scientifique, ou encore la finalité statistique, l'effacement n'aura pas lieu⁴⁰²⁸. Encore faut-il déterminer ce que l'on peut considérer comme rendant impossible ou compromettant gravement la réalisation de l'une de ces finalités⁴⁰²⁹. Le champ de cette exclusion du droit à l'effacement pourrait paraître extrêmement large. L'on peut cependant relativiser compte tenu des finalités indiquées : il ne s'agit par exemple pas de n'importe quelles archives, mais seulement des archives d'intérêt public. Ainsi, cette exception ne peut être utilisée pour justifier que l'on ne puisse pas effacer des données contenues dans des archives en ligne, sauf à démontrer que ces archives sont d'intérêt public⁴⁰³⁰.

⁴⁰²⁷ A. HÄNGER, « The consequences of the GDPR for archives and their users : an initial review », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, p. 63. Cette mise en balance concerne l'impossibilité de ou la compromission à réaliser les objectifs archivistiques d'intérêt public, de recherche historique ou scientifique, ou statistiques.

⁴⁰²⁸ P. VAN EECKE, P. CRADDOCK, « The right to be forgotten ... and to remember! », *op. cit.*, p. 55 (« if the erasure of personal data prevents the attainment of the purpose, there is no requirement to erase data from a public archive. The right to be forgotten, under the GDPR, is of little relevance to public archives. Instead, in this context, the right to remember appears to have prevailed »).

⁴⁰²⁹ En outre, il faut déterminer qui doit considérer que la réalisation d'une finalité serait impossible ou gravement compromise : est-ce le responsable du traitement ? En effet, ce qui peut être gravement compromettant pour un archiviste ne l'est sans doute pas pour la personne concernée. Il semble que ce caractère impossible ou gravement compromettant est à déterminer par ceux qui exécutent les traitements dont la finalité pourrait ne pas être réalisée compte tenu de l'effacement.

⁴⁰³⁰ Il y a lieu de distinguer les archives d'intérêt public et l'intérêt du public à accéder à des informations, notamment en ligne, et notamment par le biais d'internet. Sur la différence entre intérêt public et intérêt du public, voy. *supra*.

Une autre disposition du règlement fait référence à l'article 89. Il s'agit de l'article 21 consacrant le droit d'opposition. L'article 21, § 6, précise que cette prérogative est applicable lorsque les données sont traitées « à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques », sans faire mention du traitement à des fins archivistiques d'intérêt public. En outre, la personne concernée faisant usage de son droit d'opposition doit démontrer l'existence de « raisons tenant à sa situation particulière » pour justifier l'exercice de son droit d'opposition. Par ailleurs, le droit d'opposition peut lui être refusé lorsque le traitement est « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ».

Enfin, en exécution de l'article 10 relatif au traitement de données relatives aux condamnations pénales et aux infractions, l'article 10 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁴⁰³¹ liste les circonstances dans lesquelles le traitement de ce type de donnée est envisageable. Tel est notamment le cas lorsque le traitement est effectué « pour les nécessités de la recherche scientifique, historique ou statistique ou à des fins d'archives » (article 10, § 1^{er}, 4°, de la loi).

§ 3. Les dérogations découlant de l'article 89 du RGPD

808. - Les dérogations prévues à l'article 89, § 1^{er} du RGPD. Les dérogations mentionnées ci-avant se fondent, au moins indirectement, sur l'article 89, § 1^{er}, du RGPD. Cette disposition pose le principe selon lequel les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, doivent être soumis « à des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée ». La disposition indique que « [c]es garanties garantissent la mise en place de mesures techniques et organisationnelles, en particulier pour assurer le respect du principe de minimisation des données ». Elle effectue un renvoi, à titre exemplatif, à l'article 5, § 1^{er}, c), du RGPD.

⁴⁰³¹ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

L'article 89, § 1^{er}, évoque l'adoption de mesures techniques ou organisationnelles⁴⁰³². L'expression se retrouve dans d'autres dispositions, notamment l'article 5, § 1^{er}, c), relatif à la limitation de la conservation. L'article 9, § 2, j), évoque des « mesures appropriées et spécifiques ». Quant à l'article 14, § 5, b), il se borne à requérir que des « mesures appropriées » soient prises. L'article 89, § 1^{er}, se poursuit en donnant quelques précisions complémentaires sur ces mesures : elles « peuvent comprendre la pseudonymisation, dans la mesure où ces finalités peuvent être atteintes de cette manière. Chaque fois que ces finalités peuvent être atteintes par un traitement ultérieur ne permettant pas ou plus l'identification des personnes concernées, il convient de procéder de cette manière ». Le considérant n° 156 affirme à plusieurs reprises que l'adoption de ces mesures est essentielle afin que soient garantis les droits et libertés de la personne concernée. Quant au considérant n° 78⁴⁰³³, évoquant l'adoption de mesures techniques et organisationnelles appropriées, il précise que « le responsable du traitement devrait adopter des règles internes et mettre en œuvre des mesures qui respectent, en particulier, les principes de protection des données dès la conception et de protection des données par défaut. Ces mesures pourraient consister, entre autres, à réduire à un minimum le traitement des données à caractère personnel, à pseudonymiser les données à caractère personnel dès que possible, à garantir la transparence en ce qui concerne les fonctions et le traitement des données à caractère personnel, à permettre à la personne concernée de contrôler le traitement des données, à permettre au responsable du traitement de mettre en place des dispositifs de sécurité ou de les améliorer »⁴⁰³⁴.

809. - Les dérogations prévues à l'article 89, § 2, du RGPD. L'article 89, § 2, concerne les traitements effectués à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques.

Il permet au droit de l'Union ou au droit d'un Etat membre de prévoir des dérogations à certains droits consacrés par le règlement en faveur de la personne concernée, à condition que des mesures techniques ou organisationnelles soient prises. Il n'y a de restriction que dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation

⁴⁰³² Ces mesures sont encore visées aux article 24 (« [r]esponsabilité du responsable du traitement »), 25 (« [p]rotection des données dès la conception et protection des données par défaut »), 28 (« [s]ous-traitant ») et 32 (« [s]écurité du traitement ») du RGPD.

⁴⁰³³ Le considérant n° 78 se lit conjointement à l'article 24 du RGPD.

⁴⁰³⁴ L'extrait renvoie notamment à l'article 25 du RGPD énonçant le principe d'une protection des données dès la conception ainsi que d'une protection des données par défaut. Le règlement aborde le *privacy by design* ainsi que le *privacy by default*. Voy. encore P. VOIGT, A. VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, op. cit., p. 39 ; Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, op. cit., pp. 142 à 147, n° 43 à 47.

des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités ». Les droits visés par l'article 89, § 2, sont les suivants : le droit d'accès (article 15), le droit de rectification (article 16), le droit de limitation (article 18) et le droit d'opposition (article 21).

Le droit à l'effacement n'est pas repris dans cette liste. Pourtant, l'article 17, § 3, d), propose une dérogation quasi identique relative notamment aux traitements visés par l'article 89, § 2. La formulation de cette dernière disposition est pourtant différente : la dérogation au droit à l'effacement est possible « dans la mesure où [ce droit] est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement ».

810. - Les dérogations prévues à l'article 89, § 3, du RGP. L'article 89, § 3, concerne les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public. Sont à nouveau visés les droits précités. Cependant, deux dispositions sont ajoutées à la liste : l'article 19 qui porte sur l'obligation de notification et l'article 20 qui concerne le droit de portabilité des données.

Des dérogations à ces droits peuvent être organisées par le droit de l'Union et par le droit des Etats membres moyennant la mise en œuvre de mesures techniques ou organisationnelles et « dans la mesure où ces droits risqueraient de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités spécifiques et où de telles dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités ».

A nouveau, le droit à l'effacement n'est pas repris dans cette liste, l'article 17, § 3, d), évoquant dans des termes semblables une telle dérogation.

§ 4. Les dérogations instaurées par la loi du 30 juillet 2018

811. - Le régime de la loi du 30 juillet 2018. Les articles 186 à 208 de la loi du 30 juillet 2018 déterminent « le régime dérogatoire aux droits des personnes concernées visés à l'article 89, §§ 2 et 3, du Règlement ». Le législateur belge est conscient que « l'exercice des droits visés à l'article 89, §§ 2 et 3, du Règlement risqueraient [sic] de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des

fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques et où des dérogations sont nécessaires pour atteindre ces finalités » (article 186, alinéa 2, de la loi)⁴⁰³⁵.

La loi distingue les différentes étapes du traitement de données à ces fins. Préalablement à la collecte, le responsable du traitement doit démontrer « les motifs pour lesquels l'exercice des droits de la personne concernée risque de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation de la finalité » (article 191, 2°, pour les traitements à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ; et 192, 2°, pour les traitements à des fins archivistiques). Pour les traitements archivistiques, il doit en outre démontrer « l'intérêt public des archives conservées » (article 192, 1°). Pour les autres, le responsable doit encore apporter « la justification de l'utilisation des données pseudonymisées ou non » (191, 1°). Durant la collecte, outre les informations mentionnées à l'article 13 du RGPD, le responsable apporte des indications sur l'éventuelle anonymisation ou non des données ainsi que sur les « motifs pour lesquels l'exercice des droits de la personne concernée risque de rendre impossible ou d'entraver sérieusement la réalisation des finalités » (article 193). Enfin, des garanties sont énumérées pour des traitements ultérieurs de données (articles 194 à 197). L'article 197 organise un système de protection des données en cascade obligeant le responsable du traitement à des fins de recherche ou statistiques d'utiliser des données anonymes. Cependant, lorsque l'anonymisation des données rend impossible la réalisation de la finalité de la recherche ou statistique, le responsable peut alors recourir à la pseudonymisation. Enfin, « [l]orsqu'un traitement de données pseudonymisées ne permet pas d'atteindre la finalité de recherche ou statistique, le responsable du traitement utilise des données non-pseudonymisées » (article 197, alinéa 3).

Les articles 198 à 204 concernent l'anonymisation ou la pseudonymisation lorsque les données sont traitées à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques. Outre des obligations de recourir à des données anonymisées ou pseudonymisées (articles 198 et 199), la question de la dépseudonymisation est abordée, celle-ci étant permise lorsque cette opération est nécessaire à la recherche menée ou aux fins statistiques (article 200)⁴⁰³⁶.

⁴⁰³⁵ En ce sens, une garantie complémentaire est ajoutée à l'article 187 : « [L]es articles 190 à 204 ne s'appliquent pas à condition de respecter un code de conduite approuvé conformément à l'article 40 du Règlement ».

⁴⁰³⁶ L'article 200 ajoute que cette dépseudonymisation doit se faire, « le cas échéant, après avis du délégué à la protection des données ».

Les articles 205 et 206 organisent la diffusion des données traitées à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques. La diffusion doit obligatoirement se faire pseudonymement⁴⁰³⁷ sauf lorsque la personne concernée a consenti à une divulgation non-pseudonymisée⁴⁰³⁸, lorsqu'elle a rendu publique lesdites données, lorsque l'on reconnaît que les données ont « une relation étroite avec le caractère public ou historique de la personne concernée », ou lorsque « les données ont une relation étroite avec le caractère public ou historique de faits dans lesquelles la personne concernée a été impliquée » (article 205). La disposition traduit notamment les enjeux du devoir de mémoire, ce dernier entrant dans la balance des intérêts devant être faite dans le cadre notamment du droit à l'oubli d'informations journalistiques (voy. *supra*). L'argument peut notamment être opposé à ceux qui estiment que le recours à la pseudonymisation, ou à l'anonymisation, d'informations pourrait constituer une forme de censure de l'histoire, voire une réécriture de l'histoire – celle-ci allant généralement de paire avec des craintes liées à une manipulation de l'histoire.

Enfin, les articles 207 et 208 portent sur la communication de ces données. Lorsque les données sont communiquées à un tiers, ce dernier doit ne pas être en mesure de reproduire les données communiquées notamment lorsque les informations sont sensibles ou judiciaires, ou lorsque « cette reproduction risque de nuire à la sécurité de la personne concernée » (article 207). Des exceptions à cette interdiction sont reprises à l'article 208 : une telle communication est possible lorsque la personne concernée y a consenti ou a rendu publique ces données, lorsque « les données ont une relation étroite avec le caractère public ou historique de la personne concernée », ou encore lorsque « les données ont une relation étroite avec le caractère public ou historique de faits dans lesquelles la personne concernée a été impliquée ».

Chapitre 5. Les dispositions procédurales

Section 1^{ère}. Le droit de suite et l'obligation de notification

⁴⁰³⁷ Voy. l'article 206 qui affirme que « [s]ans préjudice du droit de l'Union européenne, des lois particulières, ordonnances et décrets prévoyant des conditions plus strictes pour la diffusion des données traitées à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, le responsable du traitement peut diffuser des données pseudonymisées, à l'exception des données à caractère personnel visées à l'article 9.1 du Règlement ». Sont visées, les données sensibles (voy. *supra*).

⁴⁰³⁸ L'article 205 de la loi permet cependant que des conditions plus strictes de diffusion soient prises le droit de l'Union européenne, des lois particulières, ordonnances et décrets.

812. - Le « droit de suite »⁴⁰³⁹. A plusieurs reprises, un droit de suite est organisé par les dispositions du RGPD. Il s'agit d'une obligation pour le responsable de traitement à l'encontre de qui un droit est exercé par une personne concernée, d'informer les autres responsables du traitement ayant traité les mêmes données (voy. *supra*).

813. - L'obligation de notification. L'article 19 du RGPD prévoit une obligation de notification en ce qui concerne la rectification ou l'effacement de données, ou encore lorsque la personne concernée requiert la limitation du traitement. La notification doit être effectuée par le responsable du traitement auprès de chaque destinataire « auquel les données à caractère personnel ont été communiquées » lorsque le droit de rectification, le droit à l'effacement ou le droit à la limitation est mis en œuvre. Toutefois, lorsque cette notification s'avère impossible à mettre en œuvre ou exige des efforts disproportionnés, le responsable du traitement est exonéré de cette obligation.

L'obligation de notification renforce considérablement la portée des trois droits précités. En ce qui concerne le droit à l'effacement, il complète en outre l'article 17, § 2, qui impose au responsable du traitement à un droit de suite⁴⁰⁴⁰. Elle permet notamment de répondre à la réalité d'internet : une donnée à caractère personnel est rapidement traitée, dupliquée, conservée, stockée, etc. par de nombreux responsables du traitement et destinataires⁴⁰⁴¹.

Section 2. La mise en œuvre d'un recours

§ 1^{er}. Les recours organisés par le règlement RGPD

⁴⁰³⁹ L'expression est tirée de C. DE TERWANGNE, « L'étendue dans le temps du droit d'accès aux informations sur les destinataires de données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰⁴⁰ Sur l'articulation entre ces deux dispositions, voy. *supra*.

⁴⁰⁴¹ La notion de destinataire est définie à l'article 4, 9), du règlement comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui reçoit communication de données à caractère personnel, qu'il s'agisse ou non d'un tiers ».

814. - Quatre voies possibles. Sans se prêter à un examen exhaustif des recours instaurés par le RGPD⁴⁰⁴², il est intéressant, dans le cadre de la mise en œuvre concrète des droits consacrés par ce texte, de présenter les quatre voies de contestation qu'il instaure.

L'article 77 octroie le droit d'introduire gratuitement⁴⁰⁴³ une réclamation auprès d'une autorité de contrôle⁴⁰⁴⁴. Ce recours est ouvert à toute personne concernée⁴⁰⁴⁵ qui « considère que le traitement à caractère personnel la concernant constitue une violation du présent règlement ». L'article 77 précise que cette réclamation se fait « [s]ans préjudice de tout autre recours administratif ou juridictionnel », et a lieu auprès de l'autorité de l'Etat membre dans lequel la personne concernée a « sa résidence habituelle, son lieu de travail ou le lieu où la violation aurait été commise ». Enfin, l'article 77, § 2, consacre une nouvelle obligation d'information en faveur de la personne concernée : l'autorité de contrôle saisie doit informer « l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de la réclamation »⁴⁰⁴⁶. Enfin, lorsque la réclamation s'avère fondée, l'autorité dispose du pouvoir d'adopter des mesures correctrices⁴⁰⁴⁷. Cette consécration des mesures correctrices est une nouveauté en Belgique, l'autorité de contrôle ne disposant pas d'un tel pouvoir sous l'empire de la loi du 8 décembre 1992⁴⁰⁴⁸.

⁴⁰⁴² Cette analyse n'étant pas essentielle dans le cadre de cette thèse. Pour une telle étude, voy. notamment L. GÉRARD, « RGPD : Quatre recours pour un Règlement », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 655 à 664.

⁴⁰⁴³ Article 57, § 3, du RGPD. Toutefois, en cas de demandes « manifestement infondées ou excessives, en raison, notamment, de leur caractère répétitif, l'autorité de contrôle peut exiger le paiement de frais raisonnables basés sur les coûts administratifs ou refuser de donner suite à la demande. Il incombe à l'autorité de contrôle de démontrer le caractère manifestement infondé ou excessif de la demande » (article 57, § 4, du RGPD).

⁴⁰⁴⁴ Un formulaire de réclamation peut être mis à la disposition des personnes concernées, notamment en ligne (voy. l'article 57, § 2, du règlement : « [c]haque autorité de contrôle facilite l'introduction des réclamations visées au paragraphe 1, point f), par des mesures telles que la fourniture d'un formulaire de réclamation qui peut aussi être rempli par voie électronique, sans que d'autres moyens de communication ne soient exclus » ; l'article 57, § 1^{er}, f), énonce que « [...] chaque autorité de contrôle, sur son territoire [...] traite les réclamations introduites par une personne concernée ou par un organisme, une organisation ou une association, [...] examine l'objet de la réclamation, dans la mesure nécessaire, et informe l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de l'enquête dans un délai raisonnable, notamment si un complément d'enquête ou une coordination avec une autre autorité de contrôle est nécessaire »).

⁴⁰⁴⁵ La personne concernée peut toutefois être représentée par « un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un Etat membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant » (article 80, § 1^{er}). Voy. aussi l'article 220 de la loi du 30 juillet 2018.

⁴⁰⁴⁶ Cette obligation d'information est déjà reprise à l'article 57, § 1^{er}, f), du RGPD.

⁴⁰⁴⁷ La liste des mesures correctrices possibles se trouve à l'article 58, § 2, du RGPD.

⁴⁰⁴⁸ L. GÉRARD, « RGPD : Quatre recours pour un Règlement », *op. cit.*, p. 658, n° 6. L'autorité se limitait à un avis.

L'introduction d'une réclamation peut en outre faire l'objet d'un recours juridictionnel intenté par la personne concernée⁴⁰⁴⁹ ayant aussi introduit une réclamation auprès de l'autorité de contrôle (article 78, § 2). Ce recours est possible dans deux hypothèses : en cas d'absence de traitement de la réclamation par l'autorité de contrôle ou en cas de défaut d'information à fournir, dans un délai de trois mois⁴⁰⁵⁰, à la personne concernée et portant sur l'état d'avancement de sa réclamation introduite en vertu de l'article 77 (article 78, § 2).

La troisième voie de recours est juridictionnelle. L'article 78, § 1^{er}, permet à toute personne physique ou morale – et non spécifiquement aux personnes concernées⁴⁰⁵¹ – d'intenter un recours à l'encontre d'une « décision juridiquement contraignante d'une autorité de contrôle qui la concerne ».

Enfin, l'article 79, § 1^{er}, offre « à chaque personne concernée [le] droit à un recours juridictionnel effectif si elle considère que les droits que lui confère le présent règlement ont été violés du fait d'un traitement de ses données à caractère personnel effectué en violation du présent règlement »⁴⁰⁵². Ce recours juridictionnel est possible « [s]ans préjudice de tout recours administratif ou extrajudiciaire qui lui est ouvert, y compris le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle au titre de l'article 77 »⁴⁰⁵³. L'article 79, § 2, donne des précisions sur les juridictions compétentes territorialement. Dans le choix du recours, la personne concernée doit cependant prendre en compte le fait que « [l]es actions judiciaires engagées pour exercer le droit à obtenir réparation sont intentées devant les juridictions compétentes en vertu du droit de l'Etat membre visé à l'article 79, paragraphe 2 » (article 82, § 6, du RGPD).

⁴⁰⁴⁹ A nouveau, l'article 80, § 1^{er}, du RGPD permet que la personne concernée mandate « un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif ».

⁴⁰⁵⁰ Les autorités de contrôle ont donc l'obligation, dans un délai de trois mois, de fournir des informations sur l'état d'avancement d'une réclamation introduite grâce à l'article 77.

⁴⁰⁵¹ Le recours peut donc être introduits par les personnes concernées, les responsables du traitement, ou encore les sous-traitants. Lorsqu'il s'agit d'une personne concernée, l'article 80 permettant la représentation des personnes concernées est d'application.

⁴⁰⁵² L'article 80, § 1^{er}, du RGPD permet que la personne concernée mandate « un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif ».

⁴⁰⁵³ Evoquant le droit de réclamation, Loïck Gérard indique qu'« [i]l appartient à la personne concernée de choisir la voie qu'elle souhaite emprunter pour faire valoir ses droits, les deux voies de recours étant alternatives ». La lecture du règlement ne permet toutefois pas de conclure de la sorte. Le texte permet d'introduire un recours juridictionnel « sans préjudice » du droit d'introduire la réclamation prévue à l'article 77. Les recours sont donc cumulatifs.

§ 2. Le droit à réparation

815. - La réparation du préjudice subi⁴⁰⁵⁴. L'article 82, § 1^{er}, permet d'obtenir réparation d'un préjudice matériel ou moral subi à la suite d'une violation d'une disposition du règlement.

§ 3. Le recours organisé par la loi du 30 juillet 2018

816. - L'action « comme en référé ». La loi belge du 30 juillet 2018 organise un régime particulièrement avantageux d'action en cessation⁴⁰⁵⁵, particulièrement en raison de sa rapidité et de son efficacité⁴⁰⁵⁶.

L'article 209, alinéa 1^{er}, de la loi organise une action en cessation, permettant au président du Tribunal de première instance⁴⁰⁵⁷, dans le cadre d'une procédure « comme en référé », non seulement de constater l'existence d'un traitement violant les « dispositions légales ou réglementaires concernant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de leur données [sic] à caractère personnel »⁴⁰⁵⁸, mais aussi d'en ordonner la cessation. Quant à l'alinéa 2, il permet, au même magistrat⁴⁰⁵⁹ et dans les mêmes conditions, de connaître de toute demande relative au droit « d'obtenir communication de données à caractère personnel, et de toute demande tendant à faire rectifier, supprimer ou interdire d'utiliser toute donnée à caractère personnel inexacte ou, compte tenu du but du traitement, incomplète ou non pertinente, ou dont l'enregistrement, la communication ou la conservation sont interdits, au

⁴⁰⁵⁴ Pour une analyse du régime de la responsabilité civile des responsables du traitement et des sous-traitants, voy. K. ROSIER, A. DELFORGE, « Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 665 à 700.

⁴⁰⁵⁵ Sur les modalités d'introduction de cette action, l'article 211 de la loi du 30 juillet 2018 renvoie aux articles 1034^{ter} à 1034^{sexies} du Code judiciaire.

⁴⁰⁵⁶ Si l'on compare la mise en œuvre de cette procédure à l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil qu'il y a lieu de mettre en œuvre dans le cadre des informations journalistiques, l'on comprend évidemment pourquoi la procédure de la loi du 30 juillet 2018 est bien plus avantageuse. Elle implique cependant que l'on puisse mettre en œuvre le RGPD, ce qui dans le cadre du droit à l'oubli d'informations journalistiques, n'est pas toujours le cas. En effet, le RGPD contient plusieurs dispositions ne permettent pas qu'il puisse être appliqué lorsque le traitement est justifié à des fins journalistiques.

⁴⁰⁵⁷ Cette action en cessation est transférée au ministère publi ou au juge pénal compétent lorsque le traitement « concerne des données à caractère personnel traitées lors d'une information, d'une instruction, d'une procédure pénale devant le juge de fond ou d'une procédure d'exécution d'une peine pénale » (article 210 de la loi du 30 juillet 2018).

⁴⁰⁵⁸ L'on peut déplorer le manque de précision de forme de la loi du 30 juillet 2018. Voy. aussi la formulation désastreuse de l'article 24, l'erreur d'accord à l'article 186, la formulation hasardeuse de l'article 187. Sur le contexte d'adoption de la loi, qui permet d'expliquer mais pas de justifier ces approximations répétées, voy. *supra*.

⁴⁰⁵⁹ Voy., à nouveau le transfert de compétence effectué par l'article 2010 de la loi du 30 juillet 2018.

traitement de laquelle la personne concernée s'est opposée ou qui a été conservée au-delà de la période autorisée ». L'introduction d'une action en cessation sur le fondement de cet article 209 permet également au demandeur de « réclamer la réparation de son dommage conformément à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle »⁴⁰⁶⁰.

Outre la constatation et la cessation, le président peut décider d'« accorder un délai pour mettre fin à la violation, lorsque la nature de la violation le nécessite. Il peut accorder la levée de la cessation lorsqu'il a été mis fin à la violation » (article 214).

Enfin, l'article 217 de la loi belge concrétise au niveau juridictionnel le « droit de suite » dont il est fait mention dans plusieurs dispositions du RGPD⁴⁰⁶¹. En effet, « [l]orsque des données à caractère personnel inexactes, incomplètes ou non pertinentes, ou des données à caractère personnel dont la conservation est interdite, ont été communiquées à des tiers, ou lorsque une communication de données à caractère personnel a eu lieu après l'expiration de la période durant laquelle la conservation de ces données était autorisée, le président du Tribunal de première instance peut ordonner au responsable du traitement, au sous-traitant, au destinataire ou leur délégué d'informer ces tiers de la limitation du traitement, de la rectification ou de la suppression de ces données à caractère personnel ».

CONCLUSIONS DE LA PARTIE 3

817. - Le droit à l'oubli d'informations non journalistiques : des formes d'oubli limitées dans les dispositions du RGPD. Le droit à l'oubli trouve-t-il un fondement dans les dispositions du RGPD ? La réponse à cette question doit être nuancée. L'on ne peut évidemment pas nier certaines avancées posées par le texte européen en faveur d'une protection plus accrue des données à caractère personnel et/ou d'éléments de sa vie privée. Cette protection s'assimile essentiellement en un contrôle plus important. Cela étant, le texte présente aussi quelques limites dans l'exercice du droit à l'oubli, certaines ayant moins d'impacts que d'autres. Ainsi, le RGPD n'est d'application qu'en ce qui concerne les personnes physiques, excluant les personnes morales de son champ d'application. Son application pour les personnes physiques est toutefois conséquente dès lors que la définition d'une donnée à caractère personnel permet

⁴⁰⁶⁰ Il s'agit d'une compétence réservée aux juridictions nationales (article 82, § 6, du RGPD).

⁴⁰⁶¹ Voy. *supra*.

d’embrasser un nombre extrêmement important – peut-être trop – de données. Au regard du droit à l’oubli, il va de soi que l’une des restrictions les plus importantes est le régime particulier mis en place pour les traitements effectués à des fins de journalisme ou les traitements nécessaires à des fins de liberté d’expression ou d’information. A défaut de disposer d’ores et déjà de décisions jurisprudentielles, il est à l’heure actuelle difficile de déterminer comment ces exonérations seront interprétées. Or, cette interprétation, notamment de l’article 17, § 3, a), du RGPD, qu’elle soit stricte ou large, sera essentielle pour l’avenir du droit à l’oubli d’informations journalistiques.

Cette disposition du RGPD apparaît être consacrer le droit à l’oubli. Pourtant, il s’agit davantage d’un droit à l’effacement applicables sous certaines conditions. Le titre de cet article conforte d’ailleurs ce constat. Plus globalement, cette réflexion s’inscrit aussi dans – et confirme – le postulat que le droit à l’oubli d’informations non journalistiques prend la forme d’un faisceau de droits différents consacrés par le RGPD : le droit d’accéder à ses données, le droit de s’opposer à leur traitement, le droit d’en requérir leur effacement, le droit d’exiger la rectification de données, ou encore le droit de demander que le traitement soit limité. Il s’agit de droits consacrés non pas de manière absolue, mais bien moyennant le respect de conditions ou l’existence de circonstances particulières. A nouveau, leur application est généralement limitée lorsque le traitement poursuit une finalité journalistique, ceci découlant des dispositions nationales et non du RGPD directement. Seule l’article 17 indique que l’effacement n’est pas applicable lorsque le traitement est justifié par la liberté d’expression. Hormis dans le cas précis de cette disposition, il faut bien évidemment déplorer l’absence d’uniformisation des règles, l’article 85 exigeant que les Etats membres adoptent les règles nécessaires pour concilier protection des données et liberté d’expression. Difficile de justifier un tel renvoi alors que la Cour de justice de l’Union européenne a, à plusieurs reprises, défini largement notamment la notion de journalisme, en faisant une notion transversale, détachée de ses éventuelles spécificités nationales.

Le droit à l’oubli conçu par et à travers les dispositions du RGPD sont d’application pour de nombreuses données. Le texte prévoit des restrictions non absolues non seulement lorsque le traitement est journalistique, mais aussi pour d’autres types de traitements. Ainsi, les traitements à des fins historiques ou archivistiques bénéficient d’un régime dérogatoire. L’ensemble de ces régimes a pour objectif d’établir un équilibre entre des intérêts partiellement ou totalement opposés. Permettre l’oubli de données à caractère personnel se conçoit comme

une entaille dans la liberté du chercheur, de l'historien ou de l'archiviste. Les dispositions du RGPD se veulent donc le résultat d'une balance des intérêts, d'un équilibre subtil organisé par le législateur européen. En ce sens, l'on retrouve ici une similarité avec le droit à l'oubli qui a pour fondement l'article 1382 du Code civil, développé ci-avant (voy. *supra*). A ce propos, il y a lieu de rappeler qu'une balance des intérêts pourrait devoir être faite par les autorités chargées de solutionner un litige sur le fondement des dispositions du RGPD. Si l'on admet que l'article 17, § 3, a), soit interprété souplement, l'on peut concevoir que l'interdiction de procéder à l'effacement de données parce que le traitement de celles-ci est justifié à des fins nécessaires à la liberté d'expression implique, de la part de ces autorités, la mise en œuvre d'une balance des intérêts en présence, renvoyant pour partie au raisonnement développé dans le cadre de l'action en responsabilité extracontractuelle.

Enfin, l'oubli matérialisé par divers droits dans le RGPD se concrétise, lorsque ces droits s'appliquent, dans des mécanismes propres aux problématiques numériques. Tel est le cas du déréférencement, droit initialement consacré par l'arrêt *Google Spain* du 13 mai 2014, et repris implicitement par le RGPD. Sans être directement consacré, le déréférencement est en effet la mise en œuvre effective de l'effacement consacré à l'article 17 du RGPD. Sans doute consacrer explicitement cette déréférencement aurait considérablement restreint la disposition précitée dès lors qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer aux seules actions menées à l'encontre des moteurs de recherche, ce qu'implique *a priori* le déréférencement.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

818. - Le contexte des droits à l'oubli. Certains prédisent que la collecte d'informations et le stockage de nos données n'en sont qu'à leur balbutiement⁴⁰⁶². L'avenir pourrait, à cet égard, être pire tant il est vrai, internet n'en est finalement qu'à ses prémices⁴⁰⁶³. Meg Leta Jones constate que « [t]he web is so young in many ways, but it is old enough to have a real and significant impacts on networked societies »⁴⁰⁶⁴. La jeunesse d'internet ne lui empêche effectivement pas de marquer indélébilement toute société. Il est difficile de nier les belles et nombreuses perspectives offertes par internet. Difficile aussi de ne pas voir les énormes défis créés par internet, notamment en termes de protection de la vie privée et des données à caractère personnel. Les technologies numériques induisent un changement de paradigme, une digitalisation de la société dans son ensemble. Et comme tout changement, il emmène avec lui son lot d'interrogations. Bénéficierons-nous encore de la *privacy* telle qu'on la conçoit dans une société démocratique ? Serons-nous tous bientôt contrôlés par des algorithmes, des machines appartenant à des multinationales dont le seul objectif est le profit économique ? Faut-il inévitablement admettre qu'internet puisse nous déshabiller sans que l'on puisse, par quelque moyen, s'y opposer ?

Force est de constater que l'apparition d'internet et son développement modifient la relation qu'un individu peut avoir avec l'information. Toutes les données ont désormais une valeur économique non négligeable permettant à des entreprises de faire du profit. La masse d'informations accessibles et disponibles ne cessent de croître, les capacités de stockage étant quasiment illimitées. Sans compter le fait que stocker une information présente désormais un coût moindre que de la supprimer. *In fine*, plusieurs constats similaires peuvent être faits : internet n'oublie plus, internet n'oublie rien, internet n'a plus aucun intérêt à oublier.

Les conséquences sur notre perception de l'oubli et de la mémoire ne sont pas négligeables. L'oubli, considéré paradoxalement à la fois comme une défaillance et un bienfait, serait en voie de disparition, à tout le moins dans l'environnement numérique. Quant à la mémoire, ses capacités sont décuplées, la mémoire humaine interne étant désormais secondée

⁴⁰⁶² V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., p. 9.

⁴⁰⁶³ Le *World Wide Web* date du début des années 90.

⁴⁰⁶⁴ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, op. cit., p. 189.

par une mémoire externe aux possibilités infinies. La mémoire n'est plus naturelle, elle devient artificielle, à l'instar de l'intelligence. L'on peut tout retenir, l'on peut se souvenir de tout, dans les moindres détails. Dans son ouvrage *Delete*, Viktor Mayer-Schönberger constate que « remembering has become the norm, and forgetting the exception. Four main technological drivers have facilitated this shift : digitalization, cheap storage, easy retrieval, and global reach »⁴⁰⁶⁵. Avec la conséquence que l'on vit, aujourd'hui, sous la pression permanente d'un passé devenu parfois encombrant, ce qui peut rapidement devenir malsain.

819. - La consécration des droits à l'oubli. Ces différents constats obligent à réinventer l'oubli, et notamment à recouvrer un équilibre adéquat entre oubli et mémoire dans l'environnement numérique. On a pu démontrer l'utilité et l'importance de l'oubli à bien des égards. Internet ne peut avoir pour effet d'annihiler ces côtés salutaires. Il est par conséquent nécessaire d'outiller les internautes de formes d'oublis digitalisés : la mémoire s'externalise par des procédés techniques, l'oubli doit faire de même à la différence que les procédés sont ici juridiques. L'oubli n'est plus naturel mais devient lui-aussi artificiel, imposé par des normes. Il est capital d'outiller les citoyens afin qu'ils puissent se réapproprier un contrôle, total ou partiel, des informations qui les concernent. En droit, ces outils prennent notamment la forme de ce qui est appelé communément le droit à l'oubli, ou plutôt les droits à l'oubli.

Les débats autour de ces droits sont nombreux, passionnés et passionnants, sans pour autant être étonnants. Ils sont en réalité inhérents à l'apparition de toute nouvelle prérogative juridique. Le droit à la vie privée, théorisé pour la première fois par Louis D. Brandeis et Samuel D. Warren en 1890, avait induit de nombreuses discussions. Depuis, ce droit s'est imposé dans la jurisprudence d'abord, pour être ensuite consacré dans des textes internationaux et nationaux. Sans être remis en cause, ce droit n'est cependant pas à l'abri de critiques et d'évolutions : le droit à la vie privée n'est pas figé, il s'adapte et se transforme au gré des évolutions notamment numériques et technologiques.

L'éclosion des droits à l'oubli a connu les mêmes pérégrinations que le droit à la vie privée. Répondant à des besoins créés essentiellement par des évolutions technologiques, les

⁴⁰⁶⁵ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., p. 52 et p. 92. Ces quatre éléments sont explicités par la suite (pp. 52 à 90). L'auteur indique encore que « [f]or millennia, human beings have lived in a world of forgetting. Individual behaviour, societal mechanisms and processes, and human values have incorporated and reflected that fact. It would be naïve to think that leaving behind such a fundamental part of human nature with the help of digitization and technology would be a painless affair » (p. 96).

droits à l'oubli sont sources de discussions importantes. Dans la sphère numérique, ils opposent essentiellement deux camps que Meg Jeta Jones appellent les *preservationists* et les *deletionists*. Cette auteure explique que les « [p]reservationists believe we owe the entire Internet to our descendants » et que les « [d]eletionists believe forgetting must be part of the Internet to support efficient, useful, and high-quality information practices »⁴⁰⁶⁶. Clairement, nous nous inscrivons davantage dans ce second courant de pensée. Dans le champ des médias traditionnels, ils opposent les partisans d'une liberté d'expression sans limite et ceux qui estiment qu'après un certain laps de temps, des informations doivent pouvoir ne plus être diffusées sans raison pertinente.

Enfin, l'apparition du droit à la protection des données à caractère personnel s'est faite dans les traces du droit à la vie privée. L'on peut considérer que ce droit – qui en réalité englobe un éventail de prérogatives juridiques distinctes – s'est détaché progressivement du droit à la vie privée *sensu lato* pour prendre son envol et être consacré indépendamment dans des textes juridiques internationaux. L'oubli trouve alors sa place dans la protection des données et y est même explicitement consacré. L'article 17 du RGPD est en effet intitulé « droit à l'oubli », cette consécration devant néanmoins être considérablement relativisée puisque la disposition vise et organise d'abord et avant tout un droit à l'effacement.

820. - Les droits à l'oubli, des consécutions nouvelles ? Pour beaucoup, les droits à l'oubli constituent de nouvelles prérogatives. Le pragmatisme juridique voudrait que toute nouvelle création juridique réponde à une nécessité, à un besoin de combler un vide juridique, un manquement dans un ou plusieurs ordre(s) juridique(s) déterminé(s). *A priori*, la raison voudrait qu'il ne peut y avoir de création d'un nouveau droit si celui-ci ne correspond pas à une lacune qui a été préalablement déterminée ou qui pourrait, dans certains cas, être anticipée. Cette deuxième hypothèse est, il faut être lucide, moins fréquente, le droit étant le plus souvent un outil intervenant alors même que la situation problématique a d'ores et déjà été décelée. Si l'on reprend le droit à la vie privée, son développement répond à l'évolution des technologies de l'époque, essentiellement la démocratisation de l'appareil photo. Les droits à l'oubli entrent dans une logique tout à fait identique, seule la teneur de l'évolution technologique étant différente.

⁴⁰⁶⁶ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, op. cit., p. 110.

Force est cependant de constater que les droits à l'oubli ne peuvent être totalement considérés comme de nouvelles prérogatives juridiques. Leur étude permet de soutenir qu'ils s'assimilent davantage à des adaptations d'un cadre juridique existant, prenant appui sur le droit à la vie privée et sur le droit à la protection des données à caractère personnel. A l'heure où des auteurs s'interrogent sur le futur de la vie privée⁴⁰⁶⁷, il y a lieu de constater que la *privacy* n'est pas morte⁴⁰⁶⁸, la vie privée devant simplement être adaptée aux réalités technologiques et numériques. Ces évolutions constituent le terreau dans lequel les droits à l'oubli se sont développés⁴⁰⁶⁹. Ces derniers s'assimilent à des consécration spécifiques du droit à la vie privée ou du droit à la protection des données à caractère personnel dans un environnement numérique et technologique nouveau.

821. - Les droits à l'oubli, des réalités concrètes. Les droits à l'oubli constituent des réalités tout à fait concrètes, à plusieurs égards.

Premièrement, dès lors qu'on les considère comme des évolutions de droits existant et non comme des créations totalement nouvelles et inédites, leur concrétisation juridique en est grandement facilitée. Admettre qu'ils prennent racine dans des droits concrets et non contestés dans leur fondement, c'est permettre de concevoir les droits à l'oubli comme des réalités juridiques tangibles, dont les fondements sont d'ores et déjà reconnus et admis. Seules les circonstances de leur application sont partiellement ou substantiellement modifiées, et donc être avalisées par la jurisprudence et la doctrine.

Deuxièmement, les formes juridiques de l'oubli se conçoivent dans diverses dispositions consacrant des droits particuliers. Evoquer les droits à l'oubli, c'est en réalité évoquer de nombreuses prérogatives distinctes, de sorte que l'oubli doit davantage être perçu comme un objectif à atteindre que comme des droits à part entière – entendus comme des prérogatives juridiques spécifiques. Outre les dispositions protectrices du droit à la vie privée, telles que l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dispositions auquel sont adjoints les articles relatifs à la responsabilité civile extracontractuelle, l'oubli se

⁴⁰⁶⁷ J. BURKELL, « The Future of Privacy Lies in Forgetting the Past », *op. cit.*, pp. 436 et 437 ; Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, *op. cit.*, 189 p.

⁴⁰⁶⁸ L'auteur renvoie entre autres à J. MORGAN, « Privacy is completely and utterly dead, and we killed it », *Forbes*, 19 août 2014, disponible sur le site www.forbes.com.

⁴⁰⁶⁹ J. BURKELL, « The Future of Privacy Lies in Forgetting the Past », *op. cit.*, pp. 436 et 437.

matérialise à travers la protection des données à caractère personnel consacrée à l'article 8 de la Charte précitée ainsi que par les droits consacrés dans le RGPD : le droit à l'effacement, le droit à la limitation, le droit d'accès, le droit d'opposition, etc.

Inscrire les droits à l'oubli dans des fondements différents, c'est en outre considérer que la distinction entre le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel a tout son sens. Certes, il existe des recoupements possibles entre le champ d'application de ces deux droits fondamentaux, mais il ne peut y avoir une assimilation totale. La logique est identique pour les droits à l'oubli : ils ne se recoupent pas totalement, notamment dans leur mise en œuvre respective, même s'ils se rejoignent sur leur objectif.

822. - L'impact de la finalité de journalisme sur les droits à l'oubli. Les auteurs s'accordent à reconnaître que les formes juridiques que peut prendre l'oubli sont plurielles. Plusieurs classements peuvent être faits en se fondant sur des éléments différents. Il nous est apparu qu'en droit des médias et de la communication, et compte tenu du fait que nous nous interrogeons notamment sur les fondements de ces droits, le critère de la finalité devait être pris en compte. Cette hypothèse implique de reconnaître que, quelle que soit la finalité, les informations ou données font l'objet d'un traitement⁴⁰⁷⁰. Cet élément est un préalable nécessaire à la mise en œuvre des droits à l'oubli.

Ensuite, doit être prise en compte la finalité journalistique ou non du traitement. Cet élément impacte à plusieurs égards la mise en œuvre des formes d'oubli juridique et justifie les fondements juridiques pluriels précités. Le critère n'est pas dû au hasard. Il s'explique essentiellement pour deux raisons. Premièrement, il a tout son sens dans une étude qui s'inscrit dans le champ du droit des médias et de la communication. Certes, ce droit n'est pas limité aux seules actions et traitements journalistiques. Cependant, ces dernières constituent une part non négligeable des règles particulières du droit des médias et de la communication. Deuxièmement, le critère du traitement journalistique est suggéré par les textes relatifs à la protection des données à caractère personnel. Ils incluent des dispositions particulières dès lors

⁴⁰⁷⁰ *A priori*, nous ne renvoyons pas spécifiquement, à ce stade, à la notion de traitement telle que reprise dans le RGPD. Il s'agit simplement d'admettre que l'oubli ne peut être revendiqué si l'information n'a pas été, à un moment, traitée par un tiers. L'information doit être utilisée par un tiers pour pouvoir ensuite faire l'objet d'une demande d'oubli. Cependant, on peut considérer que dans les faits, toute exploitation d'une information présentant un caractère privé ou personnel répond à la définition du traitement proposée par le RGPD, compte tenu de son spectre extrêmement large.

qu'un traitement est effectué à des fins journalistiques, ces dérogations ayant pour fonction de trouver un équilibre adéquat entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel.

Pour définir précisément la notion de journalisme, plusieurs sources internationales et nationales doivent être prises en compte. Force est de constater que les définitions proposées dans de nombreux textes ainsi que dans la jurisprudence européenne ne sont pas adéquates. En effet, définie trop largement, cette notion s'apparente en définitive à la liberté d'expression. Les cours européennes, tant celle de Strasbourg que de Luxembourg, pêchent par leur volonté d'interpréter largement la notion de journalisme, mues sans doute par des intérêts propres à la protection de la liberté d'expression – qui sont bien évidemment tout à fait légitimes. Cela étant, les impacts de ces largesses sont nombreux, notamment en ce qui concerne la protection du droit à la vie privée et la protection des données à caractère personnel. Considérer que le journalisme correspond à toute divulgation d'information, d'opinion, ou d'idée, quel que soit le support, c'est en réalité ne pas reconnaître la spécificité des journalistes, notamment celles qui caractérisent leur métier. Une vision large de la notion aboutit à considérer que tout internaute est, à l'heure des réseaux sociaux, journaliste. Il y a lieu de défendre une vision plus restrictive de la notion de journalisme, afin de reconnaître explicitement la plus-value de cette activité.

823. - Les responsabilités distinctes induites par les droits à l'oubli. L'oubli peut être requis auprès d'un éditeur, que ce soit d'un média traditionnel ou d'un site internet, ou auprès d'un responsable de traitement, à l'instar des moteurs de recherche. Selon la qualité de la personne à qui l'oubli est demandé, les fondements sont différents, de même que la mise en œuvre concrète de cet oubli. L'on peut donc, à cet égard parler d'une pluralité d'oubli aboutissant à des responsabilités différentes. Cependant, l'objectif est identique : *in fine* et quel que soit le moyen concret mis en œuvre, l'oubli d'informations, qu'elles soient journalistiques ou non, est souhaité.

La distinction des responsabilités, renforcée par la distinction des fondements et la distinction de la mise en œuvre concrète de l'oubli, permet de justifier l'existence de formes juridiques distinctes de l'oubli. L'appellation même de « droits à l'oubli » apparaît alors juridiquement bancal, dès lors que cela renvoie à des réalités concrètes très différentes.

824. - L'oubli d'informations journalistiques, une mise en balance d'intérêts opposés. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques se fonde sur une interprétation extensive des dispositions visant à protéger le droit à la vie privée. L'inclusion d'une dimension d'oubli, c'est-à-dire d'une vision à plus long terme de la vie privée, n'est pas problématique dès lors que la notion de vie privée ne fait l'objet d'aucune définition précise, listant exhaustivement les différentes composantes de la vie privée *sensu lato*. C'est donc tout à fait naturellement que l'oubli revendiqué dans sa dimension de vie privée prend place aux côtés de l'image, la voix ou encore l'orientation sexuelle. L'oubli s'inscrit parfaitement dans cette conception protéiforme du droit à la vie privée et peut alors se fonder, entre autres, sur l'article 22 de la Constitution, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La mise en œuvre concrète de ces dispositions se fait à travers l'action en responsabilité civile extracontractuelle qui trouve pour fondement, en Belgique, l'article 1382 du Code civil. Ce passage par les règles régissant la responsabilité n'étonne pas. En droit des médias et de la communication, il n'existe aucune règle particulière de responsabilité, toutes les actions *a posteriori* se fondant sur ces dispositions générales.

S'appuyant sur ce droit, l'application concrète de l'oubli se fait à travers une balance des intérêts, à l'instar de ce que propose la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle est confrontée à un conflit entre deux droits fondamentaux. Lorsque l'oubli est en jeu, ce conflit oppose d'une part, le droit à la vie privée et, d'autre part, le droit à la liberté d'expression, dans sa composante liberté de la presse. A l'instar de ce qui est proposé par la jurisprudence strasbourgeoise, et à l'instar de ce qui est fait par les juridictions nationales confrontées au même conflit de droits, les autorités judiciaires proposent cette balance des intérêts au départ de balises ayant vocation à aiguiller leur raisonnement, sans que l'une soit *a priori* prépondérante.

825. - L'oubli d'informations journalistiques, deux conditions préalables. Parmi ces éléments, deux doivent être considérés comme des conditions plutôt que des critères. Il faut d'abord une première divulgation licite de l'information. A défaut d'une telle première divulgation, l'information pourrait parfaitement être diffusée, pour autant que cette diffusion respecte les standards établis notamment par la jurisprudence européenne et relatifs à une première mise à la disposition d'un public d'une information. Il faut ensuite une nouvelle divulgation de l'information. La jurisprudence a pu considérer qu'une telle redivulgation prend

la forme, sur internet, d'une mise en une d'une information archivée. A cet égard, elle adapte à l'environnement numérique une condition tirée au départ d'un application d'un droit à l'oubli dans la presse traditionnelle. Cette modification, compte tenu du média et de l'impact qu'il peut avoir, est une démarche validée par la Cour européenne des droits de l'homme. Considérer la redivulgence de la sorte, c'est aussi mettre l'accent sur l'importante fonction des moteurs de recherche sur internet et le fait qu'ils jouent un rôle fondamental dans la diffusion des informations, aux côtés des éditeurs de site internet. Ces deux acteurs supportent cependant des responsabilités différentes.

A défaut de respecter ces conditions, le droit à l'oubli d'informations journalistiques ne peut être mis en œuvre. Cela étant, rien ne s'oppose à ce qu'un éventuel recours soit introduit sur le fondement du droit à la vie privée – au sens strict ou d'une des composantes du droit à la vie privée au sens large – ou de l'absence d'intérêt ou d'actualité lorsqu'une information est, par exemple, publiée pour la première fois tardivement. Conceptuellement, il ne s'agit pas du même recours. Cependant, dès lors que le droit à l'oubli d'informations journalistiques prend appui sur les consécutions du droit à la vie privée, le raisonnement exécuté notamment par les autorités judiciaires devraient présenter quelques similitudes, à l'exception de certains critères propres au droit à l'oubli.

826. - L'oubli d'informations journalistiques, les critères tirés de la jurisprudence vie privée/liberté d'expression. Des éléments permettant d'effectuer une balance des intérêts sont tirés de la jurisprudence relative aux litiges entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée. La liste proposée par ces décisions ne paraît pas être exhaustive de sorte qu'outre les critères qui y figurent, d'autres ont un intérêt à être analysés, en fonction des circonstances. L'examen de ces critères ne doit en outre pas être systématique et/ou automatique. Les circonstances de chaque cas d'espèce doivent permettre aux autorités d'analyser davantage certains critères que d'autres.

Un premier critère est celui de la personne visée par l'information. Autrement dit, il s'agit de déterminer qui peut se revendiquer d'un droit à l'oubli d'informations journalistiques. Il apparaît que les personnes privées et les personnes morales peuvent revendiquer un tel droit à l'oubli. En effet, dès lors que plusieurs éléments du droit à la vie privée ont été consacrés pour les personnes morales, ces mêmes éléments peuvent s'inscrire dans une perspective à long terme, justifiant une demande d'oubli. En outre, en ce qui concerne les personnes physiques, la

jurisprudence strasbourgeoise relative à la catégorisation des personnes publiques s'applique pleinement, aboutissant à considérer que des personnes publiques doivent assumer davantage d'atteinte dans leur droit à la vie privée, et donc dans leur droit à l'oubli.

Trois autres éléments, tirés de la jurisprudence opposant la vie privée et la liberté d'expression, pourraient parfaitement s'inscrire dans le raisonnement. Ils n'ont, jusqu'à maintenant, pas encore été intégrés dans des raisonnements jurisprudentiels relatifs au droit à l'oubli. Il s'agit du comportement antérieur de la personne visée par les informations, du fait que la personne a pu donner son consentement à la diffusion préalable de l'information – avec la question sous-jacente d'une renonciation éventuelle d'une protection d'un droit fondamental –, et enfin du type de média utilisé pour la nouvelle divulgation.

827. - L'oubli d'informations journalistiques, les critères spécifiques à l'oubli d'informations. D'autres éléments sont propres à la balance des intérêts devant être faites dans le cadre de l'application du droit à l'oubli d'informations journalistiques. Ils consacrent la spécificité du droit à l'oubli d'informations journalistiques dans sa mise en œuvre.

L'écoulement du temps entre les deux divulgations précitées est une caractéristique propre au droit à l'oubli d'informations journalistiques. Il constitue le principal élément qui à la fois justifie ce droit mais aussi le distingue d'une simple application du droit à la vie privée. Sans pouvoir l'assimiler à une date de péremption de ces informations, le temps qui passe présente des conséquences juridiques particulières. Plusieurs mécanismes juridiques prennent appui sur l'écoulement du temps. Rien ne s'oppose donc par principe à lui reconnaître en l'espèce un effet particulier, à savoir la possibilité de revendiquer juridiquement l'oubli d'informations particulières.

Il apparaît qu'il faut prendre en compte dans la balance des intérêts le type d'informations nouvellement divulguée. Le critère est directement tiré de la jurisprudence nationale belge qui a consacré l'oubli dans les médias traditionnels. Il apparaît cependant moins pertinent. Il l'est lorsqu'il est question de s'interroger sur l'intérêt public d'une information nouvellement divulguée. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière est alors pleinement d'application. Il l'est en revanche moins lorsqu'il s'agit de considérer que l'oubli ne peut s'appliquer qu'aux informations judiciaires, comme la jurisprudence et une partie de la doctrine le laisseraient entendre. Il n'y a pas lieu de limiter le

droit à l'oubli d'informations journalistiques aux seules informations judiciaires. En effet, dès lors que ce droit prend pour fondement le droit à la vie privée, rien ne justifie que l'on doive restreindre sa portée à ce seul type d'informations. Le critère semble être directement tiré des cas d'espèce soumis aux juridictions. Enfin, cette limitation n'est pas non plus pertinente au regard de la finalité journalistique. Il n'existe aucune limitation quant aux domaines pouvant être traités à des fins journalistiques, hormis le fait que toute information diffusée doit, en principe, participer au débat d'intérêt public. L'absence de restriction doit donc jouer dans les deux sens. Si l'on peut diffuser n'importe quelle information d'intérêt général, on peut *a contrario* envisager que l'oubli puisse être demandé pour n'importe quelle information. En définitive, il y a lieu de généraliser le concept d'oubli d'informations journalistiques à tout type d'informations.

Deux autres critères rejoignent l'existence d'un intérêt général à la nouvelle divulgation. Premièrement, lorsque cette redivulgation est justifiée par l'actualité. Dans ce cas, la liberté d'informer doit pouvoir prévaloir, en ce compris s'il s'agit de ramener des profondeurs de l'oubli certaines informations concernant une personne. Pour autant, l'actualité ne confère pas un blanc-seing permettant de rappeler tout et n'importe quoi : il faut que l'information nouvellement diffusée ait un lien réel avec l'actualité. Deuxièmement, une information peut être considérée comme historique et, partant, ne pas pouvoir être oubliée. Ce caractère historique justifie en lui-même que l'on puisse rappeler ladite information. Cependant, tout n'est pas Histoire. Certes, la grande Histoire côtoie la petite histoire, celle qui concerne une communauté restreinte ou un domaine précis. Il est cependant nécessaire de soutenir que toute information ne peut être considérée comme historique, au risque d'empêcher tout oubli. Quant au devoir de mémoire, il doit être manipulé avec précaution, celui-ci n'étant pas en tant que tel consacré juridiquement sauf au détour de certaines lois dont le nombre est extrêmement limité. Opposer sans réflexion supplémentaire le droit à l'oubli d'informations journalistiques à l'Histoire nous paraît être stérile.

Enfin, dernier critère mis en exergue par la jurisprudence dans l'analyse de l'oubli : la prise en compte de la resocialisation de l'individu, de l'apurement de sa dette. Il faut d'abord relever que cet élément est fortement attaché à l'oubli d'informations judiciaires. Or, le droit à l'oubli doit être étendu à tout type d'informations, ce qui rend ce critère moins adéquat. Ensuite, plus qu'un critère, cet objectif paraît inhérent à toute demande d'oubli, l'idée derrière la

resocialisation était précisément de prendre en compte les intérêts tirés du droit à la vie privée et du droit à recouvrer la tranquillité nécessaire pour mener une vie discrète.

828. - L’oubli d’informations non journalistiques, une application du RGPD. Le RGPD contient des exceptions pour les traitements effectués à des fins journalistiques (article 85). A défaut de prévoir une uniformisation de ces règles dérogatoires, le texte européen requiert de la part des Etats membres l’adoption de règles nationales permettant de confronter la liberté d’expression et la protection des données à caractère personnel. Or, de telles dérogations tendent à remettre en cause une partie importante de l’oubli dans le droit des médias et de la communication. Il eut dès lors été intéressant de pousser l’uniformisation jusqu’à préciser les dérogations en faveur du journalisme⁴⁰⁷¹.

Le RGPD consacre de nombreux principes, ainsi que des droits et des obligations à charge des responsables de traitement et au profit des personnes concernées. Certains d’entre eux permettent de déceler la reconnaissance, explicite ou implicite, d’une forme juridique d’oubli d’informations. Il ne s’agit donc pas d’une consécration d’un droit particulier – le droit à l’oubli – mais bien de la constatation qu’une forme d’oubli est possible grâce au RGPD et ce, pour certaines informations.

829. - L’oubli d’informations non journalistiques, l’article 17. Premièrement, l’article 17 intitulé « Droit à l’effacement (“droit à l’oubli”) ». Pour beaucoup, il s’agit là d’un véritable droit à l’oubli consacré, enfin, par la réglementation européenne. Il y a lieu cependant de refuser ce constat : l’article 17 est le fondement d’un droit à l’effacement, celui-ci permettant *in fine* l’oubli, tout comme d’autres dispositions du RGPD. Le titre de l’article 17 est à cet égard extrêmement clair – tout en ne l’étant pas de prime abord – puisque la mention du droit à l’oubli est tout à fait secondaire, celle-ci intervenant après l’appellation réelle du droit consacré, insérée non seulement dans des parenthèses mais aussi des guillemets. En outre, à aucun moment, le contenu de l’article 17 ne parle en tant que tel d’oubli. Outre le fait que l’effacement n’est possible que dans certaines circonstances limitativement énumérées, il est refusé dans certaines autres circonstances. En effet, l’article 17 organise son propre régime dérogatoire, précisant à

⁴⁰⁷¹ Le fait que le RGPD ne recourt qu’à une harmonisation, à l’instar de ce que faisait la directive 95/46/CE, sans avoir profité du changement d’outil législatif européen pour uniformiser ces règles s’explique peut-être par la culture juridique différentes et propres à chaque Etat membre sur ce sujet.

l'article 17, § 3, a), qu'il n'y a pas d'effacement lorsque le traitement est nécessaire « à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ».

L'article 17, § 3, uniformise donc les exceptions à l'oubli d'informations. En cela, il s'écarte du principe d'harmonisation privilégié à l'article 85 précité. Malgré cet effort du législateur européen, la disposition et son application concrète ne paraissent pas claires pour autant. Interprétée largement, son application implique qu'une balance des intérêts soient faites, permettant *in fine* d'obtenir l'oubli d'informations journalistiques sur ce fondement – pour autant que la balance penche en faveur de ce droit. Interprétée strictement, la balance des intérêts ne peut être appliquée. Dès lors qu'un traitement est nécessaire aux libertés précitées, aucun effacement, et donc aucun oubli, ne pourra être revendiqué. L'informations journalistiques ne pourraient donc aucunement être effacées sur le fondement de l'article 17. Pour plusieurs raisons exposées dans l'analyse de cette disposition, nous estimons que son application doit faire l'objet d'une interprétation restrictive.

830. - L'oubli d'informations non journalistiques, les autres dispositions du RGPD. Le RGPD consacre d'autres droits qui permettent *in fine* l'oubli d'informations. Les droits à la rectification du traitement, à sa limitation, et le droit à d'opposition au traitement, sont trois prérogatives qui permettent, d'une façon ou d'une autre, d'obtenir l'oubli d'informations non journalistiques ou de mettre en œuvre un mécanisme comparable, dans ses effets, à l'oubli. En ce qui concerne les informations journalistiques, il apparaît que ces dispositions peuvent faire l'objet de restrictions dans les réglementations nationales, ce qui est par exemple le cas en Belgique et en France. L'oubli prend donc forme dans ces différents droits mais seulement lorsqu'il ne porte pas sur des informations ayant fait l'objet d'un traitement journalistique, et moyennant le respect de leur condition de mise en œuvre respective.

831. - Les droits à l'oubli, des formes de censure ? Il est régulièrement avancé que les droits à l'oubli constituent une forme de censure. Meg Leta Jones écrit que le *right to be forgotten* est un vaste concept et « is controversial and has been called “rewriting history”, “personal history revisionism” and simply “censorship” »⁴⁰⁷².

⁴⁰⁷² M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, op. cit., p. 10.

Il faut refuser de considérer les droits à l'oubli comme étant de la censure. Premièrement, parce l'oubli n'intervient que postérieurement aux divulgations de l'information, tant la première que la nouvelle diffusion. Or, le principe même de la censure, dans son sens juridique, implique que l'intervention se fasse *a priori*, c'est-à-dire avant l'application du droit à la liberté d'expression.

La démarche que l'on retrouve dans les droits à l'oubli est évidemment bien différente. Elle s'inscrit clairement dans la nécessité de trouver le plus juste équilibre entre des droits fondamentaux ayant juridiquement la même valeur. D'un côté, il n'existe aucune hiérarchie qui permettrait de soutenir que la liberté d'expression, aussi fondamentale soit-elle dans nos démocraties modernes, doivent dans tous les cas prévaloir. De l'autre, un raisonnement identique doit être tenu pour le droit à la vie privée et/ou le droit à la protection des données à caractère personnel. L'oubli traduit par la mise en balance des intérêts constitue donc la solution pertinente et adéquate pour que cet équilibre soit déterminé par les autorités, judiciaires ou de protection des données à caractère personnel. Et lorsqu'il s'agit d'appliquer l'oubli par les dispositions du RGPD, soit il y a mise en œuvre d'une telle balance, soit il y a application de dispositions du règlement, celles-ci ayant fait lors de leur adoption l'objet d'un examen au regard des libertés fondamentales précitées⁴⁰⁷³.

832. - Les droits à l'oubli : des réponses concrètes à des situations potentiellement dommageables. Les droits à l'oubli sont pluriels à plusieurs égards.

Premièrement, il y a une dualité dans la distinction entre l'oubli d'informations journalistiques et l'oubli d'informations non journalistiques que nous avons proposée.

Deuxièmement, il y a une pluralité dans les consécutions juridiques des droits à l'oubli. Plusieurs types de fondements ont été identifiés, qu'ils soient nationaux ou internationaux. Dans

⁴⁰⁷³ Voy. notamment le considérant n° 4 du RGPD : « Le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité. Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité. Le présent règlement respecte tous les droits fondamentaux et observe les libertés et les principes reconnus par la Charte, consacrés par les traités, en particulier le respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications, la protection des données à caractère personnel, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'information, la liberté d'entreprise, le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, et la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

certaines textes, l'oubli prend même des formes diverses consacrées dans des dispositions différentes.

Troisièmement, malgré ces concrétisations distinctes dans les textes, il faut constater que l'oubli prend encore diverses formes. L'oubli diffère notamment en fonction du rôle que joue celui qui reçoit la demande d'oubli. S'il est un moteur de recherches, l'oubli se concrétise sous la forme d'un déréférencement. S'il est un éditeur d'un média traditionnel ou d'un site web, l'oubli se mue en plusieurs moyens différents : l'anonymisation ou la pseudonymisation, l'effacement, la contextualisation, etc. Ces différentes formes ayant été analysées, la pseudonymisation apparaît comme étant la plus propice à répondre à l'équilibre des intérêts dont il est question ci-avant. L'effacement en revanche, parce que trop radical, ne paraît en règle général pas répondre à cet enjeu des droits fondamentaux.

Le droit à l'oubli n'est donc unique. L'on peut alors évoquer *les* droits à l'oubli, même si l'on reconnaît que l'appellation englobe elle-même encore de nombreuses scénarios possibles aboutissant à des concrétisations nombreuses et variées⁴⁰⁷⁴.

833. - Les droits à l'oubli, des droits qui se façonnent. A l'instar d'internet, les droits à l'oubli n'en sont qu'à leur balbutiement. Cette thèse a pu lever plusieurs incertitudes relatives à leur catégorisation, leurs fondements et leur mise en œuvre respective, dans le domaine du droit des médias et de la communication. Des obstacles demeurent, des doutes subsistent, des questions survivent sans réelle réponse. D'autres formes d'oubli existent en outre dans d'autres domaines juridiques. Il est toutefois un constat qui peut être dressé : les droits à l'oubli existent. Ils ont été reconnus par une partie de la jurisprudence et sont validés par la doctrine. Leur juridicité est admise. Face à leur détracteur, ces droits opposent leur légitimité ainsi que leur nécessité, ils répondent proportionnellement à un besoin social impérieux créé à l'aune des développements numériques et technologiques.

Au regard d'internet, de ses capacités mémorielles et de ses possibilités d'archivage, les droits à l'oubli représentent une évolution normale et attendue du droit, une réponse logique à tout qui est attaché aux valeurs fondamentales qui constituent le socle de toute société

⁴⁰⁷⁴ M. LETA JONES, *Ctrl+Z. The Right to be forgotten*, op. cit., p. 21 (« [...] a digital right to be forgotten is an innovative idea with a lot of possibilities and potential ») et p. 114 (« [t]here are a number of scenarios to which a right to be forgotten may apply, too many, in fact », voy. les différents scénarios décrits en pp. 115 et 116).

démocratique. Les droits à l'oubli privilégient la qualité des informations disponibles à la quantité de ces informations⁴⁰⁷⁵, quantité qui – faut-il le rappeler – reste exceptionnellement importante. Comme toute nouveauté juridique, ils gênent et sont critiqués. Gageons que l'avenir leur donnera toute la crédibilité et la maturité nécessaires pour que leur existence ne soit plus remise en cause. Finalement, c'est le temps qui leur permettra sans doute de s'implanter irrémédiablement dans nos ordres juridiques.

⁴⁰⁷⁵ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, op. cit., p. 173.

BIBLIOGRAPHIE

I. LÉGISLATION

A. Textes internationaux

1) Conventions, traités et Chartes⁴⁰⁷⁶

Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, conclu à Strasbourg le 10 mai 2018, ouvert à signature le 10 octobre 2018.

Traité sur l'Union européenne.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénal, *J.O.U.E.*, L 350 du 30 décembre 2008, p. 60.

Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, conclu à Strasbourg le 8 novembre 2001, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

Convention des Nations Unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée à Aarhus le 25 juin 1998.

Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Convention européenne du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

Charte de Munich contenant la déclaration des devoirs et des droits des journalistes. Le texte est adopté par les représentants des syndicats des journalistes des 6 pays membres de la Communauté Européenne à Munich, le 24 et 25 novembre 1971, et adopté ensuite par la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ) au Congrès d'Istanbul en 1972.

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968.

⁴⁰⁷⁶ Les textes sont classés par ordre chronologique inversé.

Traité l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, adopté à Genève et entrée en vigueur le 6 mars 2002.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

Assemblée générale des Nations Unies, Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989. L'article 16 de ladite Convention reprend le même contenu que l'article 17 du Pacte.

Assemblée générale des Nations Unies, Pacte relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

Convention de Berne du 9 septembre 1986 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

2) *Droit dérivé de l'Union européenne*⁴⁰⁷⁷

Règlement 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, *J.O.U.E.*, L 295 du 21 novembre 2018, p. 39.

Règlement 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements n° 2006/2004 et 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, *J.O.U.E.*, L 60 du 2 mars 2018, p. 1.

Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

Règlement 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires, *J.O.C.E.*, L 3 du 5 janvier 2002.

Règlement 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et les organes communautaires et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 8 du 12 janvier 2001, p. 1.

Directive 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *J.O.U.E.*, L 303 du 28 novembre 2018, p. 69.

⁴⁰⁷⁷ Les textes sont premièrement classés par type et, deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Directive 2016/943/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaire) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite, *J.O.U.E.*, L 157 du 15 juin 2016, p. 1.

Directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, L 119 du 4 mai 2016, p. 89.

Directive 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241 du 17 septembre 2015, p. 1.

Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, *J.O.U.E.*, L 175 du 27 juin 2013, p. 1.

Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), *J.O.U.E.*, L 95 du 15 avril 2010, p. 1.

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 communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.*, L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 157 du 30 avril 2004, p. 45.

Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 41 du 14 février 2003.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.U.E.*, L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.U.E.*, L 108 du 24 avril 2002.

Directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, *J.O.U.E.*, L 24 du 30 janvier 1998, p. 1.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.U.E.*, L 95 du 21 avril 1993, p. 29.

Directive 90/313/CE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, *J.O.U.E.*, L 158 du 26 juin 1990.

Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, modifiée par la directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.U.E.*, L 332 du 18 décembre 2007, p. 27.

Livre vert de la Commission européenne sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias, et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, 1997, COM(97)623.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

Proposition de directive du Conseil du 27 juillet 1990 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, COM(90) 314 final, 90/C, *J.O.U.E.*, 5 novembre 1990, n° 277, p. 3.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM(2015) 634 final.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 10 janvier 2017 concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM(2017) 10 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 septembre 2017 concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, COM(2017) 495 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »), COM(2017) 10 final.

3) Textes non contraignants⁴⁰⁷⁸

a) Organisation des Nations-Unies (ONU)

Assemblée générale des Nations Unies, principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés, résolution A/RES/45/95, adoptée le 14 décembre 1990.

Assemblée générale des Nations Unies, principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés, résolution A/RES/44/132, adoptée le 15 décembre 1989.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34 : Article 19 (Liberté d'opinion et liberté d'expression), 2011.

Observation relative à l'« Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression », 102^e session, Genève, CCPR/C/34, 12 septembre 2011.

Comité des droits de l'homme, communication n° 550/1993, *Robert Faurisson c. France*, 1996.

Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 16 : Article 17 (Droit au respect de la vie privée), 1988.

b) Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

Recommandation révisée du Conseil de l'OCDE concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, adoptée le 21 juin 2013, C(2013)79.

Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les principes pour l'élaboration des politiques de l'Internet, adoptée le 13 novembre 2011.

OCDE, groupe de travail sur la sécurité de l'information et la vie privée, rapport sur la protection de la vie privée et ses mutations : les lignes directrices de l'OCDE, 30 ans après, 18 avril 2011, DSTI/ICCP/REG(2010)6/FINAL.

Résolution du Conseil de l'OCDE sur la déclaration de Séoul sur le futur de l'économie internet, adoptée le 24 juin 2008, C(2008)99.

Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, adoptée le 23 septembre 1980, C(80)58.

c) Conseil de l'Europe

⁴⁰⁷⁸ Les textes sont premièrement classés par type et/ou instance et, deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractères personnel, adopté le 10 octobre 2018.

Lignes directrices du Comité consultatif de la Convention 108 du Conseil de l'Europe du 23 janvier 2017 sur la protection des personnes à l'égard des données à caractère personnel à l'ère des mégadonnées.

Recommandation Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, adoptée le 21 septembre 2011.

Recommandation Rec(2007)15 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, adoptée le 7 novembre 2007.

Résolution 1577(2007) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe intitulée Vers une dépénalisation de la diffamation, adoptée le 4 octobre 2007.

Recommandation Rec(2004)16 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, adoptée le 15 décembre 2004.

Exposé des Motifs au projet de Recommandation sur le droit de réponse dans le nouvel environnement des médias, CM(2004)206 addendum, 17 novembre 2004.

Déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée le 12 février 2004.

Résolution Res(2002)58 du Comité des Ministres sur la publication et la diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, adoptée le 18 décembre 2002.

Recommandation Rec(2003)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec des procédures pénales, adoptée le 10 juillet 2003.

Recommandation R(2002)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la publication et la diffusion dans les Etats membres du texte de la Convention européenne des Droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, adoptée le 18 décembre 2002.

Recommandation Rec(2002)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance, adoptée le 18 septembre 2002.

Recommandation Rec(2001)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les services des tribunaux et d'autres institutions juridiques fournis aux citoyens par de nouvelles technologies, adoptée le 28 février 2001.

Recommandation R(2000)13 du Comité des Ministres aux États membres sur une politique européenne en matière de communication des archives, adoptée le 13 juillet 2000.

Recommandation R(2000)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée le 8 mars 2000.

Recommandation R(99)15 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, adoptée le 9 septembre 1999.

Recommandation R(99)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection de la vie privée sur Internet, adoptée le 23 février 1999.

Résolution 1165(1998) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit au respect de la vie privée, adoptée le 26 juin 1998.

Recommandation R(97)18 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques, adoptée le 30 septembre 1997.

Recommandation R(97)13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée le 10 septembre 1997.

Recommandation R(97)5 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des données médicales, adoptée le 13 février 1997.

Recommandation R(95)11 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisés, adoptée le 11 septembre 1995.

Recommandation R(95)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques, adoptée le 7 février 1995.

Recommandation R(90)19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement et autres opérations connexes, adoptée le 13 septembre 1990.

Recommandation R(87)18 du Comité des ministres aux Etats membres concernant la simplification de la justice pénale, adoptée le 17 décembre 1987.

Recommandation R(87)15 du Comité des Ministres aux Etats membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987.

Recommandation R(85)11 du Comité des ministres aux Etats membres sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale constitue un dernier fondement pour ce droit à l'oubli d'informations judiciaires, adoptée le 28 juin 1985.

Recommandation R(84)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le casier judiciaire et la réhabilitation des condamnés, adoptée le 21 juin 1984.

Recommandation R(83)3 du Comité des ministres aux Etats membres relative à la protection des utilisateurs des services d'informatique juridique, adoptée le 22 février 1983.

Rapport explicatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, adopté le 28 janvier 1981.

Recommandation R(81)1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées, adoptée le 23 janvier 1981.

Résolution (74)29 du Comité des ministres relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur public, adoptée le 20 septembre 1974.

Résolution (73)22 du Comité des ministres relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée le 26 septembre 1973.

Résolution 428(1970) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant la déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, adoptée le 23 janvier 1970.

d) Instances relatives à la protection des données à caractère personnel

Contrôleur européen de la protection des données, avis, « Relever les défis des données massives : Un appel à la transparence, au contrôle par l'utilisateur, à la protection des données dès la conception et à la reddition de comptes », *J.O.U.E.*, C 67 du 20 février 2016, p. 13.

Contrôleur européen de la protection des données, avis sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », 2011/C, *J.O.U.E.*, C 181 du 22 juin 2011, p. 1.

Contrôleur européen de la protection des données, « Lignes directrices sur les droits des individus concernant le traitement des données à caractère personnel ».

European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data : The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, mars 2014.

Comité européen de la protection des données, guidelines adopted on 2 December 2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR (part 1).

Comité européen de la protection des données, guidelines 2/2019 adopted on 9 April 2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects.

Comité européen de la protection des données, lignes directrices 3/2018 adoptées le 16 novembre 2018 sur le champ territorial du RGDP (Article 3), 23 p.

Résolution sur des normes internationales de vie privée, 31^{ème} Conférence des commissaires à la protection des données et à la vie privée, Madrid, 4-6 novembre 2009.

Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 29 novembre 2017 sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 11 avril 2018, WP 260 rev.01.

Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 28 novembre 2017 sur le consentement au sens du règlement 2016/579, révisée le 10 avril 2018, WP 259 rév.01.

Groupe de travail « Article 29 », avis 03/2016 adopté le 19 juillet 2016 sur l'évaluation et la révision de la directive « vie privée et communications électroniques », WP 240.

Groupe de travail « Article 29 », working document 01/2016 adopted on 13 April 2016 on the justification of interferences with the fundamental rights to privacy and data protection through surveillance measures when transferring personal data (European Essential Guarantees), WP 237.

Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices adoptées le 26 novembre 2014 relatives à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire « *Google Spain et Inc. / Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* », C-131/12, WP 225.

Groupe de travail « Article 29 », avis 05/2014 adopté le 10 avril 2014 sur les techniques d'anonymisation, WP216.

Groupe de travail « Article 29 », avis 06/2014 adopté le 9 avril 2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, WP 217.

Groupe de travail « Article 29 », opinion 03/2013 adoptée le 3 Avril 2013 on purpose limitation, WP 203.

Groupe de travail « Article 29 », avis 15/2011 adopté le 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, WP 187.

Groupe de travail « Article 29 », avis 3/2010 adopté le 13 juillet 2010 sur le principe de responsabilité, WP 173.

Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2010 adopté le 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169.

Groupe de travail « Article 29 », avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, WP 148.

Groupe de travail « Article 29 », avis 4/2007 adopté le 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136.

Groupe de travail « Article 29 », avis 3/2012 adopté le 27 avril 2012 sur l'évolution des technologies biométriques, WP 193.

Groupe de travail « Article 29 », opinion adopted on 22 November 2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), WP 128.

Groupe de travail « Article 29 », opinion 5/2005 adopted on 25 Novembre 2005 on the use of location data with a view to providing value-added services, WP 115.

Groupe de travail « Article 29 », document de travail du 19 janvier 2005 sur les questions de protection des données liées à la technologie RFID, WP 105.

Groupe de travail « Article 29 », document de travail adopté le 1^{er} août 2003 sur la biométrie, WP 80.

Groupe de travail « Article 29 », document de travail adopté le 21 novembre 2000 sur le respect de la vie privée sur Internet – Une approche européenne intégrée sur la protection des données en ligne, WP 37.

Groupe de travail « Article 29 », The future of Privacy : joint contribution to the Consultation of European Commission on the legal framework for the fundamental right to the protection of personal data, WP 168, 1^{er} décembre 2009.

Groupe de travail « Article 29 », Working Document adopted on 15 Februari 131 on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), WP 131.

B. Textes nationaux

1) Textes belges⁴⁰⁷⁹

a) Normes à valeur législative

Révision du 22 avril 2019 de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *M.B.*, 2 mai 2019, p. 42442.

Loi du 5 mai 2019 modifiant le Code d'instruction criminelle et le Code judiciaire en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *M.B.*, 16 mai 2019, p. 47030.

Loi du 4 avril 2019 modifiant la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances et instaurant un droit à l'oubli pour certaines assurances de personnes, *M.B.*, 18 avril 2019, p. 39291.

Loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018, p. 82140.

Loi du 5 septembre 2018 instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre 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 du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *M.B.*, 10 septembre 2018, p. 69589.

Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018, p. 68616.

Loi du 30 juillet 2018 modifiant la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, en vue d'améliorer la cohérence du texte et sa conformité avec le Règlement général sur la protection des données (RGPD), *M.B.*, 31 août 2018, p. 67398.

Loi du 4 mars 2018 modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 17 avril 2018, p. 33903.

Loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, *M.B.*, 10 janvier 2018, p. 989.

Loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, *M.B.*, 5 août 2015, p. 49326.

Loi du 2 juillet 2015 portant assentiment à la Convention du 18 juin 2010 entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la République du Kosovo sur le transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 14 décembre 2012, p. 86376.

Loi du 12 mai 2014 portant assentiment à la Convention du 5 mai 2009 entre le Royaume de Belgique et la République dominicaine portant transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 9 mars 2015, p. 15601.

Loi du 12 mai 2014 portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice, *M.B.*, 19 mai 2014, p. 39863.

⁴⁰⁷⁹ Les textes sont premièrement classés par type et/ou instance, et deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 15 avril 2014, p. 32301.

Loi du 4 avril 2014 relatives aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487.

Loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, *M.B.*, 3 février 2014, p. 9067.

Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertions des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014, p. 1524.

Loi du 21 mai 2013 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne, *M.B.*, 13 juin 2013, p. 38896.

Loi du 18 février 2013, modifiant le livre II, tire *Iter* du Code pénal, *M.B.*, 4 mars 2013, p. 13233.

Loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un Etat membre de l'Union européenne, *M.B.*, 8 juin 2012, p. 32117.

Loi du 26 novembre 2011 modifiant la loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (II), *M.B.*, 4 avril 2012, p. 21060.

Loi du 21 janvier 2010 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru, *M.B.*, 3 février 2010, p. 5439.

Loi du 12 février 2009 portant assentiment à l'Accord du 8 novembre 2006 entre le Gouvernement du Royaume de Belgique et le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine sur le transfèrement des personnes condamnées, *M.B.*, 15 avril 2009, p. 30488.

Loi du 25 juillet 2008 modifiant le Code civil et les lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l'Etat en vue d'interrompre la prescription de l'action en dommages et intérêts à la suite d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, *M.B.*, 22 août 2008, p. 44142.

Loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre certaines formes de discriminations, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.

Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation des caméras de surveillance, *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29529.

Loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *M.B.*, 7 septembre 2006, p. 45552.

Loi du 17 mai 2006 sur le statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006, p. 30455.

Loi du 27 décembre 2005 portant des modifications diverses au Code d'instruction criminelle et au Code judiciaire en vue d'améliorer les modes d'investigation dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité grave et organisée, *M.B.*, 30 décembre 2005, p. 57397.

Loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix, *M.B.*, 1^{er} septembre 2005, p. 38305.

Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, *M.B.*, 27 avril 2005, p. 19522.

Loi du 24 février 2005 portant assentiment Convention du 7 juillet 1997 entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc sur l'extradition, *M.B.*, 29 avril 2005, p. 20316.

Loi du 31 décembre 2003 instaurant une déclaration libératoire unique, *M.B.*, 6 janvier 2004, p. 276.

Loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes, *M.B.*, 29 décembre 2003, p. 61689.

Loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 7 août 2003, p. 40506.

Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12962.

Loi du 27 février 2003 portant assentiment à la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, faite à Strasbourg le 25 janvier 1974, *M.B.*, 30 juillet 2003, p. 39717.

Loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *M.B.*, 12 mai 2003, p. 25351.

Loi du 20 novembre 2000 sur la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, p. 2909.

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, p. 3049.

Loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *M.B.*, 19 décembre 1997, p. 34253.

Loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central, *M.B.*, 24 août 2001, p. 28348.

Loi du 22 avril 1997 portant assentiment à : a) Convention européenne d'extradition, faite à Paris le 13 décembre 1957; b) Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, fait à Strasbourg le 15 octobre 1975; c) Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, fait à Strasbourg le 17 mars 1978; d) Accord entre les Etats membres des Communautés européennes relatif à la simplification et à la modernisation des modes de transmission des demandes d'extradition, fait à San Sebastian le 26 mai 1989, *M.B.*, 22 novembre 1997, p. 31025.

Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996.

Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 30 juin 1994, p. 17662.

Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire, *M.B.*, 5 août 1993, p. 17751.

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, p. 5801.

Loi du 17 juin 1991 portant approbation de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à Strasbourg le 28 janvier 1981, *M.B.*, 30 décembre 1993, p. 29023.

Loi du 9 janvier 1991 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 5 février 1991, p. 2221.

Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

Loi du 12 juillet 1984 modifiant l'article 621 du Code d'instruction criminelle et le texte français de l'article 627, *M.B.*, 31 août 1984, p. 12050.

Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, p. 9928.

Lois coordonnées du 20 février 1980 portant le statut des objecteurs de conscience, *M.B.*, 19 mars 1980, p. 3543.

Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

Loi du 4 mars 1977 complétant la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 15 mars 1977, p. 3144.

Loi du 13 mars 1973 relative à l'indemnité en cas de détention préventive inopérante, p. 15779.

Lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, *M.B.*, 21 mars 1973, p. 3461.

Loi du 8 avril 1965 instituant le dépôt légal à la Bibliothèque royale de Belgique, *M.B.*, 18 juin 1965, p. 7390.

Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, *M.B.*, 15 avril 1965, p. 4014.

Loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *M.B.*, 17 juillet 1964, p. 7812.

Loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 1^{er} mai 1964, p. 4985.

Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295.

Loi du 30 juin 1961 relative à l'épuration civique, *M.B.*, 1^{er} juillet 1961, p. 5350.

Loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, *M.B.*, 8 juillet 1961, p. 5573.

Loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 12 août 1955, p. 499.

Loi du 8 février 1954 modifiant la loi du 25 avril 1986 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 18 février 1954, p. 1118.

Lois coordonnées du 19 juin 1947 des 3 août 1919-27 mai 1947 assurant aux Belges mobilisés la réintégration dans leurs fonctions et accordant aux invalides de guerre, anciens combattants, membres de la Résistance, prisonniers politiques, veuves et orphelins de de guerre, déportés, réfractaires au travail et autres victimes des guerres 1914-1918 et 1940-1945 un droit de priorité pour l'accession aux emplois publics, *M.B.*, 5 juillet 1947, p. 6542.

Loi du 18 octobre 1945 relative à l'amnistie fiscale, *M.B.*, 28 octobre 1945.

Loi du 4 août 1914 d'amnistie aux déserteurs, *M.B.*, 5 août 1914.

Loi du 25 avril 1896 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 29 avril 1896.

Loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 25 avril 1878, p. 1265. Loi du 30 mai 1961 modifiant la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale et complétant l'article 32 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances, *M.B.*, 10 juin 1961, p. 4864.

Loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, *M.B.*, 24 avril 1878, p. 1265.

Déclaration de révision de la Constitution du 25 avril 2014, *M.B.*, 28 avril 2014 (2^{ème} éd.), p. 35184.

Déclaration de révision de la Constitution du 7 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010 (2^{ème} éd.), p. 25762.

Déclaration de révision de la Constitution du 1^{er} mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007 (2^{ème} éd.), p. 23269.

Déclaration de révision de la Constitution du 9 avril 2003, *M.B.*, 10 avril 2003 (2^{ème} éd.), p. 18319.

Déclaration de révision de la Constitution du 4 mai 1999, *M.B.*, 5 mai 1999, p. 15368.

Déclaration de révision de la Constitution du 12 avril 1995, *M.B.*, 12 avril 1995, p. 9251.

Déclaration de révision de la Constitution du 17 octobre 1991, *M.B.*, 18 octobre 1991, p. 23410.

Déclaration de révision de la Constitution du 8 novembre 1987, *M.B.*, 9 novembre 1987, p. 16424.

Déclaration de révision de la Constitution du 5 octobre 1981, *M.B.*, 6 octobre 1981, p. 12402.

Déclaration de révision de la Constitution du 14 novembre 1978, *M.B.*, 15 novembre 1978, p. 13998.

Arrêté-loi du 25 février 1947 modifiant l'article 3 de la loi du 25 avril 1986 sur la réhabilitation en matière pénale, *M.B.*, 3 mars 1947.

Décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, *M.B.*, 30 avril 2009, p. 34509.

Décret de la Communauté flamande du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 1^{er} juillet 2004, p. 53378.

Décret de la Communauté flamande du 27 mars 1991 relatif à la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé, *M.B.*, 11 juin 1991, p. 12876.

Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 églant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique, *M.B.*, 10 septembre 2009, p. 61629.

Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 portant ratification de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2009 portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009, p. 50607.

Décret de la Communauté française du 31 mars 2004 relatif aux aides attribuées à la presse quotidienne écrite francophone et au développement d'initiatives de la presse quotidienne écrite francophone en milieu scolaire, *M.B.*, 13 mai 2004, p. 38424.

Décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 17 avril 2003, p. 19637.

Décret de la Communauté française du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF), *M.B.*, 28 août 1997, p. 22018.

Décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 31 décembre 1994, p. 32774, *erratum*, *M.B.*, 21 mars 1995, p. 6319.

Décret de la Région wallonne du 7 mars 2001 relatif à la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes, *M.B.*, 20 mars 2001, p. 8719.

Décret de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, *M.B.*, 28 juin 1995, p. 18372.

Décret de la Communauté germanophone du 25 mars 2013 réglant les conditions de reconnaissance et de subventionnement d'une instance d'autorégulation de la déontologie journalistique, *M.B.*, 7 mai 2013, p. 26649.

Décret de la Communauté germanophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs, *M.B.*, 29 décembre 1995, p. 34989.

Décret de la Commission communautaire française du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, *M.B.*, 27 août 1996, p. 22702.

Ordonnance de la Région du Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, *M.B.*, 23 juin 1995, p. 18049.

Ordonnance de la Commission communautaire commune du 26 juin 1997 relative à la publication de l'administration, *M.B.*, 20 septembre 1997, p. 24510.

b) Normes à valeur réglementaire

Arrêté royal du 3 août 2016 portant modification de diverses dispositions en matière disciplinaire relatives aux agents de l'Etat, *M.B.*, 24 août 2016, p. 56762.

Arrêté royal du 24 mai 2011 modifiant l'arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat, *M.B.*, 15 juin 2011, p. 34650.

Arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 5 et 6 de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 23 septembre 2010, p. 58722.

Arrêté royal du 18 août 2010 portant exécution des articles 1^{er}, 5 et 6bis de la loi du 24 juin 1955 relative aux archives, *M.B.*, 23 septembre 2010, p. 58712.

Arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de 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.*, 13 mars 2001, p. 7839.

Arrêté royal du 7 juillet 1997 relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'Etat, *M.B.*, 8 août 1997, p. 20239.

Arrêté royal du 24 juin 1993 de grâce collective, *M.B.*, 30 juin 1993, p. 15678.

Arrêté royal du 19 juin 1991 de grâce collective, *M.B.*, 16 juillet 1991, p. 15819.

Arrêté royal du 7 septembre 1990 de grâce collective, *M.B.*, 8 septembre 1990, p. 17218.

Arrêté royal du 21 novembre 1988 de grâce collective, *M.B.*, 29 novembre 1988, p. 16474.

Arrêté royal du 18 novembre 1985 accordant la grâce collective, *M.B.*, 14 décembre 1985, p. 18357.

Arrêté royal du 21 septembre 1984 de grâce collective, *M.B.*, 29 septembre 1984, p. 13291.

Arrêté royal du le 27 juin 1980 de grâce collective, *M.B.*, 28 juin 1980, p. 7929.

Arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et signes d'identification à l'usage des journalistes professionnels et des entreprises de presse, *M.B.*, 21 mai 1965, p. 6137.

Arrêté royal du 12 avril 1965 instituant des documents et insignes d'identification à l'usage des membres de la presse périodique d'information spécialisée, *M.B.*, 21 mai 1965, p. 6139.

Arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, *M.B.*, 8 octobre 1937, p. 6074.

Arrêté royal n° 300 du 30 mars 1936 portant modification de diverses dispositions sur la procédure en matière civile et commerciale, *M.B.*, 7 avril 1936, p. 2330.

Arrêté royal du 15 mai 1985 de grâce collective, *M.B.*, 18 mai 1985, p. 7323.

Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 17 janvier 2013 modifiant l'arrêté du gouvernement de la Communauté française du 8 juin 2004 désignant les événements d'intérêt majeur et fixant les modalités de leur accès par le public de la Communauté française à l'aide d'un service de radiodiffusion télévisuelle à accès libre, *M.B.*, 19 mars 2013, p. 16401.

Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 23 décembre 2010 portant approbation du règlement du Collège d'avis du Conseil supérieur de l'Audiovisuel sur la diffusion de brefs extraits d'événements public, *M.B.*, 4 février 2011, p. 9388.

Arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 26 mars 2009 portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009, p. 50609.

Arrêté du gouvernement de la Communauté française du 8 juin 2004 fixant la liste d'événements d'intérêt majeur et leurs modalités de diffusion, *M.B.*, 6 septembre 2004, p. 65247.

c) Travaux parlementaires, avis de la section de législation du Conseil d'Etat

Proposition de loi du 6 février 2019 modifiant la loi du 4 avril relative aux assurances qui instaure un droit à l'oubli pour certaines assurances, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2018-2019, n° 3524/001.

Proposition du 24 janvier 2019 modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la publication des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3489/001.

Proposition de loi du 14 septembre 2018 relative aux assurances solde restant dû et établissant un "droit à l'oubli" pour les personnes souffrant ou ayant souffert de pathologies cancéreuses et d'autres pathologies, notamment chroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3272/001.

Projet de loi du 11 juin 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2017-2018, n° 3126/001.

Proposition du 19 juillet 2017 de révision de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2016-2017, n° 2628/001.

Projet de déclaration de révision de la Constitution du 22 avril 2014, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2013-2014, n° 3567/001.

Projet de loi spéciale portant modification de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, en vue de garantir une présence équilibrée des deux sexes parmi les membres de cette Cour, rapport du 27 février 2014 fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Van Grootenbrulle et Mme Van Vaerenbergh, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2013-2014, n° 3346/003.

Proposition de loi du 26 octobre 2010 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 0464/001.

Proposition de loi du 19 décembre 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire en vue de protéger la présomption d'innocence, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 0608/001.

Proposition de loi du 30 avril 2007 complétant l'article 587 du Code judiciaire, *Sén.*, sess. ord. 2006-2007, n° 2459/1.

Proposition de loi du 15 juillet 2003 visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0111.

Proposition de loi du 25 juin 2003 relative à la protection des sources d'information du journaliste, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 2003, n° 0024.

Proposition de loi du 28 octobre 2002 relative à la protection des sources d'information du journaliste, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 0024.

Projet de loi 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 des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, séance du 20 mai 1998, n° 1566.

Proposition de loi du 27 février 1992 protégeant la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr., 1991-1992, n° 245.

Projet de loi relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Vandenberghe (Sp.a), *Doc. parl.* Sén., sess. extr., 1991-1992, n° 445.

Projet de loi du 6 mai 1991 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1990-1991, n° 1610.

Projet de loi du 22 novembre 1989 portant des dispositions fiscales, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1989-1990, n° 801.

Proposition de loi du 16 juin 1989 protégeant la vie privée de l'individu à l'égard des banques de données, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1988-1989, n° 734.

Proposition de loi du 20 mars 1986 tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1985-1986, n° 204.

Proposition de loi du 3 février 1986 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 274.

Proposition de loi du 18 décembre 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 81.

Projet de loi du 17 juillet 1985 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des traitements automatisés de données à caractère personnel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1330.

Projet de loi du 30 mai 1985 relatif à la protection de la vie privée à l'égard des écoutes et des prises de vues, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1227.

Proposition de loi du 1^{er} février 1985 de loi tendant à protéger la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1984-1985, n° 816.

Proposition de loi du 31 janvier 1985 relative à la protection de la vie privée des inculpés, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1984-1985, n° 1123.

Projet de loi du 10 novembre 1983 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1983-1984, n° 778.

Projet de loi relatif aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage sur les décisions judiciaires rendues en matière pénale, rapport complémentaire du 13 février 1985 fait au nom de la Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Lallemand, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1983-1984, n° 579/3.

Proposition de loi du 23 février 1983 étendant le champ d'application de la loi du 7 avril 1964 relative à l'effacement des condamnations, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1982-1983, n° 434/1.

Proposition de loi du 30 mars 1982 relative à l'informatique et à la protection de la vie privée, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 232.

Proposition de loi du 26 mai 1982 relative à la création et à l'utilisation de banques de données par les organismes publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 298.

Projet de loi du 8 avril 1976 relatif à la protection de certains aspects de la vie privée, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1975-1976, n° 846.

Proposition de loi du 19 juillet 1971 relative à la protection de la vie privée et de la personnalité, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1970-1971, n° 706.

Projet de loi relatif à l'effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale, rapport du 27 février 1964 fait au nom de la Commission de la Justice par M. Terwagne, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1963-1964, n° 576/4.

Proposition de résolution du 13 juillet 2012 visant à garantir le droit à la vie privée virtuelle et à instaurer un droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2011-2012, n° 2360/001.

Proposition de résolution du 27 janvier 2011 sur le droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2010-2011, n° 1131/001.

Proposition de résolution du 25 mars 2010 sur le droit à l'oubli numérique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2009-2010, n° 2509/001.

Proposition de résolution du 3 mars 1982 concernant le respect de la vie privée et l'utilisation de l'informatique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1981-1982, n° 181/1.

Proposition de résolution du 20 mai 1981 concernant le respect de la vie privée et l'utilisation de l'informatique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1980-1981, n° 853.

Avis 63.192/2 du 19 avril 2018 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel'.

Avis 35.989/2 et 25.990/2 du 5 novembre 2003 de la section de législation du Conseil d'Etat sur une proposition de loi « relative à la protection des sources d'information du journaliste » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0024/001) et sur une proposition de loi « visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2003, n° 0111/001).

Avis 30.088 du 21 juin 2000 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal portant exécution de la loi du 8 août 1997 relative au Casier judiciaire central.

Avis 26.198 du 2 février 1998 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un avant-projet de loi 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 des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Avis 24.943 du 22 janvier 1997 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisant l'accès de l'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées aux informations du Registre national des personnes physiques.

Avis 24.942 du 28 octobre 1996 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisant l'accès du Fonds bruxellois francophone pour l'intégration sociale et professionnelles des personnes handicapées au Registre national des personnes physiques.

Avis 24.522 du 11 décembre 1995 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 18 avril 1990 autorisant certaines autorités du Ministère de la Justice à accéder au Registre national des personnes physiques.

Avis 23.730 du 10 mai 1995 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal autorisant la Compagnie intercommunale bruxelloise des eaux à accéder au Registre national des personnes physiques.

Avis 17.910 du 24 juin 1987 de la section de législation du Conseil d'Etat sur une proposition de loi garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1986-1987, n° 786/2).

Avis 17.166 du 14 janvier 1987 de la section de législation du Conseil d'Etat sur une proposition de loi relative à l'informatique et à la protection de la vie privée (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1985-1986, n° 274/2).

Avis 8046 du 11 décembre 1962 de la section de législation du Conseil d'Etat sur un projet de loi relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 1962-1963, n° 167).

Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018.

Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018.

d) Circulaires

Circulaire ministérielle du 30 novembre 2016 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale et les Tribunaux pénaux internationaux, *M.B.*, 12 décembre 2016, p. 82028.

Circulaire n° 204 du 10 juin 2013 concernant les extraits de casier judiciaire, *M.B.*, 10 juin 2013, p. 36323.

Circulaire n° 95 du 2 février 2007 concernant les extraits de casier judiciaire, *M.B.*, 9 février 2007, p. 6726.

Circulaire du 3 avril 2003 complémentaire à la circulaire du 1er juillet 2002 portant modification et coordination de la circulaire du 6 juin 1962 portant instructions générales relatives aux certificats de bonnes conduite, vie et mœurs, *M.B.*, 15 avril 2003, p. 19019.

Circulaire du 1^{er} juillet 2002 portant modification et coordination de la circulaire du 6 juin 1962 portant instructions générales relatives aux certificats de bonnes conduite, vie et mœurs, *M.B.*, 6 juillet 2002, p. 30493.

Circulaire interministérielle du 10 décembre 1998 sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire, *M.B.*, 29 janvier 1999, p. 2714.

Circulaire ministérielle du 16 juin 1998 relative à l'extradition, *M.B.*, 2 mars 1999, p. 6174.

Circulaire ministérielle du 24 avril 1995 relative à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les états parties à la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990, *M.B.*, 2 juin 1995, p. 15762.

e) Organes déontologiques et autorités de protection de la vie privée

Commission de protection de la vie privée, avis n° 33/2018 du 11 avril 2018 sur l'avant-projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (CO-A-2018-026).

Commission de la protection de la vie privée, recommandation n° 03/2012 du 8 février 2012 relative aux banques de données de jugement et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement (CO-AR-2011-003).

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 75/2017 du 13 décembre 2017 sur plainte dirigée à l'encontre d'un moteur de recherche quant aux modalités d'exercice et à la portée géographique du déréférencement d'URL (CO-A-2017-088).

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/2005 du 15 juin 2005 sur un encadrement des listes noires.

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 28/2000 du 14 septembre 2000 relatif à l'information des victimes lors de 'sorties' de détenus condamnés.

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 22/2000 du 28 juin 2000 relatif au traitement de données personnelles par certaines sociétés de renseignement commercial à partir des informations inscrites au rôle général des Cours et Tribunaux du travail.

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 42/97 du 23 décembre 1997 de la Commission de la protection de la vie privée sur la diffusion des décisions juridictionnelles par le recours aux technologies de l'information et de la communication.

Commission de la protection de la vie privée, avis n° 09/95 du 5 avril 1995 relatif à l'application de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel par les médias.

Conseil de déontologie journalistique, code de déontologie journalistique, adopté le 16 octobre 2013, Les carnets de la déontologie journalistique n° 5, 2^{ème} éd., septembre 2017.

Conseil de déontologie journalistique, recommandation relative à l'obligation de rectification, adoptée le 21 juin 2017, Les carnets de la déontologie, n° 10, 16 p.

Conseil de déontologie journalistique, 11 mai 2016, plainte 16-06, *P. Giet c. RTBF (radio, TV, internet)*

Conseil de déontologie journalistique, 11 mai 2016, plainte 16-07, *P. Giet c. M. Ka, La Dernière Heure*.

Conseil de déontologie journalistique, 13 avril 2016, plainte 16-17, *Divers c. V. Herregat et NordPresse*.

CSA, Collège d'avis, avis n° 04/2009 relatif à la mise à disposition du public d'archives audiovisuelles liées à l'actualité (droit à l'image / droit à l'oubli / droit à l'information), disponible à l'adresse suivante, www.csa.be.

Raad voor de Journalistiek, richtlijn over identificatie in een gerechtelijke context, 15 avril 2010.

Raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Nieuwsblad et Cédric Lagast, Geert Neyt et Steven De Bock*.

Raad voor de Journalistiek, 8 septembre 2011, *Freddy Horion c. Het Laatste Nieuws, Karen Sleurs et Edwin Verhoeven*.

2) Législation et textes non contraignants étrangers⁴⁰⁸⁰

a) France

Loi fr. n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *J.O.R.F.*, 21 juin 2018.

Décret n° 2017-173 du 13 février 2017 précisant les modalités d'information des candidats à l'assurance-emprunteur lorsqu'ils présentent du fait de leur état de santé ou de leur handicap un risque aggravé, *J.O.R.F.*, 14 février 2017.

Loi fr. n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, J.O.R.F., 28 janvier 2017.

Loi fr. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique *J.O.R.F.*, 8 octobre 2016.

Loi fr. n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *J.O.R.F.*, 27 janvier 2016.

Loi fr. n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, *J.O.R.F.*, 24 février 2005 p. 3128.

Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, *J.O.R.F.*, 9 août 2002, p. 13655.

Loi fr. n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, *J.O.R.F.*, 23 mai 2001 p. 8175.

Loi fr. n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *J.O.R.F.*, 30 janvier 2001, p. 1590.

Loi fr. n° 2000-644 du 10 juillet 2000 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'Etat français et d'hommage aux « Justes » de France, *J.O.R.F.*, 11 juillet 2000, p. 10483.

Loi fr. n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *J.O.R.F.*, 13 avril 2000, p. 5646.

Loi fr. n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « aux opérations effectuées en Afrique du Nord », de l'expression « à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc », *J.O.R.F.*, 20 octobre 1999, p. 15647.

⁴⁰⁸⁰ Les textes sont premièrement classés par type et/ou instance, et deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques, *J.O.R.F.*, 4 juin 1996, p. 8216.

Loi fr. n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie (*J.O.R.F.*, 14 juin 1994 p. 8567).

Loi fr. n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.R.F.*, 14 juillet 1990.

Loi fr. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.*, 7 janvier 1978, p. 227.

Loi fr. n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile, *J.O.R.F.*, 9 juillet 1972, p. 7181.

Loi fr. n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, *J.O.R.F.*, 2 juillet 1972 p. 6803.

Loi fr. n° 77-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.R.F.*, 19 juillet 1970, p. 6751.

Loi fr. n° 68-697 du 31 juillet 1968 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 2 août 1968.

Loi fr. n° 66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 23 juin 1966.

Loi fr. n° 66-396 du 17 juin 1966 portant amnistie d'infractions contre la sûreté de l'Etat ou commises en relation avec les événements d'Algérie, *J.O.R.F.*, 18 juin 1966.

Loi fr. n° 64-1269 du 23 décembre 1964 portant amnistie et autorisant la dispense de certaines incapacités et déchéances, *J.O.R.F.*, 24 décembre 1964.

Loi fr. n° 53-682 du 6 août 1953 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 7 août 1953.

Loi fr. n° 47-1504 du 16 août 1947 portant amnistie, *J.O.R.F.*, 17 août 1947.

Ordonnance fr. n°45-1791 du 13 août 1945 concernant le casier judiciaire et la réhabilitation, *J.O.R.F.*, 14 août 1945, p. 5026.

Loi fr. du 5 août 1899 sur le casier judiciaire et la réhabilitation de droit, *J.O.R.F.*, 7 août 1899, p. 5331.

Loi fr. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, *J.O.R.F.*, 30 juillet 1881, p. 4201.

Arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Légifrance, *J.O.R.F.*, 11 octobre 2002, p. 16801.

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, disponible à l'adresse suivante, http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

Assemblée nationale fr., Rapport d'information du 18 novembre 2008 fait au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, disponible sur le site suivant, www.assemblee-nationale.fr.

Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, *L'open data des décisions de justice*, rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, novembre 2017.

CSA fr., décision du 12 juillet 2017 publiée le 11 septembre 2017 relative au reportage « Double meurtre en Picardie : la vengeance des deux ex-femmes » (W9).

CSA fr., décision du 21 juin 2017 publiée le 31 juillet 2017 relative au reportage « Le tueur sonne toujours deux fois » (RMC Découverte).

CSA fr., décision du 5 octobre 2016 publiée le 28 novembre 2016 relative à l'émission « Faites entrer l'accusé » (France 2) diffusée le 28 février 2016.

CSA fr., décision du 2 décembre 2015 publiée le 21 décembre 2015 relative à l'émission « Enquêtes criminelles » (W9).

CSA fr., décision du 22 janvier 2013 publiée le 12 février 2013, « Émissions relatives aux affaires judiciaires : le Conseil adresse des préconisations ».

CSA fr., décision du 9 octobre 2012 publiée le 7 novembre 2012, « Émission Faites entrer l'accusé du 13 mai 2012 : intervention auprès de France 2 ».

CSA fr., décision du 7 janvier 2010 publiée le 15 mars 2010, « Émission Faites entrer l'accusé : intervention auprès de France 2 ».

CSA fr., décision du 25 juillet 2006 publiée le 19 septembre 2006 relative à l'émission « Faites entrer l'accusé », lettres à France 2 et à Me Henri de Beauregard.

CNIL, délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du janvier 1978.

CNIL, *Rapport d'activités 2013*, p. 16, disponible à l'adresse suivante, www.cnil.fr.

CNIL, 19 janvier 2006, Bilan de l'application de la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice.

CNIL, délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

CNIL, *Droit au déréférencement. Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes*, www.cnil.fr.

b) Autres

Grand-duché de Luxembourg

Loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias, *Mémorial*, A – N° 85, 8 juin 2004, p. 1202.

Commission Nationale d’Ethique, avis 28 relatif au droit à l’oubli, mars 2018, disponible à l’adresse suivante, www.cne.lu.

Allemagne

Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs-, und Arbeitsstättenzählung, *Bundesgesetzblatt*, 1982, I, p. 369.

Espagne

Loi organique 19/2003 du 23 décembre 2003, *B.O.E.* n° 309, 26 décembre 2003, p. 46025.

Loi organique 6/1985 du 1^{er} juillet 1985 relative au pouvoir juridictionnel, *B.O.E.*, n° 157, 2 juillet 1985, p. 20632.

Suisse

Directives relatives à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste, dernièrement révisées le 1^{er} juillet 2017.

Directives relatives à la Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste, dernièrement révisées le 7 juillet 2005.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2018, *Privatsphäre, Menschenwürde*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 39/2017 du 20 novembre 2017, *Wahrheitspflicht, Unterschlagen wichtiger Informationen, Privatsphäre, Opferschutz, Menschenwürde*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2017 du 20 octobre 2017, *Identifizierung*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 10/2015 du 23 avril 2015, *Wahrheitspflicht, Quellenbearbeitung, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sperrfristen, Unschuldsvermutung, Recht auf Vergessen*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 43/2013 du 21 août 2013, *Identifizierung, Privatsphäre*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 41/2013, *Wahrheits- und Berichtigungspflicht, Entstellung von Informationen, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 25/2013 du 8 mai 2013, *Wahrheit, Entstellung von Informationen, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Sachlich nicht gerechtfertigte Anschuldigungen, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 61/2012 du 13 septembre 2012, *Wahrheit, Anhörung bei schweren Vorwürfen, Identifizierung, Unschuldsvermutung, « Recht auf Vergessen »*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 52/2011 du 23 novembre 2011, *commentaires anonymes en ligne*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 29/2011 du 11 mai 2011, *rectification, droit de réponse, anonymat a posteriori dans les médias en ligne et les archives numériques*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 5/2009 du 15 janvier 2009, *Recht auf Vergessen, Anhörung bei schweren Vorwürfen*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 22/2008 du 21 mai 2008, *Suicide d'un prêtre, traitement des affaires de prêtres pédophiles, droit à l'oubli*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 56/2007 du 14 décembre 2007, *Unterschlagung wichtiger Informationen, Respektierung der Menschenwürde, Namensnennung*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 42/2000 du 2 novembre 2000, *Privatsphäre Prominenter, Entstellung von Tatsachen, Fairness*.

Conseil suisse de la presse, prise de position n° 36/2000 du 18 août 2000, *éthique journalistique sur internet*.

Italie

Testo unico dei doveri del giornalista, approvato dal Cnog nella riunione del 27 gennaio 2016.

C. Divers⁴⁰⁸¹

Norme ISO 29100 qui concerne les technologies de l'information, les techniques de sécurité et le cadre privé, ISO 29100:2011.

Demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'Etat (France) le 21 août 2017, *Google Inc. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

Disposition pratiques d'exécution du règlement de procédure du tribunal, *J.O.U.E.*, 18 juin 2015, L 152/1.

Règlement de procédure du tribunal du 4 mars 2015, *J.O.U.E.*, 23 avril 2015, L 105/1.

Recommandation à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, 2012/C, *J.O.U.E.*, 6 novembre 2012, C 338/01.

Règlement de procédure de la Cour de justice, version consolidée du 25 septembre 2012.

Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne, *J.O.U.E.*, 27 décembre 2006, L 378/72.

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH, faite à Luxembourg le 5 avril 1977, *J.O.C.E.*, 27 avril 1977.

Commission européenne, *It's your data – take control*, Luxembourg, 2018.

⁴⁰⁸¹ Les textes sont premièrement classés par type et/ou instance, et deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Commission européenne, communication du 10 janvier 2017 au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Créer une économie européenne sur les données », COM(2017) 9 final.

Commission européenne, Direction générale de la justice, *Take control of your personal data*, Luxembourg, 2012.

Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 novembre 2016.

Comité de gestion Phenix, règles de sélection de la jurisprudence dans la banque de données de jurisprudence externe, *M.B.*, 5 octobre 2007,

Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires. La plume, le Pélikan et le nuage*, 30 juin 2014.

Commentaire officiel de l'arrêt du 28 février 2012, disponible sur le site du Conseil constitutionnel français, www.conseil-constitutionnel.fr.

Rapport final, The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 février 2015, disponible à l'adresse <https://www.google.com/advisorycouncil/>.

II. DOCTRINE⁴⁰⁸²

A. Monographies et ouvrages collectifs

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Manuel de droit européen en matière de protection des données*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014.

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018.

AGOSTINELLI X., *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1994.

AILINCAI M. A. (dir.), *Soft Law et droits fondamentaux. Actes du colloque du 4 et 5 février 2016*, Coll. Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, Paris Pedone, 2017.

ALALUF Q., COPPEE T., KAPITA A., LUTTE I., *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires*, 1^{er} mai 2018, disponible sur le site www.droitbelge.be, consulté le 29 juin 2018.

ALBERS M., *Informationelle Selbstbestimmung*, coll. Studium zu Staat, Recht und Verwaltung, Baden-Baden, Nomos, 2005.

ANTONOPOULOS N., *La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, Leyde, Sythoff, 1967.

APPELS W., *Procedures evaluatie en tucht*, Malines, Wolters Kluwer, 2015.

ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, vol. 2, 1993.

BADDELEY A. (trad. S. HOLLARD), *La mémoire humaine. Théorie et pratique*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993.

BAILLEUX A., *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

BARRELET D., *Droit de la communication*, Berne, Staempfli, 1998.

BECKERS M., *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987.

BEELEN A., *Guide pratique du RGPD. Fiches de guidance*, coll. Pratique du droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2018.

BEGUEC A., COSTE H., DUPUICH L., PICHARD E., RENOSI C., *Qu'est-ce que l'actualité ?*, mémoire de recherche, école nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques, Lyon, juin 2005.

BELTJENS G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, t° II, Paris, A Maresq, 1903.

BENSAÏD D., *Qui est le juge ?*, Paris Fayard, 1998.

BENSOUSSAN A. (dir.), *La protection des données personnelles de A à Z*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2017.

⁴⁰⁸² L'ensemble des références sont classées par ordre alphabétique.

- BENSOUSSAN A., BENSOUSSAN J., *Le droit des robots*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Larcier, 2015.
- BENSOUSSAN A., *Code informatique, fichiers et libertés*, coll. Lexing – Technologies avancées & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- BENSOUSSAN G., *Auschwitz en héritage ? D'un bon usage de la mémoire*, Paris, Mille et une nuits, 1998.
- BERENBOOM A., *Le nouveau droit d'auteur et les droit voisins*, 4^{ème} éd., coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2008.
- BERGSON H., *L'énergie spirituelle*, Paris, Félix Alcan, 1919.
- BERGSON H., *La pensée et le mouvant, essais et conférences*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 1938.
- BERGSON H., *Matière et mémoire*, Paris, PUF, 1896.
- BERTOUILLE A., KOEKELBERG F., *Le régime disciplinaire du personnel communal, du personnel des C.P.A.S. et des membres services de la police locale*, Heule, UGA, 2002.
- BIENENSTOCK M. (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014.
- BIGOT-PREAMENEU, *Exposé des motifs*, Locré, t° VIII.
- BODARD K., *Aansprakelijkheid op internet*, Coll. Praktijkboek Recht en Internet, Bruges, Vanden Broele, 2011.
- BODSON P.-L., *Manuel de droit pénal*, Faculté de droit, d'économie, et de sciences sociales de Liège, 1986.
- BOISSON DE CHAZOURNES L., QUEGUINER J.-F., VILLALPANDO S. (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2004.
- BOIZARD M., BLANDIN A., CORGAS-BERNARD C., DEDESSUS LE MOUSTIER G., GAMBS S., et al., *Le droit à l'oubli*, recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, février 2015.
- BORGES J. L., *Fictions*, Paris, Gallimard, 1974.
- BOUTLEROFF O., *Le droit à être oublié ou le droit à être informé. L'équilibre entre la protection des données personnelles et [la] liberté de l'information*, mémoire rendu dans le cadre du mastère spécialisé Informatique et Libertés, 2014-2015.
- BOUZAT P., RINATEL G., *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1963.
- BRECKENRIDGE A. C., *The Right to Privacy*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1970.
- BROOK P., ESTIENNE M.-H., « *L'homme qui* » suivi de « *Je suis un phénomène* », Arles, Actes-Sud, 1998.
- BRUN P., *Reponsabilité civile extracontractuelle*, 4^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2016.
- BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE E., PICOD F. (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.
- CARDOSO G., *The Media in the Network Society: Browsing, News, Filters and Citizenship*, Lisbonne, CIES – Centre for Research and Studies in Sociology, 2006.

- CARNEROLI S., *Droit à l'oubli. Du devoir de mémoire au droit à l'oubli*, coll. Création Information Communication pratique, Bruxelles, Larcier, 2016.
- CASTETS-RENARD C. (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015.
- CHANTRAINE P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, 1999.
- CHEMILLIER-GENDREAU M., *Droit international 3*, Paris, Pedone, 1987/1988.
- CHOME P., KLEES A., LORENT A., *Droit pénal et procédure pénale*, Bruxelles, Kluwer, 2001.
- CLOSSET-MARCHAL G., VAN DROOGHENBROECK J.-F., *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- COLLIARD C.-A., *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1938.
- COMPAGNION B. (dir.), *La prescription*, coll. du Jeune Barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2011.
- Conseil d'Etat fr., *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, rapport adopté par l'assemblée général du Conseil d'Etat le 17 juillet 2014, Paris, La documentation française, 2014.
- CONSTANT J., *Précis de droit pénal*, 6^{ème} éd., Liège, 1975.
- CONSTANT J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, 1975.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Paris, PUF, 2016.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 2018.
- CORVILAIN P. (coord.), *Le droit disciplinaire des ordres juridiques*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2004.
- COUDRAY L., *La protection des données personnelles dans l'Union européenne. Naissance et consécration d'un droit fondamental*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2010.
- CRESP M., *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, thèse Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2010, disponible à l'adresse suivante, <http://cerfap.u-bordeaux4.fr/sites/cerfap/IMG/pdf/These-2.pdf>.
- Cyberlex (L'association du droit et des nouvelles technologies), *Contribution dans le cadre des travaux sur le droit à l'oubli numérique. « L'oubli numérique est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée ? »*, 25 mai 2010, disponible sur le site www.cyberlex.org.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- DAL G.-A. (dir.), *Actualités du droit disciplinaire*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016.
- DALCQ R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t^o I, *Les causes de la responsabilité*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967.
- DALCQ R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t^o II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, coll. Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962.
- DANET J., GRUNVALD S., HERZOG-EVANS M., LE GALL Y., *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, Recherche subventionnée par le GIP « Mission Recherche Droit et Justice », rapport final, 2006.
- DE CALLATAÏ D., ESTIENNE N., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009.

- DE CALLATAÿ M.-H., *Les lois mémorielles. Nécessité ou dérive ?*, mémoire de Master 2, Faculté de droit, UCL, année académique 2013-2014.
- DE FRANQUEN A., DUSOLIER S., *Manuel de droits intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015.
- DE MAN M., *De verbintenisrechterlijke tijdsbepaling*, coll. Recht en onderneming, Brugge, Die Keure, 2013.
- DE PAGE H., DEKKERS R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° VII, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1957.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° I, Bruxelles, Bruylant, 1964.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t° II, *Les personnes*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1940, p. 896, n° 951.
- DE REY B., *Le droit à la vie privée à l'ère numérique*, coll. Traitement de l'Information, Cachan, Lavoisier, 2012.
- DE STREEL A., JACQUEMIN H. (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2017.
- DE TERWANGNE C., DEGRAVE E., DUSOLIER S. (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018.
- DE VISSCHER F., MICHAUX B., *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- DEBBASCH C., *Droit des médias*, Paris, Dalloz, 1999.
- DEBRAY R., *Cours de médiologie générale*, Paris, Editions Gallimard, 1991.
- DECHENAUD D. (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives - approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015.
- DELAHAYE T., *Le facteur temps dans le droit des obligations*, t° 1, *La temporalité du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- DELAY J., *Les maladies de la mémoire*, Paris, PUF, 1961.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1986.
- DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Thémis, Droit privé, Paris, PUF, 1992.
- DELPEREE F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000.
- DEOM D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990.
- DERIEUX E., *Droit des médias. Droit français, européen et international*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2008.
- DERIEUX E., *Le droit des médias*, 5^{ème} éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Editions Dalloz, 2013.
- DERRIDA J., *Mal d'archive, une impression freudienne*, Paris, Galilée, 1995.
- DOCQUIR B., *Le droit à la vie privée*, coll. Droit actuel, Bruxelles, Larcier, 2008.
- DOCQUIR B., PUTTEMANS A. (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- DONNAY L., LEWALLE P., *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'Etat*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2017.

- DOUTRELEPONT C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire. Analyse en droit comparé et en droit européen*, collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997.
- DRAÏ R., *Freud et Moïse. Psychanalyse, Loi juive et pouvoir*, Paris, Anthropos, 1997.
- DREYER E., *Responsabilités civile et pénale des médias. Presse. Télévision. Internet*, coll. Droit & Professionnels, 3^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2012.
- DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, Paris, LGDJ, 1985.
- DUBUISSON B., CALLEWAERT V., DE CONINCK B., GATHEM G., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009.
- DUCLERT V., *L'Europe a-t-elle besoin des intellectuels turcs ?*, Paris, Armand Colin, 2010.
- DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- DUGAS L., *La mémoire et l'oubli*, Paris, Ernest Flammarion, 1917.
- DUSOLIER S., DE FRANCQUEN A., *Manuel de droits intellectuels*, Limal, Anthemis, 2015.
- ELLENBERGER F., *Le mystère de la mémoire. Essai sur l'Intemporel psychologique*, Annemasse, Editions du Mont-Blanc, 1947.
- ENGELEBERT J., *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014.
- FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIAN F., PENA-SOLER A., PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., SCOFFONI G., TREMEAU J., *Droit des libertés fondamentales*, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2009.
- FAVREAU B. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- FAWCETT J., *The application of the European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- FEILER L., FORGÓ N., WEIGL M., *The EU Data Protection Regulation (GDPR) : A commentary*, Surrey, Global Law and Business, 2018.
- FILLOUX J.-C., *La mémoire*, 9^{ème} éd., coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1967.
- FINKIELKRAUT A., *L'ingratitude. Conversation sur notre temps*, Paris, Gallimard, 1999.
- FRANCHIMONT M., JACOBS A., MASSET A., *Manuel de procédure pénale*, 4^{ème} édition, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2012.
- FRANÇOIS L., *Le cap des tempêtes. Essai de microscopie du droit*, Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2001.
- FRANKLIN B., *Newszak and News Media*, London, Arnold, 1997.
- FREUD S., *Gesammelte Werke*, t° IV.
- FREUD S., *Psychopathologie de la vie quotidienne. Application de la psychanalyse à l'interprétation des actes de la vie quotidienne*, Paris, Editions Payot, 1975.
- FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, coll. de droit international, Paris, Bruylant, 2001.

- GARNER B. A. (éd.), *Black's Law Dictionary*, VII edI, West Group St. Paul, Minn., 1999.
- GIBSON J. J., *The ecological approach to visual perception*, Boston, Houghton Mifflin, 1979 (traduit en français sous le nom *Approche écologique de la perception visuelle*, Bellevaux, Editions Dehors, 2014).
- GIDE A., *Journal*, 1889-1939, coll. Bibliothèque de la Périade, Paris, Gallimard, 1970.
- GILLIAUX P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- GOFFAUX P., *Dictionnaire de droit administratif*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2016.
- GONZALES FUSTER G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham, Springer, 2014.
- GOSSELIN F., *Droit de la fonction publique*, Waterloo, Kluwer, 2017.
- GRATACAP A., *Théorie de la mémoire*, Montpellier, Boehm & Fils, 1866.
- GROSJEAN A. (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015.
- Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne, version du 7 avril 2015.
- GULDIX E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, doctoraatsproefschrift, Bruxelles, VUB, 1986.
- GUSDORF G., *Mémoire et personne*, t^o I, *La mémoire concrète*, t^o II, *Dialectique de la mémoire*, Paris, PUF, 1951.
- GUTWIRTH S., LEENES R., DE HERT P. (éd.), *Reforming European Data Protection Law*, Dordrecht, Springer, 2015 .
- HALBWACHS M., *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1925.
- HALLE M., *Discours politique et Cour européenne des droits de l'homme. Fondements et limites de la liberté d'expression politique dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Nemesis, 2009.
- HARTOG F., *Régime d'historicité. Présentisme et expériences de temps*, Paris, Seuil, 2003.
- HAUS J.-J., *Principes généraux du droit pénal belge*, t^o II, 3^{ème} éd., Gand Swinnen, 1879.
- HEINDERYCKX F., *Une introduction aux fondements théoriques de l'étude des médias*, Coll. Céfal SUP, Liège, Editions du Céfal, 1999.
- HENNAU C., VERHAEGEN J., *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2003.
- HENROTTE J.-F., CASSART A., *Introduction générale aux droits de l'homme numérique. Droit à l'oubli : une réponse à l'hypermnésie numérique*, 56^{ème} Conférence UIA, Dresde, Allemagne, 31 octobre-4 novembre 2012.
- HOCHMANN T., *Law's Holocaust Denial, Genocide Denial and the Law*, Oxford, Oxford University press, 2011.
- HOEBEKE S., *La liberté d'expression. Pour qui, pour quoi, jusqu'où ?*, Limal, Anthemis, 2015.
- HOEBEKE S., MOUFFE B., *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3^{ème} éd., Limal, Anthemis, 2012.

- HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL, (eds), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, p. 171.
- HUYTTENS E., *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, t° IV, Bruxelles, Walhen, 1844.
- HUYTTENS E., *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, t° I, Bruxelles, Walhen, 1844.
- ISGOUR M., SCHMITZ I. (collab.), *Le droit à l'image*, coll. Création Information Communication, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2014.
- JAFFERALI R., *Confirmation, ratification et condition suspensive. La rétroactivité des droits contractuels inachevés*, coll. de l'Unité de droit économique de l'ULB, Bruxelles, Larcier, 2011.
- JAFFERALI R., *La rétroactivité dans le contrat*, coll. de la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014.
- JAKUBOWICZ K., *Une nouvelle conception des médias ?*, 1^{ère} Conférence du Conseil de l'Europe des Ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, 28-29 mai 2009, Reykjavik (Islande), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.
- JANSSENS M.-C., VANHEES H., *Auteursrecht @ Internet*, Kortrijk-Heule, Uitgeverij UGA, 2012.
- JAPIOT R., *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1909.
- JONGEN F., STROWEL A., CRUYSMANS E. (collab.), *Droit des médias et de la communication. Presse, audiovisuel et Internet. Droit européen et belge*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2017.
- JONGEN F., *La police de l'audiovisuel. Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1994.
- JOURDAIN P., WERY P. (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, coll. de la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- KATTAN E., *Penser le devoir de mémoire*, coll. Questions d'éthique, Paris, PUF, 2002.
- KAYSER P., *La protection de la vie privée*, 3^{ème} éd., Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix Marseille, 1995.
- KELLER P., *European and International Media Law – Liberal Democracy, Trade, and the New Media*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- KEYSER P., *La protection de la vie privée par le droit*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Economica, 1995.
- KOUAMÉ KOKI H., *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, t° 1, *De l'impensable à l'indispensable*, t° 2, *Réalisme et activisme du juge européen*, Paris, L'Harmattan, 2014.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige Dicos poche, Paris, PUF, 2010.
- LAURENT C., *Etudes sur les délits de presse*, Bruxelles, Bruylant/Christophe & Cie, 1871.
- LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La pérennité contractuelle*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2005.
- LAZERGES C., *La politique criminelle*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1987.

- LE BOHEC J., *Dictionnaire du journalisme et des médias*, coll. Didac. Communication, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.
- LÉCUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2006.
- LEDoux S., *Le devoir de mémoire. Une formule et son histoire*, Paris, CNRS Editions, 2016.
- LEFRANC S., *Politiques du pardon*, coll. Fondements de la politique, Paris, PUF, 2002.
- LEJEUNE Y., *Droit constitutionnel belge*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2017.
- LEJEUNE Y., *Typologie(s) des institutions publiques en Belgique après la sixième réforme de l'Etat*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2015.
- LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, 3^{ème} éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016.
- LEMMENS K., *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, coll. de thèses, Bruxelles, Larcier, 2004.
- LÉONARD T., *Conflits entre droits subjectifs, liberté civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- LEPAGE A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, Litec, 2002.
- LETA JONES M., *Ctrl+Z. The right to be forgotten*, New-York, New-York University Press, 2016.
- LÉVI P., *Le devoir de mémoire*, Paris, Mille et une nuits, 1995.
- LOMBAERT B., RIGODANZO V., *Le régime disciplinaire des agents communaux et des CPAS*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Wolters Kluwer, 2013.
- LOMBARD J., *Philosophie de l'oubli : existence et rapport au passé*, Conférence aux Amis de l'Université, 2014, texte de l'intervention disponible à l'adresse suivante, www.editions-harmattan.fr.
- LORAUX N., *La citée divisée*, Paris, Payot, 1997.
- LURIA A. (trad. F. MARIENGOF, N. RAUSH DE TRAUBENBERG), *L'Homme dont le monde volait en éclat*, Paris, Seuil, 1995.
- MAISONNEUVE J., *Les Sentiments*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1993.
- MALLET-POUJOL N., *Protection de la vie privée et des données personnelles*, disponible à l'adresse suivante, <http://eduscol.education.fr/chrge/guideViePrivee.pdf>, février 2004, consulté le 25 septembre 2018.
- MANGIN M., *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, t° I, Paris, 1837.
- MARCHANDISE M., *De Page. Traité de droit civil belge*, t° VI, *La prescription. Principes généraux et prescription libératoire*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- MARCHANDISE M., *La prescription libératoire en matière civile*, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2007.
- MARCUS-HELMONS S., *La Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales*, Louvain, Imprimerie Van Linthout, 1971.

- MAYER-SCHÖNBERGER V., *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- MAZEAUD H., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t° I, Paris, éditions Montchrestien.
- MICHIELS O., *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable ?*, Coll. Criminels, Limal, Anthemis, 2015.
- MILANO L. (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, coll. Droit & Justice, n° 113, Limal-Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2016.
- MOUFFE B., *La responsabilité civile des médias*, coll. pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2014.
- MOUFFE B., *Le droit à l'image*, coll. Pratique du droit, Waterloo, Kluwer, 2013.
- NEISSER U., *Cognitive Psychology*, New-York, Appleton-Century-Crofts, 1967.
- NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale, Deuxième dissertation*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 1971.
- NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale*, II, III.
- NIETZSCHE F., *Unzeitgemässe Betrachtungen*, II, *Werke in drei Banden*, Munich, Carl Hanser Verlag, 1966.
- NORA P., *Les lieux de mémoire*, t° I, *La République*, Paris, Gallimard, 1984.
- NORA P., *Présent, nation, mémoire*, Paris, Gallimard, 2011.
- OPDEBEEK I., COOLSAET A., *Algemene beginselen van ambtenarentucht recht*, Brugge, die Keure, 2011.
- OST F., *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999.
- OUELETTE F., *L'accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*, Montréal, Thémis, 1997.
- OUTIN-ADAM A., *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Université Paris II, 1986.
- OZ A., *The Slopes of Lebanon*, Londres, Vintage Books, 1991.
- PAUL C., FÉRAL-SCHUL C., *Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique*, rapport d'information déposé par la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique, rapport n° 3119, assemblée nationale française, 2015.
- PEERS S., WARD A. (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- PIAGET J., INHELDER B., *Mémoire et intelligence*, Paris, PUF, 1968.
- PIÉRON H., *L'évolution de la mémoire*, Paris, Ernest Flammarion, 1910.
- PIERRE R., *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé : contribution à l'étude de l'application de la convention européenne des droits de l'homme*, thèse Limoges, éd. universitaires européennes, 2011.
- PILOTE G., *La réminiscence chez Platon. Théorie de la connaissance ; anthropologie ; éthique*, thèse présentée dans le cadre d'un doctorat en philosophie, Université d'Ottawa, Université Paris 1, 2016, disponible sur le site www.ruor.uottawa.ca.

POULLET Y., *La vie privée à l'heure de la société du numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2019.

POULLET Y., DINANT J.-M., DE TERWANGNE C. (collab.), *Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunication. L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet. Eléments de réflexion sur la Convention n° 108 destinés au travail futur du Comité consultatif (T-PD)*, Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD), Strasbourg, 18 novembre 2004, T-PD (2004), 04 final.

PRADEL J., *Droit pénal général*, coll. Référence, Paris, Cujas, 2004.

PREUMONT M., *Mémento du droit de la jeunesse*, Waterloo, Kluwer, 2015.

PROST A., *Douze leçons sur l'histoire*, Paris, Editions du Seuil, 2007.

RABAGNY A., *L'Homme tel qu'en lui-même : Droit et individualité*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2005.

RAES K., *Het recht van de samenleving*, Bruxelles, V.U.B.-Press, 1999.

RAVANAS J., *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, 1978.

REGOUT-MASSON M., *La prescription des actions en matière de responsabilité*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015.

RÉMOND R., *Quand l'Etat se même de l'histoire*, Paris, Stock, 2006.

RENDERS D., BOMBOIS T., GORS B., THIEBAUT C., VANSNICK L., *Droit administratif*, t° III, *Le contrôle de l'administration*, Coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010.

RENDERS D., *Droit administratif général*, 2^{ème} éd., Coll. Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Bruxelles, Bruylant, 2017.

REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1998.

RIBOT T., *Les maladies de la mémoire*, Paris, Librairie Germer Baillière et Cie, 1881.

RICOEUR P., *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Editions du Seuil, 2000.

RICOEUR P., *Le Juste*, Paris, Editions Esprit, 1995.

RICOEUR P., *Soi-même comme un autre*, Paris, Editions du Seuil, 1990.

RIGAUX F. (coord.), *La vie privée : une liberté parmi d'autres ?*, coll. Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992.

RIGAUX F. (dir.), Y. POULLET (collab.), X. THUNIS (collab.), T. LEONARD (collab.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Bruxelles, Larcier, 1992.

RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990.

RIGAUX F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1990.

ROUSSO H., CONAN E., *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Editions du Seuil, 1996.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

- SALMON J., JAUMOTTE J., THIBAUT E., *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t^o II, Paris, LGDJ, 1951.
- SCHACTER D. (trad. C. CLER), *Science de la mémoire. Oublier et se souvenir*, Paris, Odile Jacob, 2003.
- SCHUERMANS H., *Code de la presse ou Commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentives de ce décret*, Bruxelles, Bruylant/Christophe et Cie, 1861.
- Sénat français, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, *La surtransposition des directives européennes. Législation comparée. Allemagne – Italie – Royaume-Uni – Suède*, février 2017, p. 5.
- SENNETT R., *Les tyrannies de l'intimité*, Paris, Seuil, 1979.
- SERON V., *Le casier judiciaire. L'après-peine entre mémoire et oubli*, Bruxelles, La Charte, 2010.
- SILLAMY N. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de psychologie*, Paris, Bordas, 1980.
- SOMERS S., *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2016, 788 p.
- SORMANY P., *Le métier de journaliste*, Montréal, Boréal, 2011.
- SOURDAT M. A., *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, t^o I, 6^{ème} éd., Paris, Marchal & Godde, 1911.
- STEFANI G., LEVASSEUR G., *Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, p. 107.
- STOFFEL-MUNCK P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.
- STUDER P., KÜNZI M., *Repères pour un journalisme responsable. Guide pratique du Conseil suisse de la presse*, Interlaken, Conseil suisse de la presse, 2011.
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, 2003.
- SZAFRAN M., *Simone Veil. Destin*, Paris, Flammarion, 1994.
- TERRAY E., *Face aux abus de mémoire*, Paris, Actes Sud, 2006.
- THEULLOT J.-F., *De l'inexistence d'une volonté de mémoire*, Nantes, Editions Pleins Feux, 2004.
- THUSSU D. K., *News as Entertainment : The Rise of Global Infotainment*, London, Sage, 2007.
- TJITTES R.-J., *Rechtsverwerking*, 2^{ème} éd., coll. Losdelig Handboek, Deventer, Kluwer, 2007.
- TODOROV T., *Les Abus de la Mémoire*, coll. Arléa Poche, Paris, Arléa, 2015.
- TODOROV T., *Mémoire du mal. Tentative du bien – Enquête sur le siècle*, Paris, Robert Laffont, 2000.
- TREBUTIEN E., *Cours élémentaire de droit criminel*, t^o II, Paris, Auguste Durand, 1854.
- TRUCHE P., FAUGÈRE J.-P., FLICHY P., *Administration électronique et protection des données personnelles. Livre blanc*, Paris, La documentation française, 2002.
- TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M., CARTUYVELS Y., GUILLAIN C., *Introduction au droit pénal*, 10^{ème} éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2014.

- VAN DAMME M., DE KEGEL F., *Intrekking van de asministratieve rechtshandeling*, Bruges, die Keure, 1994.
- VAN DE KERCHOVE M., *Quand dire, c'est punir – Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2005.
- VAN DIJCK P., VAN HOOF G., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, La Haye, Kluwer, 1998.
- VAN DROOGHENBROECK S., *La convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, coll. Les dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006.
- VAN DROOGHENBROECK S., *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 2, Articles 7 à 59 de la Convention. Protocoles additionnels, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006.
- VAN ENIS Q., *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015.
- VAN HONACKER K. (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018.
- VAN OMMESLAGHE P., *De Page. Traité de droit civil belge*, t° II, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, t° II, *Sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1552.
- VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, t° III, p. 2214, n° 1619.
- VANLERBERGHE B., *Openbaarheid en openheid in het gerecht*, Louvain, Thèse de doctorat, 1999.
- VASAK K., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pichon et Durand Auzias, 1964.
- VELAERS J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, deel I, Anvers, Maklu Uitgevers, 1991.
- VELU J., ERGEC R., *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd. (R. ERGEC), coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- VELU J., *Le droit au respect de la vie privée*, coll. Travaux de la Faculté de droit de Namur, Namur, Société d'études morales, 1974.
- VERBIEST T., WERY E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001.
- VERDUSSEN M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- VERDUSSEN M., DEGRAVE E., *La clémence et la Constitution belge. Amnistie, grâce et prescription*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- VERDUSSEN M., *Justice constitutionnelle*, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2012.

- VIEUJEAN E., *Droit civil*, t° IV, *Le terme de droit suspensif*, voll. II, coll. Les Nouvelles, Bruxelles, Bruylant, 1958.
- VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2013.
- VOIGT P., VON DEM BUSSCHE A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, Springer, 2017.
- VOORHOOF D., VLACKE P., *Handboek Mediarecht*, coll. Création. Information. Communication, 4^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2015.
- VUITTON X., *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH : état du droit et perspectives*, coll. Systèmes pratique, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.
- WAHNICH S. (dir.), *Une histoire politique de l'amnistie*, coll. Droit et Justice, PUF, Paris, 2007.
- WEINRICH H., *Léthé. Art et critique de l'oubli*, Paris, Fayard, 1999.
- WÉRY P., *Droit des obligations*, vol. 1^{er}, *Théorie générale du contrat*, 2^{ème} éd., coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011.
- WERY P., *Droit des obligations. Volume 1. Théorie générale du contrat*, 2^{ème} éd., coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2011.
- WERY P., *Droit des obligations. Volume 2. Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, coll. Les précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016.
- WESTIN A., *Privacy and Freedom*, New-York, Ateneum, 1967.
- WIGNY P., *Droit constitutionnel*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 1952.
- YERUSHALMI Y. H. et al. (dir.), *Usages de l'oubli*, Paris, Le Seuil, 1988.
- YERUSHALMI Y. H., *Zachor. Histoire juive et mémoire juive*, Paris, Gallimard, 1984.
- ZWEIG S., *Romans et nouvelles*, Paris, Le Livre de poche, 1991.

B. Contributions dans des ouvrages collectifs

ACOLTY J., EYBEN C., « La condition suspensive et la condition résolutoire (C. civ., art. 1168 à 1184) », in *Droit des obligations*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 161 à 213.

ALHADEFF J., VAN ALSENOY B., DUMORTIER J., « The Accountability Principle in Data Protection Regulation : Origin, Development and Future Directions », in D. GUAGNIN, L. HEMPEL, C. ILTEN, I. KROENER, D. NEYLAND, H. POSTIGO (éds.), *Managing Privacy through Accountability*, Londres, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 49 à 82.

ANDREU F., REYNA V., « Les obstacles juridiques et politiques à l'exercice de la répression », in *Lutter contre l'impunité. Actes du colloque tenu à Bruxelles, du 11 au 13 mars 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 45 à 56.

Appel de juristes contre les lois mémorielles du 29 novembre 2006, in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 167 à 169.

Audition de M. Robert Badinter par la Mission d'information sur les questions mémorielles, séance du 4 novembre 2008, in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 187 à 194.

BARRERA G., « Archival ethics and the right to be forgotten : Italian Experiences », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 79 à 96.

BASTIEN V., THOREAU G., « Les nullités en droit civil », in E. VIEUJEAN (prés.), *Les nullités en droit belge. Sanction du vice et conséquences. Actes du colloque organisé le 7 juin 1991 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Editions du jeune Barreau de Liège, 1991, pp. 76 à 79.

BAYART B., « Le neutralité du réseau », in *La Bataille Hadopi*, Paris, InLibrosVeritas, 2014, pp. 65 à 74.

BAZIER P., « La renonciation à un droit et la rechtsverwerking », in P. WERY (coord.), *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135 à 198.

BECOURT D., note sous Cass. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *J.C.P.*, 1981, II, n° 19742.

BEGASSE DE DHAEM A., « Le référé préventif et la liberté d'expression », note sous civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act. dr.*, 1992, pp. 1151 à 1158.

BELLEFLAMME F., DE BROUX P.-O., EL BERHOUMI M., « Les personnes morales de droit privé et de droit public », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit international européen des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 58 à 72.

BERLINGIN M., DUPONT M., « Le contrat soumis à condition suspensive », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 9 à 48.

BIENENSTOCK M., « La mémoire : un “devoir” ? Réflexions sur les sens religieux, moral ou politique prêtés à la notion de “devoir” dans l'expression commune “devoir de mémoire” », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 17 à 38.

- BIENENSTOCK M., « Présentation », *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 5 à 14
- BJORK R. A., « Forgetting as a friend of learning », in D. S. LINDSAY, C. M. KELLEY, A. P. YONELINAS, H. L. ROEDIGER (Eds.), *Remembering: Attributions, processes, and control in human memory: Papers in honour of Larry L. Jacoby*, 2015, pp. 15 à 28.
- BLANDIN-OBERNESSER A., « L'agencement des instruments juridiques européens de protection des données personnelles », in C. CASTETS-RENARD (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 51 à 63.
- BOMHOF J., « "The Rights and Freedom of Others": The ECHR and its peculiar category of conflicts between individual rights », in E. BREMS (éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Anvers-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 619 à 653.
- BOSLY H.-D., « Les relations entre la justice et la presse. Aspects de droit pénal et de procédure pénale », in *Justice & Médias. Trois avis préliminaire à la demande du Ministre de la Justice*, 1995, pp. 1 à 31.
- BOURASSA R., « Enjeux de la mémoire : entre hypermnésie et oubli », in C. LARSONNEUR, A. REGNAULD, P. CASSOU-NOGUÈS, S. TOUIZA, *Le sujet digital*, Dijon, Les presses du réel, 2015, pp. 150 à 167.
- BOUTON C., « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 53 à 72.
- BRUNSWIK E., « Scope and aspect of the cognitive problem », in R. JESSOR, K. HAMMOND (éd.), *Cognition : The Colorado symposium*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, pp. 1 à 27.
- BUYLE J.-P., « Le secret des affaires : du droit à l'intimité au secret professionnel ? », in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 93 à 132.
- CAMBIER C., RENDERS D., « La théorie du retrait d'acte à la croisée des chemins », in D. DÉOM, P. NIHOUL, D. RENDERS, H. SIMONART, M. VERDUSSEN (dir.), *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 109 à 126.
- CARIAT N., « Article 7. Respect de la vie privée et familiale », in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), C. RIZCALLAH (collab.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161 à 183.
- CASTETS-RENARD C., « Introduction. Les enjeux et l'actualité de la protection des données en Europe », in C. CASTETS-RENARD (dir.), *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 23 à 48.
- CATALA P., « La protection juridique des productions immatérielles », in J.-P. CHAMOIX (dir.), *L'appropriation de l'information*, Paris, Litec, 1986, pp. 84 à 92.
- CHEMILLIER-GENDREAU M., « Sur quelques rapports du temps juridique aux autres formes du temps », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 281 à 299.
- CHOUDKY S., « Article 7 (Family Life Aspects) », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, pp. 183 à 221.

CLOSE F., « De la peine et des incertitudes du pourvoi en cassation », in M. BORN, F. KÉFER, A. LEMAÎTRE (coord.), *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 225 et 226.

COLANTONIO F., « Analyse de l'e-réputation », in *Les entreprises et l'e-Business*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 89 à 128.

COLSON P., « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in R. ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 à 80.

CONTE P., « La responsabilité pénale des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in J.-H. ROBERT, S. TZITZIS (dir.), *La personne juridique dans la philosophie pénale*, coll. Colloques, Paris, L.G.D.J., 2003, pp. 109 et s.

CORNELIS L., « Actuele tendensen bij de vergoeding van morele schade », in J.-L. FAGNART, A. PIRE (dir.) *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Actes du colloque du 10 février 1993, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 109 à 175.

CRUYSMANS E., « La presse en ligne et le droit », in A. DEGAND, B. GREVISSE, *Journalisme en ligne. Pratiques et recherches*, Coll. Info Com, Bruxelles, De Boeck, 2012, pp. 225 à 228.

CRUYSMANS E., « La protection de la réputation en ligne : droit de réponse, droit de rectification, droit à l'oubli », in C. DE TERWANGNE, Q. VAN ENIS (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'internet*, coll. Pratique du droit européen, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 369 à 418.

CRUYSMANS E., « Oubliez-moi ! Droit à l'oubli, déréférencement, anonymisation et archives numériques », in A. HOC, S. WATTIER, G. WILLEMS (éd.), *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 403 à 418.

CRUYSMANS E., D'URSEL E., « Les juridictions judiciaires face aux droits fondamentaux. Analyse des rapports entre le droit public et le droit privé dans les litiges en responsabilité civile relatifs au droit à l'oubli et à la responsabilité face au secisme dans les médias », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, T. LÉONARD, B. LOMBAERT (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 123 à 162.

CRUYSMANS E., ROMAINVILLE C., « Les diverses dimensions du 'droit à l'oubli' dans la sphère numérique. Un processus de positivation rentrant en conflit avec la liberté d'expression ? », in C. ALCANTARA (éd.), *E-réputation : regards croisés sur une notion émergente*, Paris, Lextenso-Gualino, 2015, pp. 81 à 91.

CRUYSMANS E., STROWEL A., « Oubli, déréférencement et anonymisation », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 213 à 255.

DAVIDS W., THOMASSEN W., « Publication of Judgements on the Internet », in S. BREITENMOSER, B. EHRENZELLER, M. SASSOLI, *Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp.

DE ANDRADE N., « Oblivion, the right to be different from oneself. Reproposing the right to be forgotten », in *VII International Conference on Internet, Law & Politics. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2012/13, pp. 122 à 137.

DE BELLESCIZE D., « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1413 à 1446.

DE BROUX P.-O., DE JONGHE D., VANDERSTRAETEN M., SIMAR R., « Les exceptions à la publicité des documents administratifs », in V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l'administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 133 à 192.

DE CODT J., « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publiques et civiles », in P. MANDOUX, O. KLEES (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 35 à 74.

DE HERT O., GUTWIRTH S., « Informatie : wel beschermd, doch niet vatbaar voor diefstal. Denkoefeningen over het juridisch statuut van informative vanop het grensvlak tussen het strafrecht en de intellectuele rechten », in K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, R. FELTKAMP (dir.), *Tendenzen in het economisch recht*, Anvers, Kluwer, 2006, pp. 55 à 86.

DE HERT P., GUTWIRTH S., « Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxemburg : Constitutionalisation in Action », in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (éd.), *Reinventing Data Protection ?*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 3 à 44.

DE MAN M., « Opschortende en uitdovende tijdsbepalingen » in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A.-L. VERBEKE (dir.), *Contractuele clausules. Gemeenschappelijke clausules*, vol. I, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 533 à 572.

DE SART D., « Les difficultés liées aux obligations de restitution après annulation », in M. DUPONT, F. GLANSDORFF, E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Les obligations contractuelles en pratique – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 154 à 156.

DE SCHUTTER O., « Article II-68. Protection des données à caractère personnel », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article, Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t° 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 122 à 152.

DE SCHUTTER O., « L'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Avancée et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 83 à 108.

DE SCHUTTER O., « Les droits fondamentaux dans le projet européen – Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 81 à 118.

DE SCHUTTER O., RINGELHEIM J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règle de l'échange », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441 à 482.

DE TERWANGNE C., « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 59 à 86.

DE TERWANGNE C., « Droit à l'oubli numérique, élément du droit à l'autodétermination informationnelle ? », in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 23 à 53.

DE TERWANGNE C., « Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréférencement ? Quand le législateur et le juge européens dessinent les contours du droit à l'oubli numérique », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 245 à 276.

DE TERWANGNE C., « Droit à la vie privée : un droit sur l'information et un droit à l'information », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLIER, R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Droit, Normes et Libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 555 à 580.

DE TERWANGNE C., « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 87 à 142.

DEJEMEPPE B., « La responsabilité pénale », in A. STROWEL, F. TULKENS, B. DEJEMEPPE (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 137 à 145.

DELBROUCK I., « Atteinte à l'honneur et à la considération des personnes », *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, A 267, Waterloo, Kluwer, 2007.

DELFORGE A., « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 371 à 406.

DELFORGE C., « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in C. DELFORGE (coord.), *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 7 à 38.

DELMAS-MARTY M., « L'ambivalence des nouvelles technologies », in *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ?*, Actes du colloque de 2011 du Réseau droit science et technique, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 3 à 14.

DERIEUX E., « L'intérêt public en droit français de la communication », in E. DERIEUX, P. TRUDEL (dir.), *L'intérêt public. Principe du droit de la communication français et québécois*, Paris, Victor-Éditions, 1996, pp. 7 et s.

DERIEUX E., « Liberté d'expression et information de nature commerciale », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise, op. cit.*, pp. 191 à 211.

DERIEUX E., « Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'internet », in A. STROWEL (dir.), *Net Neutrality in Europe – La neutralité de l'internet en Europe*, Coll. Idées d'Europe, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 141 à 160.

DESCHENEUX H., « Norme et causalité en responsabilité civile », in *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse*, Recueil offert au Tribunal fédéral suisse à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisse, Bâle 1975, pp. 399 à 430.

DIETZ A., « Le droit moral de l'auteur – Rapport général », *Le droit moral de l'auteur – The moral right of the author, Congress of Antwerp 1993*, ALAI 1994, pp. 25 à 53.

DOCKSEY C., « Articles 7 and 8 of the EU Charter: two distincts fundamental rights », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 71 à 116.

DOCQUIR B., « Aperçu général et règle de la proportionnalité », in B. DOCQUIR, A. PUTTEMANS (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 1 à 38.

DOCQUIR B., « Consentement et intérêt légitime dans le secteur privé », in N. RAGHENO (coord.), *Data Protection & Privacy. Le GDPR dans la pratique / De GDPR in de Praktijk*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 27 à 44.

DOCQUIR B., « Introduction générale », in B. DOCQUIR (coord.), *Vers un droit européen de la protection des données ?*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 7 à 20.

DOCQUIR F., HENNEBEL L., « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », in T. BERNIS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79 à 106.

DOMMERING E., « Article 10 ECHR (Freedom of expression) », in O. CASTENDYK, E. DOMMERING, A. SCHEUER, *European Media Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 35 à 81.

DOUGLAS L., « Régenter le passé : le négationnisme et la loi », in F. BRAYARD (dir.), *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire 1943-2000*, Bruxelles, Editions Complexe, 2000, pp. 213 à 242.

DOUTRELEPONT C., FESLER D., « La presse et le droit », in *La presse, pouvoir en devenir*, Rev. U.L.B., 1996/3-4, pp. 191 à 213.

DU JARDIN J., « Principes généraux », *Le droit disciplinaire des ordres professionnels*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 1 à 32.

DUBUISSON B., COLSON P., « Nomenclature des préjudices réparables. Rapport belge », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles 2015, pp. 595 à 646.

DUBUISSON F., « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression », in *Internet et le droit international*, Société française pour le droit international, colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, pp. 133 à 163.

DUBUISSON F., « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STROWEL, F. TULKENS (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression. Regards croisés d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 67 à 97.

DUBUISSON F., « Quand le "droit" du public à l'information rencontre les "droits" sur l'information : vrai ou faux débat ? », in A. STROWEL, F. TULKENS, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 67 à 97.

DUPONT M., « Nullité absolue et nullité relative », in P. WÉRY (coord.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 33 à 82.

DUPONT M., « Prescription et forclusion. Aspects procéduraux », in H. BOULARBAH, J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 221 à 243.

DURANT I., « La réparation dite intégrale du dommage. Rapport belge », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 441 à 491.

EL BADAWI L., « L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in A. BIAD, V. PARISOT (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bilan d'application*, coll. Droit & Justice, Limal, Anthemis, 2018, pp. 225 à 250.

ESTIENNE N., « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessure », in B. DUBUISSON (dir.), *Le dommage et sa réparation*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 177 à 212.

ETTELDORF C., « Media privilege », in M. CAPPELLO (ed.), *Journalism and media privilege*, IRIS special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2017, p. 13 à 22.

EYBEN C., ACOLTY J., « La prescription extinctive en droit civil et commercial », in B. COMPAGNION (dir.), *La prescription*, coll. du Jeune Barreau de Mons, Bruxelles, Limal, Anthemis, 2011, pp. 9 à 114.

FABBRINI F., « The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy : The EU Court of Justice as a Human Rights Court », in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015, pp. 268 à 279.

FAGNART J.-L., « Définition des préjudices non économiques », in *Préjudices extra-patrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 16 septembre 2004, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 25 à 58.

FAGNART J.-L., « La causalité », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, partie I, titre I, livre 11.

FAGNART J.-L., « Recherches sur le droit de la réparation », in *Mélanges offertes à R.O. Dalcq : responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 135 à 158.

FAVREAU A., « Le droit à l'oubli appliqué aux personnes morales », in D. DECHENAUD (dir.), *Le droit à l'oubli numérique. Données nominatives – approche comparée*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 113 à 142.

FAVREAU B., « La construction de la protection du domicile professionnel », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, coll. Droit & Justice, Limal, Anthemis, 2016, pp. 125 à 150.

FAVREAU B., « La protection des données à caractère personnel », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, coll. Institut des droits de l'homme des avocats européens, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 185 à 216.

FLAUSS J.-F., « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in E. ZOLLER (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 97 à 136.

FLAUSS J.-F., « Le contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : Eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ? », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 155 à 180.

FLICHY P., BEAUVALLET G., RONAI M., « Incorporer la protection de la vie privée dans les systèmes d'information, une alternative par le marché », in T. LAMARCHE, D. NAULLEAU, J. VÉTOIS (dir.), « Fichiers et libertés : le cybercontrôle 25 ans après », *Revue Terminal*, Paris, l'Harmattan, 2003/88, pp. 85 à 108.

FOLIE S., « La publication et la communication des décisions en matière disciplinaire – La confirmation du droit à l’oubli », in V. MICHIELS (dir.), *La publicité de l’administration. Vingt ans après, bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 359 à 376.

FONTAINE M., « Portée et limites du principe de convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1984, pp. 165 à 200.

FRUY G., VANDENBERGHE N., « Les effets de la nullité du contrat », in C. DELFORGE, J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 269 à 308.

GAREAU J.-F., « Insoutenable imprescriptibilité à la lettre : note sur l’interaction du temps, du droit et du symbole dans la problématique de la réparation des crimes de l’histoire », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUEGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l’histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l’Université de Bruxelles, 2004, pp. 25 à 38.

GATHEM G., STROWEL A., « La renonciation limitée aux droits de la personnalité : l’indice d’obligations », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 500 à 522.

GÉRARD L., « RGPD : Quatre recours pour un Règlement », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 655 à 664.

GOBIET J.-P., « La prescription », *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, Suppl. 32 (octobre 2016), v.2.7.

GOLSONG H., « La Convention européenne des droits de l’Homme et les Personnes morales », in *Les droits de l’homme et les personnes morales. Premier colloque du département des droits de l’homme du 24 octobre 1969*, Bruxelles, Bruylant, 1970, pp. 15 à 33.

GORS B., « Le principe de mutabilité », in H. DUMONT, P. JADOUL, B. LOMBAERT, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le service public, t° 2, Les ‘lois’ du service public*, coll. Bibliothèque de droit administratif, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 105 à 175.

GROSJEAN A., « Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 277 à 314.

GRUNVALD S., « Casier judiciaire », in G. LOPEZ, S. TZITZIS (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 119 à 122.

GUEDJ A., « L’homme public et la presse. Etude de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l’homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 917 à 935.

GUEDJ A., « Liberté et responsabilités en droit européen et international », in B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, pp. 137 à 144.

GUTWIRTH S., GONZÁLEZ FUSTER G., « L’éternel retour de la propriété des données : de l’insistance d’un mot d’ordre », in E. DEGRAVE, C. DE TERWANGNE, S. DUSOLLIER, R. QUECK (dir.), *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace. Droit, Normes et Libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 117 à 140.

HÄNGER A., « The consequences of the GDPR for archives and their users : an initial review », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 59 à 68.

HAUFERLIN J.-M., « Les dommages immatériels », in *Les assurances de l'entreprise*, coll. Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 161 à 166.

HAUSER J., « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société politique, Mélanges Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, pp. 503 à 510.

HÉBRAUD P., « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t° II, Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix-Marseille, 1979, pp. 1 à 58.

HUBIN J.-B., « La responsabilité du fait des robots – Le droit de la responsabilité à l'ère de la révolution numérique », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 257 à 280.

ISGOUR M., « Examen de la jurisprudence européenne récente en matière de droit à l'image des personnes physiques et d'image de marque des personnes morales », in *Droits de la personnalité*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2013, pp. 47 à 98.

ISGOUR M., « La presse, sa liberté et ses responsabilités », in *Médias et droit*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 73 à 121.

ISGOUR M., « La réparation des atteintes au droit à la vie privée et au droit à l'honneur », in R. ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, pp. 81 à 165.

JACQUEMIN H., « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires. Etat des lieux et perspectives », in H. JACQUEMIN, M. DEGUELDRE, H. PREUMONT, Z. TRUSGNACH (coord.), *Responsabilités et numérique*, Coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 63 à 99.

JACQUEMIN, S. SOYEZ M., « Concepts de base », *Questions d'archivage*, Bruxelles, Politeia, 2016, pp. 33 à 44.

JADOUL P., « L'évolution de la prescription en droit civil », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 749 à 766.

JAFFERALI R., « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », in F. GLANSDORFF (dir.), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97 à 164.

JEULAND E., CHARBONNEAU C., « Réalité des délais de forclusion (ou préfix). Rapport français », in P. JOURDAIN, P. WERY (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, Coll. De la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 173 à 197.

JONGEN F., « Quand un juge mord un journaliste. Contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias », in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53 à 88.

JONGEN F., « Tendances récentes de développement de la responsabilité civile des médias écrits et audiovisuels », in B. DUBUISSON, P. JADOUL (dir.), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil : questions d'actualité*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 183 à 213.

JONGEN F., DONY C., « La liberté de la presse », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 845 à 864.

JOURET J., DEBEUCKELAERE W., « Processing for archiving purposes in the GDPR », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 27 à 40.

KITERI G., « Les droits fondamentaux des personnes morales », in *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques: actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012*, Coll. « Colloques & Essais », Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 77 à 88.

KORENHOF P., AUSLOOS J., SZEKELY I., AMBROSE M., SARTOR G., LEENES R., *Timing the Right to Be Forgotten. A study into "time" as a factor in deciding about retention or erasure of data*, working paper, panel à la Computers, Privacy and Data Protection Conference 2014, disponible sur le site suivant, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2436436, mis en ligne le 15 mai 2014, consulté le 28 novembre 2018.

KRANENBORG H., « Article 8. Protection of Personal Data », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, pp. 223 à 265.

KRENC F., TULKENS F., « La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli », in *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 289 à 306.

LEMMENS K., « Respect de la vie privée et de la personnalité », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 901 à 931.

LEMMENS K., « Rik, Johnny, François, Caroline et les autres : la vie privée des personnes publiques », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 71 à 91.

LEMMENS P., VAN LEUVEN N., « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 111 à 146.

LEMOINE H., RICARD B., « Les données personnelles dans les archives publiques françaises : loi, accès et sécurité », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 69 à 78.

LÉONARD T., « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet : une application délicate », in M. SALMON (dir.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 123 à 150.

LÉONARD T., POULLET Y., « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in F. RIGAUX (dir.), *La vie privée : une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 231 à 277.

LEVASSEUR G., « Réflexions sur l'exceptio veritatis », in *Mélanges Chavannes*, Paris, Litec, 1990, pp. 111 à 133.

LORAUX N., « De l'amnistie et de son contraire », in *Usages de l'oubli*, Colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, pp. 23 à 48.

LORENT A., « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes. Calomnie et diffamation », *Droit pénal et procédure pénale*, Waterloo, Kluwer, Suppl. 10, 1^{er} janvier 2005, pp. 1 à 155.

MACKAAY E., « The Public's Right to Information », in W. F. KORTHALS ALTES, E. J. DOMMERING, P. B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL, (eds), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, pp. 167 et s.

MACKAAY E., « The Public's Right to Information », in W. F. KORTHALS ALTES, E. J. DOMMERING, P. B. HUGENHOLTZ, J. J. C. KABEL (eds), *Information Law Towards the 21st Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, pp. 167 et s.

MAHON P., « Un “droit à l'oubli” ? », in P. ZEN-RUFFINEN (coord.), *Le temps et le droit. Recueil des travaux offerts à la journée de la Société suisse des juristes 2008*, Coll. Neuchâteloise, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, pp. 195 à 221.

MARIA BELSER E., « Zur rechtlichen Tragweite des Grundrechts auf Datenschutz : Missbrauchsschutz oder Schutz der informationellen Selbstbestimmung ? », in A. EPINEY, T. FASNACHT, G. BLASER, (dir.), *Instrumente zur Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Instruments de mise en œuvre du droit à l'autodétermination informationnelle*, Bâle, Schulthess, 2013, pp. 19 à 45.

MARTENS P., « Le contrôle juridictionnel de l'audiovisuel », in F. JONGEN (dir.), *Médias et service public*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 243 et s.

MARTENS P., « Temps, mémoire, oubli et droit », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 729 à 736.

MARTENS P., « Temps, mémoire, oubli et droit », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCKOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, *L'accélération du temps juridique*, Collection générale n° 83, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 729 à 736.

MATSOPOULOU H., « L'oubli en droit pénal », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 771 à 806.

MEULDERS-KLEIN M.-T., « L'irrésistible ascension de la “vie privée” au sein des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 305 et s.

MONTERO E., « La responsabilité civile des médias », in A. STROWEL, F. TULKENS, B. DEJEMEPPE (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 95 à 134.

MONTERO E., JACQUEMIN H., « La responsabilité civile des médias », in *Responsabilités. Traités théorique et pratique*, Kluwer, 2003.

NEISSER U., « Memory: What are the important questions ? », in M. M. GRUNEBERG, P. E. MORRIS, R. N. SYKES (éd.), *Practical aspects of memory*, Londres, Academic Press, pp.

NIHOUL M., « La liberté d'expression académique des acteurs de l'enseignement et de la recherche (enseignants, chercheurs et étudiants) selon la Cour européenne des droits de l'homme », in A.-C. RASSON, N. RENUART, H. VUYE (coord.), *Six figures de la liberté d'expression*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 67 à 113.

NOËL M.-P., « Les délais préfix », in P. JOURDAIN, P. WERY (dir.), *La prescription extinctive. Etudes de droit comparé*, coll. de la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 131 et 132.

OLIVER P., « Privacy and Data Protection : The Rights of Economic Actors », in S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015, pp. 287 à 319.

OST F., « La vie de la loi, l'usure du temps. Le droit transitoire des modifications jurisprudentielles », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (coord.), *Le temps, la justice et le droit. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Limoges, Presse Universitaires de Limoges, 2004, pp. 100 et s.

OST F., « Les multiples temps du droit », in J.-J. AUSTRUY, P. BAUCHET, e.a., *Le droit et le futur*, IIIème colloque de l'association française de philosophie du droit, coll. Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris, Paris, P.U.F., 1985, pp. 115 à 153.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., « De la scène au balcon, d'où vient la science du droit », in F. CHAZEL, J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Coll. Droit et Société, Paris, LGDJ, 1991, pp. 67 à 80.

PINO G., « The right to personal identity in Italian private law : Constitutional interpretation and judge-made rights », in M. VAN HOECKE, F. OST (dir.), *The harmonization of private law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 225 à 237.

POULLET Y., « En guise de préface », in B. DOCQUIR, *Le droit à la vie privée*, coll. Droit actuel, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2008, pp. 9 à 17.

POULLET Y., LEROUGE J., « La responsabilité des acteurs de l'internet », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1043 à 1103.

POULLET Y., ROUVROY A., « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL (dir.), *Etat de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 157 à 222.

PROST A., « Transitions et interférences », in P. ARIES, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée. De la première guerre mondiale à nos jours*, t° V, *De la première guerre mondiale à nos jours*, coll. Points Histoire, Paris, Seuil, 1999, pp. 13 à 153

REMOND R., « Pourquoi abroger les lois mémorielles ? », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 174 et 175.

RENDERS D., GORS B., « Considérations sur l'abrogation de l'acte administratif réglementaire », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 510 à 520.

RIMANQUE K., « Het wankle evenwichtspunt waar de vrijheid van expressie en andere grondrechten elkaar raken », in Interuniversitair Centrum Mensenrechten, *Mensenrechten. Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 1995-1996*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 145 à 160.

RIMANQUE K., « Noodzakelijkheid in een democratische samenleving – een begrenzing van beperkingen aan grondrechten », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 1217 à 1234.

RINGELHEIM J., « Recueil des données personnelles et lutte contre les discriminations. Une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2008, pp. 91 et s.

ROLLAND L., « L'analyse rhétorique du discours judiciaires : du temps argumentatif au temps normatif », in P.-A. COTE, J. FREMONT, *Le temps et le droit. Actes du 4^e congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1996, pp. 33 à 44.

ROSIER K., DELFORGE A., « Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 665 à 700.

ROSSETTO J., « La constitutionnalité des lois mémorielles », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, p. 94.

ROTH R., « Le juge et l'histoire », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (dir.), *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 3 à 11.

SERON V., « Le casier judiciaire : entre mémoire et oubli », in A. MASSET, P. TRAEST (coord.), *L'exécution des peines. De Strafvueroering*, coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de Criminologie, n° 13, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 105 à 140.

SIMAR N., DE ZUTTER L., MATERNE I., FIFI M., « Questions sur le décès », in B. DUBUISSON (dir.), *Le dommage et sa réparation*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 89 à 126.

STAROSSELETS T., « Effets de la nullité », in P. WÉRY (coord.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 229 à 277.

STROWEL A., « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte-rendu vient le temps du silence », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 737 à 748.

STROWEL A., « Le droit à l'oubli du condamné: après le moment du compte rendu, vient le temps du silence », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Collection générale n° 83, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 737 à 748.

STROWEL A., « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 251 à 268.

STROWEL A., « Les données : des ressources en quête de propriété. Regards sur quelques développements récents en droit européen », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 251 à 268.

STROWEL A., TULKENS F., « Liberté d'expression et droits concurrents : du juge de l'urgence au juge européen de la proportionnalité », *Médias et Droit*, coll. Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 5 à 72.

SUDRE F., « Article II-67 – Respect de la vie privée et familiale », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 110 à 121.

SUDRE F., « Rapport introductif. La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11 et s.

TAMBERLIN B., « Rapport général présenté à l'occasion du X^e congrès de l'association internationale des hautes juridictions administratives », in *Le contrôle des décisions administratives par les cours et tribunaux administratifs*, Paris, La Documentation française, 2013, pp. 27 à 73.

TASSONE L., « La protection des données dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in A. GROSJEAN (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 53 à 70.

TELLER M., « Les droits de l'homme de l'entreprise », in L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (coord.), *Droits économiques et droit de l'homme*, coll. Droit – Economie – International, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 257 à 267.

TETU J.-F., « L'actualité ou l'impasse du temps », in *Sciences de l'information et de la communication, Textes essentiels*, Paris, Larousse, 1993, pp. 713 à 722.

THAMER H. U., « Le “devoir de mémoire”. Débats intellectuels et praxis culturelle en Allemagne », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l'Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l'éclat, 2014, pp. 131 et s.

TINIÈRE R., « Article 8. Protection des données à caractère personnel », in PICOD F., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), RIZCALLAH C. (collab.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 185 à 204.

TOMBAL T., « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER, *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 407 à 557.

TRIAILLE J.-P., « The exception for scientific research under the EU copyright law and EU privacy law », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 283 à 289.

TRUCHET D., « A propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, t° II, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1595 à 1603.

TULKENS F., « Accélération du temps et sécurité juridique : poison et contre-poison », in P. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 469 à 488.

TULKENS F., « La liberté d'expression », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 821 à 844.

TULKENS F., « Le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme », in S. GABORIAU, H. PAULIAT (coord.), *Le Temps, la Justice et le Droit. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Limoges, Presse Universitaires de Limoges, 2004, pp. 207 à 232.

V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. DUBUISSON, N. SIMAR, *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. CUP, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 à 46.

VAN DE KERCHOVE M., « Accélération de la justice pénale et traitement en 'temps réel' », in F. OST, M. VAN HOECKE (coord.), *Temps et droit. Le droit a-t-il vocation à durer ? – Time and law. Is the nature of law to last ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 367 à 384.

VAN DER BREMPT M., « Lecture de "Sanction, réhabilitation, pardon" de P. Ricœur : chronique d'un dialogue manqué », in F.-X. DRUET, E. GANTY (coord.), *Rendre justice au droit. En lisant Le Juste de Paul Ricœur*, Presses universitaires de Namur, 1999, pp. 251 à 268.

VAN DROOGHENBROECK J.-F., JACMAIN S., BRIJS S., « Un peu de droit judiciaire... », in A. ZENNER, M. DAL (dir.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 193 à 240.

VAN DROOGHENBROECK S., « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile ? », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139 à 174.

VAN DROOGHENBROECK S., DETROUX L., BONBLED N., « Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points ? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision » in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles* Limal – Bruxelles, Anthemis – Université Saint-Louis, 2012, pp. 635 à 671.

VAN EECHE P., CRADDOCK P., « The right to be forgotten ... and to remember! », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 41 à 57.

VAN ENIS Q., « Des "autoroutes de l'information" aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ? », in C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, S. DUSOLLIER (dir.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poullet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 715 à 746.

VAN ENIS Q., « La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection des données à caractère personnel dans le RGPD », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 763 à 795.

VAN GYSEGHEM J.-M., « Les catégories particulières de données à caractère personnel », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 255 à 284.

- VAN HONACKER K., « GDPR and processing for archiving purposes in the public interest : an introduction », in K. VAN HONACKER (dir.), *The right to be forgotten vs the right to remember. Data protection and archiving in the public interest*, Bruxelles, VUBPress, 2018, pp. 11 à 26.
- VAN MEERBEECK J., « Repenser la théorie moderne des nullités », in C. DELFORGE, J. VAN MEERBEECK (coord.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7 à 38.
- VAN OEVELEN A., « Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen », in K. RIMANQUE, (coord.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, pp. 421 à 461.
- VAN OMMESLAGHE P., « Le concept de l’“alternative légitime” en droit de la responsabilité civile », in *La justice : enjeux et perspectives pour demain*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 131 à 137.
- VANDENBERGHE H., « Gemeenrechtelijke aansprakelijkheid voor geschreven persbijdragen », in L. NEELS (dir.), *Mediarecht*, 1983, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 3 à 36.
- VANRECK O., « Impacts du Règlement général sur la protection des données dans le domaine de l’archivage », in C. DE TERWANGNE, K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 837 à 863.
- VATTIMO G., « L’impossible oubli », in *Usages de l’oubli*, Colloque de Royaumont, Paris, Editions du Seuil, 1988, pp. 77 à 89.
- VAUDAY P., « Sujet à mémoire », in C. LARSONNEUR, A. REGNAULD, P. CASSOU-NOGUÈS, S. TOUIZA, *Le sujet digital*, Dijon, Les presses du réel, 2015, pp. 100 à 113.
- VEDEL G., « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in D. MAUS, J. BOUGRAB (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2005, pp. 54 et s.
- VELAERS J., « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake vrijheid van media », *Mensenrechten 1995-1996*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 83 à 109.
- VELAERS J., « Vrijheid en verantwoordelijkheid : twee grondwettelijke waaren. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet » (Colloque organisé par la Commission Justice du Sénat), *Justice & Médias*, n° 7-8-9, décembre 1995, pp. 81 à 100.
- VELU J., « La Convention européenne des droits de l’homme et les personnes morales de droit public », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t° 1, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 589 à 617.
- VELU S., « Le juge des référés et la liberté d’expression », in *Présence du droit public et des droits de l’homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t° 3, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1757 à 1797.
- VERDUSSEN M., « L’amnistie, un pardon juridique gravé dans la mémoire collective », in *Liber amicorum Henri-D. Bosly : loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, La Charte, 2009, pp. 437 à 442.
- VERHOVEN J., « Les conceptions et les implications du temps en droit international », in Société française pour le droit international, *Le droit international et le temps*, colloque de Paris, Paris, A. Pedone, pp. 9 à 34.
- VESTED-HANSEN J., « Article 7. Respect for Private and Family Life », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford-Portland, Hart-Publishing, 2014, pp. 153 à 182.

VILAIN J., « Le “droit à l’oubli” : d’une protection des particuliers vers une extension aux entreprises ? », in *Les entreprises et l’e-Business*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 155 à 188.

WAUTELET P., « Les garanties de la non-discrimination : sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination », in P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre les discriminations dans tous ses états*, coll. CUP, Liège Anthemis, 2009, pp. 215 à 248.

WERY P., « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité », in B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l’Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 59 à 128.

WÉRY P., « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in P. WÉRY (coord.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 à 32.

WIEVIORKA A., « L’abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? Les lois mémorielles et l’Histoire*, coll. Bibliothèque des fondations, Paris, Editions de l’éclat, 2014, *op. cit.*, pp. 177 à 186.

YERUSHALMI Y. H., « Réflexions sur l’oubli », in *Usages de l’oubli*, Colloque de Royaumont, Editions du Seuil, Paris, 1988, pp. 7 à 22.

C. Articles de périodiques

- ABITBOL E., note sous C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, pp. 112 à 113.
- ABITBOL E., note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, p. 290.
- ABRAMOWSKI E., « La résistance de l'oublié et les sentiments génériques », *Journal de Psychologie Normale et Pathologique*, 1910/4, pp. 301 à 331.
- ADAM A., ENGLEBERT J., « Le néo-journalisme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.I.*, 2013/2, pp. 9 à 26.
- ADER B., « La protection de la vie privée en droit positif français », *Legicom*, 1999/4, pp. 5 à 8.
- AFROUKH M., « Les critères “Von Hannover n° 2” dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme : une attractivité équivoque », *Rev. trim. D.H.*, 2018/115, pp. 593 à 611.
- ALBERT P., « L'oubli en train de se faire », *Revue ¿ Interrogations ?*, 2006/3, <http://www.revue-interrogations.org/L-oubli-en-train-de-se-faire>, 5 p.
- AMBROSE M. L., AUSLOOS J., « The Right to Be Forgotten Across the Pond », *Journal of Information Policy*, 2013/3, pp. 1 à 23.
- ARAMAZANI A., « Le droit à l'oubli et internet », *R.D.T.I.*, 2011/2, pp. 34 à 49.
- ARONSTEIN C., « Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation », *J.T.*, 1971, pp. 453 à 460.
- ASSOUN P.-L., « Le sujet de l'oubli selon Freud », *Communications*, 1989/49 (*La mémoire et l'oubli*), pp. 97 à 111.
- AUSLOOS J. VAN ALSENOY B., note sous C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, A&M*, 2014/5, pp. 411 à 416.
- AUVRET P., « Le Conseil constitutionnel consacre la seule répression de la calomnie », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Légipresse*, 2011/285, pp. 407 à 411.
- AVRIL P., GICQUEL J., « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 2006/4 (*La démocratie sous contrôle médiatique*), pp. 149 à 170.
- AZZI T., « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, pp. 227 et s.
- BADINTER R., « Le droit au respect de la vie privée », *J.C.P.*, 1968, doctrine 2136.
- BARCENA F.-X., « La rétractation : voie de recours extraordinaire et exceptionnelle ? », *CDPK*, 2012, p. 174 à 196.
- BARTOLINI C., SIRY L., « The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject », *Computer Law & Security Review*, 2016/32, pp. 218 à 237.
- BATSELÉ D., « Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges », *Rev. trim. D.H.*, 2001, pp. 321 à 342.
- BAZIER P., « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 2010 et Cass. (1^{ère} ch.), 6 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 393 à 403.

BECKENDORF I., « Autorisation de tournage d'une fiction inspirée d'une prise d'otages, malgré les droits de la personnalité du preneur d'otage », note sous Landgericht Aachen, 24 mai 2016, 8 O 168/16, www.merlin.obs.coe.int, consulté le 28 mai 2018.

BELLANOVA R., DE HERT P., « le cas S. et Marper et les données personnelles : l'horloge de la stigmatisation stoppée par un arrêt européen », *Cultures & Conflits*, 2009/79, pp. 101 à 113.

BENABOU V.-L., ROCHFELD, J., « Les moteurs de recherché, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1476 à 1485.

BERLEUR J., POULLET Y., « Le droit à la vie privée selon le projet Gol », *J.T.*, 1982, pp. 769 à 771.

BERTRAMS K., DE BROUX P.-O., « Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ? », *Rev. dr. ULB*, Bruxelles, Bruylant, 2007/1, pp. 75 à 134.

BIENENSTOCK M., « Le devoir de mémoire : un impératif ? », *Les Temps Modernes*, 2010/4, pp. 98 à 115.

BIGOT C., « La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers », *Legicom*, 1995/4, pp. 28 à 35.

BIGOT C., « La protection de la vie privée des hommes politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Légicom*, 2015/1, pp. 113 à 118.

BIZET T., « L'ambition individualiste de l'autodétermination informationnelle », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, 2017/3, disponible à l'adresse suivante, www.ojs.imodev.org, consulté le 10 janvier 2019, 11 p.

BOMBOIS T., DUBOIS C., « “La chenille et le référé” – Quelques observations sur le contrôle et la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004, pp. 296 à 323.

BONBLED N., LYS M., « L'affaire Leempoel et Ciné Revue : le mot de la fin? La commission d'enquête parlementaire dans le cadre de l'affaire Dutroux, les médias et l'art. 10 Conv. eur. D.H. », note sous Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. Editions Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, *J.T.*, 2006, pp. 789 à 792.

BONFOND O., « La constitutionnalité de la loi Gayssot : le risque d'un devoir de mémoire sélective ? », note sous Cons. const. fr., 8 janvier 2016, *Rev. dr. ULG*, 2016/2, pp. 400 à 411.

BOSSUYT A., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005/6201, pp. 725 à 736.

BOULANGER M.-H., DE TERWANGNE C., LÉONARD T., LOUVEAUX S., MOREAU D., POULLET Y., « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 1^{ère} partie », *J.T. dr. eur.*, 1997, pp. 121 à 127.

BOULANGER M.-H., DE TERWANGNE C., LÉONARD T., LOUVEAUX S., MOREAU D., POULLET Y., « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire. 2^{ème} partie », *J.T. dr. eur.*, 1997, pp. 145 à 155.

BOULANGER M.-H., DE TERWANGNE C., LÉONARD T., « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, pp. 369 à 388.

BOULOC B., « L'amnistie d'un sportif de haut niveau », *D.*, 2006, p. 1473.

BOURGEOIS C., « Réflexions à propos de l'anonymisation des décisions de justice publiées sur support numérique », *Communication Commerce électronique*, 2004/6, étude 16, disponible sur le site www.Lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018).

BOUVIER D., « La mémoire et la mort dans l'épopée homérique », *Kernos, Revue internationale et pluridisciplinaire de religion grecque antique*, 1999/12, pp. 57 à 71.

BREWAEYS E., « De grondwettigheid van een gerechtelijk publicatieverbod », note sous civ. Anvers, 10 septembre 1985, *R.W.*, 1986-87, col. 810 à 813.

BREWAEYS E., « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid », note sous C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, *R.W.*, 2006-07, pp. 1342 à 1347.

BROWN J., « Some tests of the decay theory of immediate memory », *Quartely Journal of Experimental Psychology*, 1958/10, pp. 12 à 21.

BRUNET F., « De la censure constitutionnelle de la loi 'visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi' », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, avril-juin 2012, pp. 343 à 351.

BURTON C., POULLET Y., « A propos de l'avis de la Commission de protection de la vie privée du 15 juin 2005 sur un encadrement des listes noires », *R.D.T.I.*, 2005/23, pp. 102 à 122.

CAIRE A.-B., « Propos introductifs », *La Revue, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 25 mars 2005*, 2016/8, pp. 7 à 11.

CANNIE H., « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », note sous Corr. Nivelles (2^e ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, spéc. pp. 198 à 201.

CARBONNIER J., « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, chron. 99.

CARIAT N., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les juridictions belges. Quelques balises pour une application prometteuse », *J.T.*, 2010, pp. 105 à 110.

CARTIER E., « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/3, pp. 509 à 534.

CASAROSA F., « The right of reply – The Challenge of new media », *R.D.T.I.*, 2013/51, pp. 63 à 73.

CASSART A., HENROTTE J., « Arrêt Google Spain: la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli », note sous C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, J.L.M.B.*, 2014, pp. 1183 à 1191.

CASTILLE V., « Journalisten scoren in Straatsburg », note sous Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92, *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, pp. 287 à 296.

CATALA P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.S.*, 1984, chron. XVII, p. 97 et s.

CAUFRIEZ P., LENTZEN E., « Trente ans de radio en Communauté française (1978-2008) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2009/2033-2034, pp. 5 à 104.

CHANDERNAGOR F., « Historiens, changez de métier ! », *L'Histoire*, 2007/317, pp. 54 à 61.

CHARRON J., « La nature politique du journalisme politique », *Les études de communication publique*, cahier n° 15, Laval, 2000, 55 p.

CLEMENT-FONTAINE M., « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », note sous Cass., 29 avril 2016 et Cass. fr. (ch. civ. 1), 12 mai 2016, *A&M*, 2016/5-6, pp. 453 à 459.

COHEN J., « Property as institutions for resources: lessons from and for IP », *Texas Law Review*, 2015/94, pp. 1 à 57.

COHEN-JONATHAN G., « Négationnisme et droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 1997, pp. 571 à 597.

COHEN-JONATHAN G., « Progrès technique et droits de l'homme : conclusion », *Rev. trim. D.H.*, 2003/54, pp. 724 à 744.

CONAN M., « Amnistie présidentielle et tradition », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2001/9-10, pp. 1305 à 1356.

CONINGS C., « Herstel in eer en rechten », note sous C.c., 8 mars 2012, n° 41/2012, *N.j.W.*, 2012/265, p. 467.

CONTE P., « Loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; exceptio veritatis : abrogation par le Conseil constitutionnel du c) de l'article 35 », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2013/3, pp. 648 à 650.

COQUIN C., « Deux aspects de l'évolution du concept d'oubli en droit pénal », *Archives de politique criminelle*, 1998/20, p. 33 à 43.

CORCOS M., « La mémoire et l'oubli, de la psychanalyse aux neurosciences », *Le Carnet PSY*, 2008/3, pp. 32 à 35.

CORDIER F., « L'atteinte à l'intimité de la vie privée en droit pénal et les médias », *Legicom*, 1999/4, pp. 85 à 93.

CORNELIS L., « Rechtsverwerking : een toepassing van de goede trouw ? », *T.P.R.*, 1990, pp. 545 à 644.

CORNELIS L., VUILLARD I., « La notion de dommage réparable », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, Waterloo, Kluwer, mis à jour au 30 septembre 2000.

COSTAZ C., « Le droit à l'oubli », *Gaz. Pal.*, 1995, pp. 961 à 965.

CRUYSMANS E., « Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression : le deuxième arrêt von Hannover tourne en défaveur de Caroline de Monaco », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne* (n° 2), req. 40660/08, *J.L.M.B.*, 2012/17, pp. 784 à 790.

CRUYSMANS E., « Le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression », note sous Civ. Bruxelles (comme en réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, pp. 270 à 274.

CRUYSMANS E., « Les plans de fréquences en Communauté française et le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 2012/1, pp. 49 à 95.

CRUYSMANS E., « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli », note sous Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014 et Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, pp. 1972 à 1980.

CRUYSMANS E., « Publicité des partis politiques hors période électorale : l'interdiction est désormais levée », note sous C.c., 22 décembre 2010, n° 161/2010, *A&M*, 2011/4-5, pp. 562 à 565.

CRUYSMANS E., « Racisme, blasphème et liberté d'expression. Aperçu de la jurisprudence "anti-hate speech" belge francophone », *A&M*, Actes du colloque du 28 avril 2016, 2016/1, pp. 71 à 90.

CRUYSMANS E., JACQMIN L., « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? », note sous civ. Bruges, 30 avril 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15025.

CRUYSMANS E., MARIQUE E., « Quand l'oubli s'immisce en droit des sociétés : vers une limitation de l'accès aux données contenues dans les registres des sociétés ? », note sous C.J.U.E., 9 mars 2017, C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*, *R.P.S./T.V.R.*, 2017/7, pp. 921 à 930.

CRUYSMANS E., STROWEL A., « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" », *J.T.*, 2014, pp. 457 à 459.

CRUYSMANS E., STROWEL A., « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données "inadéquates, non pertinentes ou excessives" », note sous C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, *J.T.*, 2014, pp. 457 à 459.

CULNAN M., « Protecting Privacy Online : Is Self-regulation Working ? », *Journal of Public Policy Market*, 2000, pp. 20 à 27.

D'ANTIN O., BROSSOLLET L., « Le domaine de la vie privée et sa délimitation jurisprudentielle », *Legicom*, 1999/4, pp. 9 à 19.

DABIN J., LAGASSE A., « Examen de jurisprudence (1939-1948). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1949, pp. 50 à 96.

DAL G.-A., « L'anonymisation des décisions de justice », *J.T.*, 2019, p. 441.

DALCQ R.O., SCHAMPS G., « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Deuxième partie », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 663 à 777.

DARSONVILLE A., « Droit pénal de la presse. Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011 : exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Constitutions*, 2011/4, pp. 537 à 540.

DE BELLESCIZE D., « QPC et loi de 1881 », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC, *Constitutions*, 2013/2, pp. 248 à 252.

DE BELLESCIZE D., « Inconstitutionnalité de l'interdiction d'évoquer des faits de plus de dix ans », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Constitutions*, 2011/3, pp. 388 à 395.

DE BROUWER J., « Détenus et droit à l'image : les criminels au musée Grévin », *J.T.*, 2007, p. 286.

DE CLERCQ C., DECHAMPS F., « Internet à l'épreuve du droit ou le droit à l'épreuve d'internet – Une analyse au regard de la problématique de l'étendue géographique du droit européen au déréférencement », *J.T.*, 2017, pp. 669 à 681.

DE COSTER S.-P., « Les radios privées en Communauté française et le Conseil d'Etat », *A.P.T.*, 1998/22, pp. 12 à 41.

DE FONTBRESSIN P., « Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge », note sous Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92, *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 581 à 587.

DE HERT P., « De parlementaire onderzoekscommissie 'Dutroux' en de pers », note sous Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. Editions Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, *A&M*, 2007/1-2, pp. 144 à 147.

DE LIEDEKERKE J., « La protection de la personnalité en droit privé belge », *J.T.*, 1959, pp. 413 et s.

DE MEYER J., note sous civ. Anvers (réf.), 13 avril 1979, *R.W.*, 1978-79, col. 2824.

DE PRINS D., « De burgerlijke rechter en de persvrijheid », *R.W.*, 2000-2001, col. 1445 à 1456.

DE RAEDT S., « La portée du droit au respect de la vie privée et le droit de visite de l'administration fiscale – L'importance de l'arrêt *Bernh Larsen* nuancée », *Revue générale du contentieux fiscal*, 2015/3, pp. 153 à 186.

DE RAULIN A., « Les relations droit-mémoire en droit international et interne : les évolutions récentes », *R.D.I.D.C.*, 2013/1, pp. 37 à 65.

DE SCHEPPER K., VAN DE HEYNING C., « De strafrechtelijke aansprakelijkheid van een internetnieuwsportaal voor zijn lezersreacties : het arrest Delfi in de Belgische strafrechtelijke context », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, *T. Strafr.*, 2016/4, pp. 282 à 294.

DE TERWANGNE C., « Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles », *R.D.T.I.*, 2004, pp. 81 à 99.

DE TERWANGNE C., « Diffusion de la jurisprudence via internet dans les pays de l'Union européenne et règles applicables aux données personnelles », *Petites affiches*, 2005/194, pp. 4 à 55.

DE TERWANGNE C., « L'étendue dans le temps du droit d'accès aux informations sur les destinataires de données à caractère personnel », note sous C.J.C.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. m.e.e. Rijkeboer*, *R.T.D.I.*, 2011/43, pp. 65 à 81.

DE TERWANGNE C., « Les dérogations à la protection des données en faveur des activités de journalisme enfin élucidées », note sous C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Tietosuojaalvautettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy*, C-73/07, *R.D.T.I.*, 2010/38, pp. 121 à 144.

DE TERWANGNE C., ROSIER K., LOSDYCK B., « Lignes de force du nouveau Règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *R.D.T.I.*, 2016/62, pp. 5 à 56.

DEBET A., « Anonymisation des décisions de justice – Une sanction de la CNIL contre une base de données de jurisprudence validée par le Conseil d'Etat », note sous C.E. fr., 23 mars 2015, n° 353717, *Communication Commerce électronique*, 2015/6, comm. 52, disponible à l'adresse suivante, www.lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018).

DEBET A., « Données personnelles, droit à l'oubli et droit à l'information du public », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation*, 14 février 2016, 27 février 2017, pp. 36 et 37.

DEFREYNE E., « Le droit à l'oubli et les archives journalistiques », *R.D.T.I.*, 2013/2, pp. 75 à 98.

DEGIRMENCI S., « La liberté d'expression aux prises avec la protection contre la diffamation, une « vérité » sans cesse extirpée de son puits par les juges de la rue Montpensier », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC, *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 19 août 2013, 10 p.

DEGRAVE E., « Copies d'examen et protection des données à caractère personnel », note sous C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, J.T., 2018, pp. 481 à 484.

DEGRAVE E., LACHAPPELLE A., « Le droit d'accès du contribuable à ses données à caractère personnel et la lutte contre la fraude fiscale », note sous C. const., 27 mars 2014, arrêt n° 51/2014, *R.G.C.F.* 2014, pp. 322 à 335.

DELAHAYE T., « Péremption et prescription du lien d'instance », obs. sous Comm. Bruxelles, 14 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1306 à 1311.

DELATTE J.-R., « Le retrait des actes administratifs individuels », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1995, pp. 93 à 116.

DELICH F., « La construction sociale de la mémoire », *Diogène*, 2003/1, pp. 69 à 81.

DERIEUX E., « Vie privée et donnée personnelle – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, pp. 21 à 33.

DERIEUX E., « Vie privée et données personnelles – Droit à la protection et “droit à l'oubli” face à la liberté d'expression », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/3, pp. 21 à 33.

DEVRESSE J., GRANDJEAN G., « Consensus et concurrence mémorielles : un enjeu pour les médias », *Cahiers Mémoires et Politiques. Médias en jeu, enjeux de mémoire*, 2014/2, disponible à l'adresse suivante, <http://popups.ulg.ac.be/2295-0311/index.php?id=88>.

DHOMMEAUX J., « Liberté d'expression et négationnisme. La loi Gayssot et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : l'affaire R. Faurisson devant le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU », *Revue juridique de l'Ouest*, 1997/3, pp. 251 à 264, disponible sur le site www.persee.fr.

DOCQUIR B., « Accès à la tribune médiatique par voie publicitaire : l'annonce de l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels n'était pourtant pas nécessaire », note sous C.c., 22 décembre 2010, n° 161/2010, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 505 à 511.

DOCQUIR B., « Arrêt *Satamedia* : la (re)diffusion d'informations publiques dans les médias et les exigences de la protection des données », *R.E.D.C.*, 2009, pp. 560 à 581.

DCOQUIR B., « Quelques observations complémentaires sur la publication des décisions », *J.T.*, 2019, pp. 449 à 452.

DOCQUIR P., « L'arrêt “Caroline de Monaco” de la Cour européenne des droits de l'homme : La liberté de la presse subordonnée à la qualité d'informations ? », note sous Cour eur. D.H., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00, *Journ. jur.*, 2004/35, pp. 10 à 11.

DOCQUIR P.-F., « Le ‘droit de réponse 2.0’ ou la tentation d'un droit subjectif d'accès à la tribune médiatique », *Rev. droit U.L.B.*, 2007/1 (*Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*), pp. 289 à 313.

DOCQUIR P.-F., VAN ENIS Q., « L'arrêt *Delfi c. Estonie* de la Cour européenne des droits de l'homme : un grand coup de froid pour la liberté d'expression en ligne », note sous Cour eur.

D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 7 juillet 2015.

DONY C., « La presse, une notion que le Constituant tarde à (re)définir... », obs. sous Civ. Bruxelles (75^e ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010/3, pp. 137 à 142.

DOS REMEDIOS FONTES SILVA M., « La question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme », *Principios*, 1998/6, pp. 140 et 141.

DREYER E., « Du caractère fondamental de certains droits », *Revue de la Recherche Juridique*, 2006/2, pp. 551 à 580.

DREYER E., « Exception de vérité », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *D.*, 2012/12, p. 771.

DREYER E., « Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (janvier 2006-janvier 2007) », note sous Cour eur. D.H., 7 novembre 2007, *Mamère c. France*, req. 12697/03, *Rev. trim. D.H.*, 2007, pp. 615 à 640.

DROIN N., « L'exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : chronique d'une disparition annoncée en France », *Rev. trim. D.H.*, 2012/89, pp. 201 à 214.

DUBUISSON B., « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, pp. 746 à 754.

DUMORTIER J., « Bekendmaking van disciplinaire schorsingen van sportbeoefenaars op een door de Vlaamse Regering gepubliceerde website », note sous C.c., 19 janvier 2005, n° 16/2005, *Computerr.*, 2005/3, pp. 138 et 139.

DUPRE DE BOULOIS X., « La personne morale, la vie privée et le référé (commentaire sous Cass. civ. 1, 17 mars 2016, n° 15-14072 », www.revuedlf.com, consulté le 11 mai 2018, 6 p.

DUPRE DE BOULOIS X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2^{ème} partie », *RDLF*, 2011, chron. n° 17, www.revuedlf.com, consulté le 11 mai 2018, 6 p.

DUPRE DE BOULOIS X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1^{ère} partie », *RDLF*, 2011, chron. n° 15, www.revuedlf.com, consulté le 11 mai 2015, 5 p.

DUPRE DE BOULOIS X., « Les droits fondamentaux des personnes morales – 3^{ème} partie », *RDLF*, 2012, chron. n° 1, www.revuedlf.com, consulté le 11 mai 2018, 3 p.

DUSOLLIER S., « Responsabilités des intermédiaires de l'internet : un équilibre compromis ? », *R.T.D.I.*, 2007/29, pp. 269 à 272.

DUTHEIL DE LA ROHÈRE J., « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.C.L. Libertés*, fascicule 140.

ECO U., MIGIEL M. (traduc.), « An Ars Oblivionalis ? Forget it ! », *PMLA*, 1988/3, pp. 254 à 261.

EDELMAN B., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 2011, p. 897.

EDELMAN B., note sous Cass. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*S.A.R.L. G. R. Productions et autre c. Dame Jeanjacquot*) et Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*Génovès et autre c. Lelièvre*), *D.*, 1985, p. 490.

EDELMAN B., note sous Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 222.

EDELMAN M., note sous Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 6 janvier 1971, *D.*, 1971, p. 263.

EECKOUT J., « Effacement des condamnations et réhabilitation en matière pénale », *J.T.*, 1964, pp. 717 à 724.

EL BERHOUMI M., « Arrêt “Nowak” : les copies d’examen, nouveau terrain de la protection des données personnelles », *Journal de droit européen*, 2018, pp. 90 et 91.

ENGLEBERT J., « Le jugement de valeur, l’amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements », note sous Liège (3^{ème} ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, spéc. pp. 414 à 420.

ENGLEBERT J., « Quand y a-t-il “délit de presse” au regard de l’exigence de publicité ? », note sous Cass. (2^{ème} ch.), 18 janvier 2006, *A&M*, 2007/1-2, pp. 161 à 163.

ENGLEBERT J., FRYDMAN B., « Le contrôle judiciaire de la presse », *A&M*, 2002/6, pp. 485 à 503.

ERRERA C., « La vie privée des politiques, un tabou de la presse française », *Communication & Langages*, 2006, n° 148, pp. 81 à 102.

ESMEIN A., « L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreintes », *Rev. trim. civ.*, 1903, pp. 5 et s.

FAGNART J.-L., « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080.

FAUVARQUE-COSSON B., « La diffusion de la jurisprudence en Europe : jusqu’où anonymiser les décisions de justice ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l’open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016, 27 février 2017*, pp. 56 à 63.

FÉRAL-SCHUHL C., « Communication des décisions de justice : favoriser la liberté d’expression ou le droit à la vie privée ? », *Edition Multimédi@*, 2016/153, pp. 8 et 9.

FEYDEAU M. T., LACABARATS A., « Images d’actualité et protection de la personnalité : le point de la jurisprudence », *Légicom*, 1999/4, pp. 77 à 81.

FLAMÉE M., LÉONARD T., « La liberté de la presse à l’aune de la loi sur la protection des données : liberté responsable ou liberté surveillée ? », *R.G.D.C.*, 1997, pp. 5 à 44.

FLÜCKIGER A., « L’autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l’ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *Pratique juridique actuelle*, 2013/6, pp. 837 à 864.

FOEGLE J.-P., « Le Conseil d’Etat, héraut de la révolution numérique ? », *La revue des droits de l’homme*, disponible à l’adresse suivante, www.journalsopenedition.org/revdh/1038, mis en ligne le 30 décembre 2014, consulté le 10 janvier 2019.

FOIRRY A.-C., « Lois mémorielles, normativité et liberté d’expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe des évolutions possibles », *Pouvoirs*, 2012/4, pp. 141 à 156.

FOLIE S., « La publication et la communication des décisions disciplinaires au regard des attentes liées à la transparence », *Dr. pén. entr.*, 2010/2, pp. 95 à 103.

FOURMENT F., « Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : quand l’arbre de la Constitution française ne cache plus la forêt de la Convention européenne », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *La Gazette du Palais*, 12 juin 2011/163-167, pp. 12 et 13.

FRAISSINIER-AMIOT V., « La liberté d’expression des entreprises à l’aune des droits de l’homme européens », *R.L.D.A.*, 2010, pp. 81 à 87.

FRANCILLON J., « Preuve de la vérité de faits diffamatoires effacés par amnistie, prescription, réhabilitation ou révision (QPC) », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/3, pp. 574 à 576.

FRANÇOIS L., « Le droit français de la diffamation de nouveau sur la sellette. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Mamère c. France* du 7 novembre 2006 », note sous Cour eur. D.H., 7 novembre 2007, *Mamère c. France*, req. 12697/03, *Gaz. Pal.*, 2007, pp. 1538 à 1545.

FRANGI M., « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, pp. 241 et s.

FRANTZIOU E., « Further Developments in the Right to be Forgotten : The European Court of Justice's Judgement in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección », *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 761 à 777.

G. VAN MALDEREN, N. PEETERS, « Rechtsverwerking », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, décembre 2015, v.3, pp. 41 à 48.

GACON S., « Les amnisties de la guerre d'Algérie (1962-1982) », *Histoire de la justice*, 2005/1, pp. 271 à 279.

GARIBIAN S., « Droit, histoire, mémoire. Le négationnisme : exercice d'une liberté ou violation d'un droit ? », *Revue arménienne des questions contemporaines*, 2012/15, pp. 53 à 65, disponible sur le site www.journals.openedition.org/eac/438, mis en ligne le 1^{er} décembre 2014, consulté le 12 avril 2018.

GARIBIAN S., « La mémoire est-elle soluble dans le droit ? Des incertitudes nées de la décision n° 2012-647 DC du Conseil constitutionnel français », *Droit et cultures*, 2013/2, pp. 25 à 56, disponible sur le site <https://journals.openedition.org/droitcultures/3135>, mis en ligne le 20 janvier 2014, consulté le 12 avril 2018.

GARIBIAN S., « Pour une lecture juridique des quatre lois ‘mémorielles’ », *Esprit*, 2006, pp. 158 à 173.

GEFFRAY E., « L'ouverture des données judiciaires, attentes et initiatives. Anonymisation et pseudonymisation, quelle exigence pour quelle protection ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation*, 14 février 2016, 27 février 2017, pp. 41 à 43

GONZALEZ G., « Quel génocide arménien ? (obs. sous Cour eur. dr. h. (gde ch.), arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015) », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08, *Rev. trim. D.H.*, 2016/108, pp. 1019 à 1035.

GOTZEN F., « Le droit moral dans la nouvelle loi belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *Ing.-Cons.*, 1995, pp. 135 et s.

GUYON Y., « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », *AJDA*, 1998, pp. 136 et s.

HALPERIN J.-L., « Anecdote monégasque ou européanisation de la *privacy* ? », *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 340 à 342.

HANOTIAU M., « La censure de la presse écrite par le juge des référés », note sous civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A&M*, 1997/2, pp. 203 à 212.

HANOTIAU M., « La responsabilité en cascade en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 361 à 368.

- HANOTIAU M., « Le droit à l'information », *Rev. trim. D.H.*, 1993, pp. 23 à 56.
- HANOTIAU M., KADANER M., « Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel », *Rev. dr. ULB*, 1993, pp. 147 à 192.
- HASSLER T., « Droits de la personnalité : rediffusion et droit à l'oubli », *Recueil Dalloz*, 2007/40, p. 2829.
- HAYOIT DE TERMICOURT R., « Le délit de presse (Réquisitions devant la Cour d'appel de Bruxelles) », *P.P.*, 1938, p. 395.
- HENRIC L., « Le docufiction entre création originale et documentaire », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, 2018/12, disponible à l'adresse suivante, <http://journals.openedition.org/rfsic/3537>, mis en ligne le 1^{er} janvier 2018, consulté le 26 avril 2019.
- HERVIEU N., « La liberté d'expression des personnages politiques en droit européen : “de la démocratie à Strasbourg” », *CRDF*, 2010/8, pp. 103 à 114.
- HOCHMANN T., « Le problème des lois dites “mémorielles” sera-t-il résolu par les résolutions ? La référence à l'article 34-1 de la Constitution dans le discours contemporain sur les relations entre le Parlement et l'histoire », *Droit et culture*, 2013/2, pp. 57 à 69, disponible à l'adresse suivante, www.droitcultures.revues.org/3127, mis en ligne le 16 janvier 2014, consulté le 25 janvier 2017.
- HORNUNG G., SCHNABEL C., « Data protection in Germany I : The population census decision and the right to informational self-determination », *Computer Law & Security Review*, 2009/25, pp. 84 à 88.
- JACOBY L. L., « On interpreting the effects of repetition, Solving a problem versus remembering a solution », *Journal of Verbal Learning and Verbal Behaviour*, 1978/17, pp. 649 à 667.
- JACQUEMIN H., MONTERO E., PIRLOT DE CORBION S., « Le droit de réponse dans les médias », *R.D.T.I.*, 2007/27, pp. 31 à 66.
- JADOT B., « La radio et la télévision face au juge des référés », *Ann. dr. Louvain*, 1987, pp. 37 et s.
- JANSSENS K., DE MEESTE T., « De aansprakelijkheid van nieuwswebsites na de Delfi- en Magyar-arresten van het EHRM: Much Ado About Nothing? », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, *Computerr.*, 2016/2, pp. 101 à 112.
- JEAN J.-P., « Propos introductifs », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016, 27 février 2017*, pp. 9 à 12.
- JÈZE G., « Nature juridique de la grâce, de l'amnistie et de la grâce amnistiante », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1924, pp. 437 à 448.
- JOINET L., « L'amnistie. Le droit à la mémoire entre pardon et oubli », *Communications (La mémoire et l'oubli)*, 1989/49, pp. 213 à 224.
- JONGEN F., « Le juge est-il censeur ? », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, p. 1592.
- JONGEN F., « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *A&M*, 2013/5, pp. 332 à 347.
- JONGEN F., « Y a-t-il un droit de savoir ? », *Juger*, 1995, n° 8/9/10, pp. 17 à 22.

JOZWIAK M., « The Scale Matters : The ECtHR Grand Chamber Finds That Prohibition of Mass Publication of ‘Raw’ Taxation Data Does Not Infringe Right to Freedom of Expression », *European Data Protection Law Review*, 2018/1, pp. 127 à 134.

KADANER M., COIRBAY R., « Audiovisuel : quelques décisions récentes », *A&M*, 1997/2, pp. 155 à 164.

KOSSAIFI C., « L’oubli peut-il être bénéfique ? L’exemple du mythe de Léthé : une fine intuition des Grecs », *Interrogations* ?, 2006/3, disponible à l’adresse www.revue-interrogations.org.

KRINGS E., « Propos sur les effets des arrêts rendus par la Cour d’arbitrage », *J.T.*, 1985, pp. 577 à 591.

LA SALA URBAIN S., « Le Petit Journal ou la séduction de l’infotainment », *Télévision*, 2013/1, pp. 105 à 123.

LACHAPPELLE A., « Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d’informations à des fins fiscales : état des lieux de la jurisprudence européenne (1^{ère} partie) », *R.G.F.C.P.*, 2016/9, pp. 24 à 37.

LALIEU O., « L’invention du “devoir de mémoire” », *Vingtième siècle, revue d’histoire*, 2001/66, pp. 83 à 94.

LAMBERT P., « L’épilogue de la publication des notes personnelles de la juge d’instruction remises à la commission d’enquête parlementaire, lors de l’affaire Dutroux », note sous Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. Editions Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 308 à 309.

LAMBERT P., « La liberté de la presse et l’honneur des magistrats », note sous Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92, *Journ. proc.*, 1997/323, pp. 30 et 31.

LAMBERT P., OSCHINSKY Y., « Le génocide arménien à l’épreuve turque de la liberté d’expression. Cour européenne des droits de l’homme, *Altuğ Akçam c. Turquie*, 25 octobre 2011 », *Rev. trim. D.H.*, 2012/91, pp. 687 à 692.

LAMBERT P., « Diffamation », *Postal Mémoires*, n° 93, décembre 2008, D130/12.

LANGENAKEN E., « L’indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 422 à 444.

LAZARO C., LE METAYER D., « Le consentement au traitement des données personnelles : une perspective comparative sur l’autonomie du sujet », *Revue juridique Themis*, 2014/48, pp. 765 à 815.

LE CLAINCHE J., « L’adaptation du “droit à l’oubli” au contexte numérique », *R.E.D.C.*, 2012/1, pp. 39 et s.

LE RIDER J., « Oubli, mémoire, histoire dans la “Deuxième Considération inactuelle” », *Revue germanique internationale*, 1999/11, pp. 207 à 225.

LECUYER G., « Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Légipresse*, 2011/285, pp. 412 à 416.

LEDoux S., « Ecrire une histoire du “devoir de mémoire” », *Le Débat*, 2012/3, pp. 175 à 185.

LEMMENS K., « “Taisez-vous, Elkabach!” L’interdiction de la censure à la lumière des pratiques sociales », *Rev. b. dr. const.*, 2003/4, pp. 375 à 395.

LEMMENS K., « # Je suis anonyme. Qui est juridiquement responsable de mes dires ? », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, *R.D.T.I.*, 2015/61, pp. 127 à 138.

LEMMENS K., « La censure préventive en matière de presse audiovisuelle: contraire à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, *J.T.*, 2012, pp. 245 à 248.

LEMMENS K., « la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? », note sous Cass., 23 mai 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 425 à 450.

LEMMENS K., « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *A&M*, 2005/1, pp. 32 à 40.

LEONARD T., « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013/10, pp. 951 à 988.

LÉONARD T., « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne : un état de la question », *J.T.*, 2012, pp. 814 à 818.

LEPAGE A., « Diffamation et exception de vérité Cass crim, n°10-90129 », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Communication, commerce électronique*, 2011/6, pp. 46 à 47.

LEPAGE A., « L'ampleur de la protection de la vie privée (De la célébrité et du temps qui passe) », *Communication commerce électronique*, 1999, pp. 13 à 16

LEPAGE A., « Personnalité (Droit de la) », *Rep. dr. civ.*, janvier 2015.

LEPAGE A., note sous C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 2079.

LEROY M., « Tout jugement est motivé et rendu publiquement », *R.B.D.C.*, 1999/1, pp. 74 et s.

LETTERON R., « Le droit à l'oubli », *R.D.P.*, 1996/2, pp. 385 et s.

LEVINET M., « La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003, *Garaudy c. France* », *Rev. trim. D.H.*, 2004/59, pp. 653 à 662.

LIEURY A., « Oubli et traitement de l'information en mémoire », *Communications*, 1989/49 (*La mémoire et l'oubli*), pp. 113 à 123.

LINARD A., « Un code de déontologie actualisé pour les journalistes », *A&M*, 2014/1, pp. 72 à 77.

LINDON R., note sous C.A. Paris, 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 187.

LINDON R., note sous Paris, 13 octobre 1981, *D.*, 1983, p. 420.

LOCHAK D., « La prescription : table ronde du vendredi 22 janvier 1999 », *Droits*, 2000, n° 31, pp. 52 et s.

LOISEAU G., « Des droits humains pour personnes non humaines », *R. Dalloz*, 2011, pp. 2558 à 2564.

LOUVEL B., « Ouverture », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016, 27 février 2017*, pp. 5 à 7.

LYON-CAEN G., note sous T.G.I. Paris, 4 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, n° 14482.

MAES B., « Het formalisme van de cassatieprocedure opnieuw in de kijker », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, *R.A.B.G.*, 2011/12, pp. 812 à 817.

MALINVERNI G., « Freedom of information in the European Convention on Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights », *H.R.L.J.*, 1983, pp. 443 à 460.

MALLET-POUJOL N., « Diffamation et amnistie : l'étrange sacrifice du filtre de la bonne foi (Cass. civ. 1^o, 16 mai 2013, n^o 12-19783) », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n^o 2013-319, QPC, *Légipresse*, 2013/309, pp. 531 à 537.

MALLET-POUJOL N., « De la biographie à la fiction : la création littéraire au risque des droits de la personne », *Légicom*, 2001/1, pp. 107 à 121.

MALLET-POUJOL N., « Recherche et vie privée : du droit du citoyen au droit du chercheur », *Gazette des archives*, 2005/2, pp. 157 à 175.

MALLET-POUJOL N., « Vie privée et droit à l'image : les franchises de l'Histoire », *Légicom*, 1999/4, pp. 51 à 68.

MAMERE N., « L'impunité et le devoir de mémoire », *Mouvements*, 2008/1, pp. 20 à 25.

MANSUY I. M., « L'oubli : théories et mécanismes potentiels », *Médecine/Sciences*, 2005/21, pp. 83 à 88.

MANTELERO A., « 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.

MARCHANDISE M., « A propos d'une prescription qui n'est pas : la péremption de l'instance », *J.T.*, 2013/8, pp. 129 à 135.

MARCHETTI R., « L'arrêt du 19 janvier 2005 de la Cour d'arbitrage : une application du principe de proportionnalité dans le cadre de la législation sur la protection de la vie privée », note sous C.c., 19 janvier 2005, n^o 16/2005, *R.D.T.I.*, 2005/22, pp. 134 à 145.

MARGUENAUD J.-P., « Ebauche européenne d'un droit à l'existence des personnes morales », *RTD civ.*, 1998/4, pp. 997 et s.

MARGUENAUD J.-P., « Le droit à la liberté d'expression des militants écologistes », note sous Cour eur. D.H., 7 novembre 2007, *Mamère c. France*, req. 12697/03, *D.*, 2007, pp. 1704 à 1707.

MASSET A., « La publicité du prononcé des jugements du tribunal de l'application des peines : l'impossible solution ? », note sous Cass. (ch. réunies), 24 juillet 2007, *J.L.M.B.*, 2007/36, pp. 1503 à 1507.

MATEY N., « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *R.T.D. civ.*, 2008, pp. 205 à 228.

MATHIEU B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007/21, disponible à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/la-normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique.50550.html> (consulté le 14 mars 2018).

MAYAUD Y., « L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n^o 2011-131, QPC, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011/2, pp. 401 à 403.

MCGOLDRICK D., « Developments in the Right to be Forgotten », *Human Rights Law Review*, 2013/4, pp. 761 à 776.

METALLINOS N., « Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles. Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence ? », *La semaine juridique. La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation, 14 février 2016, 27 février 2017*, pp. 44 à 50.

MEYNIAL E., « De la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire », *Revue pratique de droit français*, 1884, pp. 385 à 431.

MILLARD E., « Epurations, amnistie, amnésie. Un bref éclairage sur le droit », *Les Cahiers du MIRHEC*, 1999, p. 4, la pagination étant reprise du document disponible à l'adresse suivante, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00126547/document>.

MILQUET J., « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louv.*, 1989, pp. 33 à 104.

MINY X., « Le dialogue fructueux entre l'Histoire et le Droit », *Contemporanea*, 2016/4, p. 1, disponible à l'adresse suivante, <http://www.contemporanea.be/fr/article/2016-4-review-miny>, consulté le 19 octobre 2018.

MONT J., « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *J.T.*, 2019, pp. 442 à 449.

MONTERO E., « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Rev. Ubiquité*, 2000/5, pp. 99 à 117.

MONTERO E., VAN ENIS Q., « Les gestionnaires de forums et portails d'actualité cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, *Rev. trim. D.H.*, 2016/108, pp. 953 à 981.

MONTERO E., VAN ENIS Q., « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net », *R.G.D.C.*, 2016/5, pp. 243 à 255.

MOUNCIF-MOUNAGACHE M., « De nouvelles précisions sur le dessin ou modèle communautaire non enregistré », note sous C.J.U.E., 13 février 2014, *H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG contre Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH*, C-479/12, *R.A.E.-L.E.A.*, 2014, pp. 223 à 231.

MUYLLE K., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'extrémisme politique », *Rev. trim. D.H.*, 2009/42, pp. 1986 à 1994.

N. MALLET-POUJOL, note sous C.A. Paris, 10 février 1999, *D.*, 2000, p. 229.

NEELS L., « De media in het geding », *T.B.P.*, 1981, pp. 385 à 393.

NEMO P., « Le devoir de mémoire », *Commentaire*, 1980/11, pp. 392 à 400.

NERSON R., « La protection de la vie privée en droit positif français », *Revue internationale de droit comparé*, 1971/4, pp. 737 à 764.

NICOLAS S., « Hermann Ebbinghaus et l'étude expérimentale de la mémoire humaine », *L'année psychologique*, 1992/92, pp. 527 à 544.

NIHOUL M., « A propos du fondement de la théorie du retrait des actes administratifs et du délai de retrait », note sous C.E., 19 mai 2009, n° 193.418, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 281 à 290.

NISSENBAUM H., « A Contextual Approach to Privacy Online », *Daedalus, Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2011, disponible à l'adresse suivante, https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/11_fall_nissenbaum.pdf.

NUNO GOMES DE ANDRADE N., « Oblivion : The Right to Be Different ... from Oneself. Reproposing the Right to Be Forgotten », *Revista d'Internet, dret i política*, 2012/13, pp. 122 à 137.

OMBELET P., VALCKE P., « Geen aansprakelijkheid van de uitgever die een nieuwsportaal op internet uitgeeft voor beledigingen gepost door anonieme derden », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, req. 64569/09, *A&M*, 2015/5-6, pp. 417 à 422.

OVERSTEYNS B., « Het recht op eerbieding van het privéleven », *R.W.*, 1988-1989, pp. 497 et s.

PARMENTIER C., « La théorie de l'alternative légitime », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010/42, pp. 2009 à 2011.

PERDRIAU A., « "L'anonymisation" des jugements civils », *Le Semaine Juridique*, 15 septembre 1999, doct. 163, n° 4, disponible sur le site www.lexis360.fr (téléchargé le 12 janvier 2018).

PERRIER J.-B., « Inconstitutionnalité de la prescription de l'exception de vérité en matière de diffamation », *Revue française de droit constitutionnel*, note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, 2012/89, pp. 163 à 165.

PERRIER J.-B., « Liberté d'expression et prescription de l'exception de vérité », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Actualité juridique. Pénal*, 2011/9, pp. 414 à 416.

PETERSON L. R., PETERSON M. J., « Short-term retention of individual verbal items », *Journal of Experimental Psychology*, 1959/58, pp. 193 à 195.

PHILIPPE X., « L'amnistie devant le juge constitutionnel », *Constitutions*, 2013, pp. 225 à 236.

PICARD K., « Nouvelle étape vers une dépenalisation de la diffamation », note sous Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC, *Revue française de droit constitutionnel*, Octobre 2013/96, pp. 982 à 986.

PIERRE R., « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale », note sous Cour eur. D.H., 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, req. 23954/10, *Communication Commerce électronique*, 2012/5, 5 p.

PIERRE R., « Les droits fondamentaux invoqués par les entreprises devant les juridictions européennes », *J.D.E.*, 2016, pp. 46 à 51.

PIGACHE C., « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *R.S.C.*, 1983, pp. 55 à 63.

PIRLOT DE CORBION S., « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur internet », *DAOR*, 2005/72, pp. 12 à 28.

PISARRA P., « Infodivertissement », *Revue Projet*, 2006/1, pp. 66 à 70.

POLITOU E., ALEPIS E., PATSAKIS C., « Forgetting personal data and evoking consent under the GDPR : Challenges and proposed solutions », *Journal of Cybersecurity*, 2018, disponible à l'adresse suivante, www.cs.unipi.gr/kpatsak/files/gdpr.pdf, 26 p.

PRÉTOT X., « Le pouvoir de faire grâce », *Rev. dr. publ.*, 1983, pp. 1526 et s.

PULVAR O., « Mémoire, médiatisation et construction des identités », *Etudes caribéennes*, mis en ligne le 15 décembre 2006, www.étudescaribeennes.revues.org/390, consulté le 5 novembre 2017.

PUTMAN E., « L'interdiction d'opposer l'exceptio veritatis pour les faits de plus de dix ans est inconstitutionnelle », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Revue juridique personnes et famille*, 2011/11, pp. 14 et 15.

- RAVID I., « Tweeting#Justice : Audio-visual coverage of court proceedings in a world shifting technology », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2016/41, pp. 41 à 105.
- REGOUT M., « Pourquoi fallait-il invoquer la violation de l'article 584 du code judiciaire ? », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1270 à 1271.
- REMOND R., « L'Histoire et la Loi », *Etudes*, 2006/404, pp. 763 à 773.
- RENUCCI J.-F., « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D.*, 1997, pp. 23 à 30.
- RICKER T. J., VERGAUWE E., COWAN N., « Decay theory of immediate memory : From Brown (1958) to today (2014) », *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 2016/10, pp. 1969 à 1995.
- RICŒUR P., « La mémoire heureuse », *Notre histoire*, 2000/180, pp. 6 à 12.
- RIDEAU J., « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne », *R.A.E.*, 2007-2008, pp. 185 à 207.
- RIGAUX F., « Justice et presse : réflexions comparatives », *J.T.*, 1996, p. 41 à 46.
- RIGAUX F., « La liberté de la vie privée », *R.I.D.C.*, 1991/3, pp. 543 et s.
- RIGAUX M.-F., « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* », note sous Cass. (2^{ème} ch.), 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, pp. 464 à 467.
- RIGAUX M.-F., « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée. Observations sur les principes de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1986, pp. 589 à 594.
- RIOUX J.-P., « Devoir de mémoire, devoir d'intelligence », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2002/1, pp. 157 à 167.
- RIOUX J.-P., « Les avatars du "devoir de mémoire" », *Le débat*, 2012/3, p. 186 à 192.
- ROBIN L., « Sur la doctrine de la réminiscence », *Revue des Etudes Grecques*, 1919, pp. 451 à 461.
- ROMAINVILLE C., « La liberté académique devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 27 mai 2014, *Mustafa Erdogan et al. c. Turquie*, req. 346/04 et 39779/04, *Rev. trim. D.H.*, 2015/104, pp. 1021 à 1051.
- ROMANO C., « Un étrange oubli », *Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 2005/27, pp. 161 à 167.
- ROSEN J., « The right to be forgotten », *Stanford law review*, 2012/64, pp. 88 à 92.
- ROSOUX G., « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse », *Rev. dr. pén.*, 2005/12, pp. 1270 à 1289.
- ROUX J., « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2012/15, pp. 988 à 993.
- RUDIN B., « Kollektive Gedächtnis und informationelle Integrität : Zum Datenschutz im öffentlichen Archivwesen », *PJA/AJP*, 1998, pp. 247 à 260.
- RUIZ FABRI H., DELLA MORTE G., LAMBERT-ABDELGAWAD E., MARTIN-CHENUT K., « Les institutions de clémence (amnistie, grâce, prescription) en droit international et droit constitutionnel comparé », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, pp. 237 à 255.

SCHAUS A., « Inédits du droit de la presse », *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1152 à 1175.

SCHAUS A., « Les restrictions à la liberté d'expression opérées par le juge des référés face à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Cah. dr. jud.*, 1991/6, pp. 165 à 175.

SCHWARTZ P., « The Computer in German and American Constitutional Law : Towards an American Right of Informational Self-Determination », *The American Journal of Comparative Law*, 1989/37, pp. 675 à 701.

SÉNAC C.-E., « Le droit à l'oubli en droit public », *Revue de droit public*, 2012/4, pp. 1156 à 1170.

SIRY L., « Forget Me, Forget Me Not : Reconciling Two Different Paradigms of the Right to Be Forgotten », *Kentucky Law Journal*, 2014-2015/3, pp. 311 à 344.

SOLOVE D., « Conceptualizing Privacy », *California Law Review*, 2002, pp. 1087 à 1156.

SOROSINA A., « Trois figures de l'oubli chez Nietzsche », *Doctorales*, 2015/3, disponible à l'adresse suivante, www.msh-m.fr.

STIJNS S., « La 'rechtsvrewerking' : fin d'une attente (dé)raisonnable ? », *J.T.*, 1990/24, pp. 685 à 690.

STIJNS S., « La Rechtsverwerking : 10 ans déjà », note sous Comm. Bruxelles, 2 juin 1988 et Civ. Namur, 19 décembre 1988, *R.R.D.*, 1990, pp. 201 à 216.

STIJNS S., « La résilience de la *rechtsverwerking* », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 17 mai 1990, *J.T.*, 2018, pp. 582 à 587.

STIJNS S., VAN GERVEN D., WERY P., « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources – Chroniques de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1996/33, pp. 689 à 752.

STORME M., « Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990 : nog springlevend », *R.W.*, 1990-91, col. 1073 à 1080.

STROWEL A., « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse », note sous Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, pp. 785 à 791.

STROWEL A., « Censure ! Vous avez dit censure ? A propos de l'arrêt *Google* sur le "droit à l'oubli" », *A&M*, 2014/5, pp. 311 à 313.

STROWEL A., « Les conditions d'exercice du droit à l'oubli », *Légipresse*, 1998/7, p. 127.

STROWEL A., « Responsabilité des intermédiaires sur internet : la Cour de Strasbourg propose une approche graduée », *Les Pages*, 2015/5, p. 3.

TAHON R., « L'amnistie », Mercuriale prononcée le 15 septembre 1939 près la Cour d'appel de Liège, *Rev. dr. pén. crim.*, 1940, pp. 1 à 12.

TASSET J.-H., VAN WILDERODE M., GEYSEN J., PEETERS W., « Tableau Indicatif 2016 », *J.J.P.*, mars 2017, p. 6.

TIERNEY S., « Press freedom and public interest: the developing jurisprudence of the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 1998, pp. 419 à 429.

TISSIER-RAFFIN M., « La constitutionnalité enfin confirmée de la loi Gayssot. Liberté d'expression et négationnisme (Art. 11 DDHC) », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 2, disponible en ligne <http://journals.openedition.org>, mis en ligne le 10 février 2016, consulté le 11 avril 2018.

TRACOL X., « Le règlement et la directive relatifs à la protection des données à caractère personnel », *Europe*, étude n° 8, octobre 2016, 6 p.

TULKENS F., « Pour un droit constitutionnel des médias », *Rev. b. dr. const.*, 1991/1, pp. 13 à 22.

TULKENS F., VAN DROOGHENBROECK S., KRENC F., « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. D.H.*, 2012/92, pp. 433 à 491.

TULKENS F., VERDUSSEN M., « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Ann. dr. Louv.*, 1987, pp. 53 à 93.

TURGIS S., « L'accès au droit par internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *A.J.D.A.*, 2015/3, pp. 142 à 148.

TURGIS S., « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/93, pp. 17 à 38.

TÜRK P., « Le droit de grâce présidentielle à l'issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/3, pp. 513 à 542.

VALCKE P., LIEVENS E., WERKERS E., « Bronnengeheim voor bloggers », note sous C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, *N.j.W.*, 2006/47, pp. 630 à 636.

VAN BIERVLIET J.-J., « Le problème de la mémoire », *Revue des questions scientifiques*, 1900, pp. 454 à 487.

VAN BUNNEN L., « La publication des jugements et arrêts », *J.T.*, 1957, pp. 581 à 585.

VAN DEN BRINK J., WILDEMAN C., « Kroniek Persrecht 2009-2010 », *Mediaforum*, 2011/5, pp. 140 et 141.

VAN DEN BULCK P., « Arrêt "Manni" : le traitement des données à caractère personnel figurant dans les registres des sociétés », *J.D.E.*, 2017/241, pp. 269 et 270.

VAN DER HAAK B., PARKS M., CASTELLS M., « The Future of Journalism: Networked Journalism », *International Journal of Communications*, 2012/6, pp. 2923 à 2938.

VAN DER HAEGEN O., « L'affaire DSK ou l'occasion de réfléchir à la publicité des audiences », *J.T.*, 2011, pp. 474 à 475.

VAN DOOSELAERE G., « Le Conseil constitutionnel français face à l'extension du délit de négationnisme », *R.B.D.C.*, 2017/4, pp. 388 à 391.

VAN DROOGHENBROECK S., « L'article 17 de la C.E.D.H. est-il indispensable ? », *Rev. trim. D.H.*, 2001/46, pp. 545 à 566.

VAN ECKE P., CORNETTE A., « De verantwoordelijkheid van zoekmachines bij de publicatie van persoonsgegevens op websites : Het Google Spain SL arrest », note sous C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, *Computerr.*, 2014, pp. 240 à 247.

VAN ENIS Q., « Ingérences préventives et presse audiovisuelle: la Belgique condamnée, au nom de la "loi" », note sous Cour eur. D.H., 29 mars 2011, req. 50084/06, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1257 à 1270.

VAN ENIS Q., « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 173 à 201.

VAN ENIS Q., « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du *Times* devant la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), req. 3002/03 et 23676/03, *R.D.T.I.*, 2009/37, pp. 94 à 103.

VAN ENIS Q., « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/96, pp. 859 à 886.

VAN ENIS Q., « Protection des données et liberté d'expression : (re)diffusion de données publiques ne rime pas toujours avec activités journalistiques », *Rev. trim. D.H.*, 2018/116, pp. 953 à 984.

VAN GARSSE S., « Het recherlijk verspreidingsverbod : een kwestie van *timing* ? », *A.J.T.*, 2000-2001, pp. 565 à 567.

VAN MELSEN R., « La cessation judiciaire de la diffusion de critiques émises par un conseiller communal : dans les eaux troubles de la distinction entre ingérence préventive et répressive », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 141 à 144.

VAN OMMESLAGHE P., « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 à 791.

VAN OPIJNEN M., « Court Decisions on the Internet : Development of a Legal Framework in Europe », *Journal of Law, Information and Science*, 2016/24, pp. 27 à 31.

VAN OVERSTRAETEN M., DEPRÉ S., « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *R.T.D.H.*, 2003/54, pp. 665 à 702.

VAN RAEPENBUSCH S., « Vers une anonymisation des décisions de justice ? L'exemple du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, 2015/1, le texte étant disponible à l'adresse suivante, www.ojs.imodev.org/index.php/RIDDN/article/view/146 (consulté le 12 janvier 2018).

VANDE VORST C., « Algemene verordening gegevensbescherming : vijf nieuwigheden van dichterbij bekeken », *cah. jur.*, 2016/4, pp. 75 à 85.

VANDENBERGHE H., « Bescherming van het privé leven en recht op informatie via de massa media », *R.W.*, 1969-1970, col. 1457 à 1470.

VANDENBERGHE H., « Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1551 à 1595.

VELAERS J., « Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 573 à 580.

VERNIÈRE Y., « Le Léthé de Plutarque », *Revue des Etudes Anciennes*, 1964/1-2, pp. 22 à 32.

VERON M., « Preuve de la vérité : faits remontant à plus de dix ans. Cass. crim, n°10-90129 », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Droit pénal*, 2011/6, p. 32.

VERON M., « Interdiction de prouver la vérité des faits remontant à plus de dix ans ; disposition contraire à la Constitution », note sous Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC, *Droit pénal*, 2011/7-8, pp. 47 et 48.

VINCENT P., « Négationnisme et hate speech devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des arrêts *Perinçek* et *M'Bala M'Bala* », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08, *Rev. fac. dr. ULG*, 2016/2, pp. 343 à 355.

VOORHOOF D., « "Hate speech", radicalisering en het recht op expressievrijheid », *A&M*, Actes du colloque du 28 avril 2016, 2016/1, pp. 4 à 18.

VOORHOOF D., « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersmisdrijf en het verbod van censuur verder af ? », *Rec. Cass.*, 2001, pp. 25 à 35

VOORHOOF D., « Het Humo-arrest: scherpe kritiek op rechters geoorloofd », note sous Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92, *Mediaforum* 1997, pp. 68 à 69.

VOORHOOF D., « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutrouw : censure illicite ou mesure nécessaire ? », note sous Anvers (réf.), 9 février 1999, *A&M*, 1999/3, pp. 250 à 259.

VOORHOOF D., BAERT J., « Verbod tot het verspreiden van een boek ? », note sous civ. Anvers (réf.), 13 octobre 1983, *R.W.*, 1983-84, col. 1992 à 1996.

VOUIN R., « La réhabilitation », *Rev. dr. pén.*, 1953-1954, pp.

WAHNICH S., « Les normes de clémence, le sentiment d'humanité et la violence légitime. Une approche historique », *Archives de politique criminelle*, 2006/1, pp. 95 à 107

WARREN S. D., BRANDEIS L. D., « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, vol. IV, 1890, pp. 193-220.

WARREN S., BRANDEIS L., « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193 à 220.

WÉRY E., « Internet hors-la-loi ? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau », *J.T.*, 1997, pp. 417 à 429.

WESTER-OUISSE V., « Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », *J.C.P.*, 2009, I, p. 137.

WESTER-OUISSE V., « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *J.C.P.*, 2009, I, p. 121.

XANTHOULIS N., « The Right to Oblivion in The Information Age : A Human-Rights Based Approach », *US-China Law Review*, 2013, pp. 84 à 98.

YOUNG J. E., « The counter-monument : memory against itself in Germany today », *Critical Inquiry*, 1992/2, pp. 267 à 297.

ZANGHI C., « La liberté d'expression dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques », *R.G.D.I.P.*, 1970, pp. 573 à 589.

ZULAUF R., SIEBER M., « Die Person der Zeitgeschichte : Entstauben oder entsorgen ? Der Begriff ist nach Auffassung der Autorinnen reif für eine Neupositionierung », *media lex*, 2017/3, disponible à l'adresse suivante, https://www.zulaufpartner.ch/wp-content/uploads/2017/04/medialex-Person-der-Zeitgeschichte-3_17-1.pdf.

III. SITES INTERNET ET ARTICLES DE PRESSE

ABRAMOWICZ M., « Répression et réhabilitation des inciviques », www.resistances.be, mise en ligne le 12 juillet 2010, consulté le 10 septembre 2018.

Ban Public, Association pour la communication sur les prisons et l'incarcération en Europe, *De l'enfermement au Bannissement... Les empêchements à la réintégration*, 24 janvier 2007, disponible à l'adresse suivante, [http://prison.eu.org/IMG/pdf/De l'enfermement au Bannissement mise a jour du 2 septembre 2007.pdf](http://prison.eu.org/IMG/pdf/De_l_enfermement_au_Bannissement_mise_a_jour_du_2_septembre_2007.pdf), consulté le 24 octobre 2018, p. 27.

BERNIER M.-F., DIONNE M., *Le « droit à l'oubli », le nouveau défi éthique des médias*, Chaire de recherche en éthique du journalisme, disponible à l'adresse suivante, www.crej.ca.

BERNIER M.-F., *Le « chilling effect » : une corymbe bien davantage qu'une réalité*, Chaire de recherche en éthique du journalisme, disponible à l'adresse suivante, www.crej.ca/publications/chilling.pdf, mis en ligne le 19 octobre 2012, consulté le 1^{er} novembre 2018.

BERTRAM T. *et al.*, « Three years of the Right to be Forgotten », disponible sur plusieurs sites internet, dont <https://elie.net/static/files/three-years-of-the-right-to-be-forgotten/three-years-of-the-right-to-be-forgotten-paper.pdf>, consulté le 26 février 2019.

BLOCMAN A., « Docufiction relatif à une affaire judiciaire : absence d'atteinte à la vie privée, à l'image et au droit à l'oubli de la protagoniste », note sous C.A. Paris (pôle 2, 7^{ème} ch.), 29 mars 2017, *Mme J. M'. B. c. Edi TV et Capa Presse, IRIS*, 2017/6, disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2017/6/article15.fr.html>.

BLOCMAN A., « Emissions traitant d'affaires judiciaires et droit à l'oubli », note sous T.G.I. Paris (17^{ème} ch. civ.), 14 janvier 2013, *T. EL Borgi c. Métropole Télévision et a., IRIS*, 2013/3, disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/3/article14.fr.html>.

BOU TLÉROFF O., *Le droit à être oublié ou le droit à être informé. L'équilibre entre la protection des données personnelles et [la] liberté de l'information*, mémoire rendu dans le cadre du master spécialisé Informatique et Libertés, 2014-2015.

CHANDERNAGOR F., « L'enfer des bonnes intentions », *Le Monde*, 17 décembre 2005, disponible à l'adresse suivante, www.lemonde.fr, mis en ligne le 16 décembre 2005, consulté le 12 avril 2018.

CHANDERNAGOR F., « Lois mémorielles : un monstre législatif », *Le Figaro*, 29 décembre 2011, www.lefigaro.fr.

CRUYSMANS E., « "A perdre la raison" : quelques réflexions autour de la sortie d'un film controversé », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 12 juillet 2012.

DEFREYNE E., VAN ENIS Q., « La loi belge sur la protection des données à caractère personnel et l'anonymisation des archives de presse en ligne », www.e-watchdog.overblog.com, mis en ligne le 16 novembre 2012, consulté le 21 novembre 2018.

Entretien d'Annette Wieviorka, mis en ligne le 1^{er} janvier 2009, consulté le 5 mars 2018, disponible à l'adresse suivante, <https://www.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20090101.RUE7530/annette-wieviorka-au-cambodge-on-attend-trop-de-la-justice.html>

FLEISHER P., « Foggy thinking about the right to oblivion », <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>, mis en ligne le 9 mars 2011, consulté le 20 février 2019.

GREGOIRE C., « Comment la technologie déforme votre mémoire », http://www.huffingtonpost.fr/2013/12/17/technologie-deformation-memoire_n_4452446.html, mis en ligne le 17 décembre 2013, consulté le 1^{er} décembre 2017.

HOVINE A., « Des grâces royales au compte-gouttes », www.lalibrebelgique.be, consulté le 10 janvier 2017

<http://agora.qc.ca/dossiers/reminiscence>.

<http://revuedesdroitsetlibertesdunet.over-blog.com/2017/03/le-droit-a-l-oubli.html>, publiée le 20 mars 2017, consulté le 21 mars 2019.

<http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Internet/125060> (consulté le 15 décembre 2017).

<https://www.cognix-systems.com/internet.php> (consulté le 15 décembre 2017).

<https://www.lawbster.de/basics-medienrecht-personen-der-zeitgeschichte/>, mis en ligne le 19 novembre 2013, consulté le 16 avril 2018.

<https://www.penserchanger.com/marre-doublier-voici-la-courbe-debbinghaus> (mis en ligne le 20 décembre 2015, consulté le 10 septembre 2018).

KUNER C., « The Court of Justice of the EU Judgement on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges », disponible à l'adresse suivante, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060, mis en ligne le 16 septembre 2014, consulté le 26 avril 2019.

La mémoire, disponible à l'adresse suivante, www.humagest.free.fr/philosophie/philosophie2/LA%20MEMOIRE.doc

LAVRIC S., « Presse : la bonne foi limitée par l'interdiction de rappeler des faits amnistiés », www.dalloz-actualite.fr (consulté le 12 janvier 2017).

LE NINIVIN A., CARTERET A., « Absence de protection générale de la vie privée des personnes morales », www.larevue.squirepattonboggs.com, mis en ligne le 29 juin 2016, consulté le 16 avril 2018.

Le Vif, « Collaboration : la vérité des historiens », www.levif.be, mis en ligne le 25 octobre 2014, consulté le 10 septembre 2018

LEONARD T., « Droit à l'oubli numérique : Belgique et France n'ont pas la même sensibilité », *L'Echo*, 6 juillet 2016, disponible sur le site www.lecho.be.

LEPLAT F., « Décisions de justice publiées sur Internet : pour le droit à l'anonymisation sur simple demande », www.droit-technologie.net, publié le 9 mai 2002, consulté le 12 janvier 2018

LESSIG L., *Code is Law*, disponible à l'adresse suivante, <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>, mis en ligne le 1^{er} janvier 2000, consulté le 22 janvier 2019.

Master of the Rolls, *Report of the Committee on Super-Injunctions: Super-Injunctions, Anonymised Injunctions, and Open Justice*, 2011, disponible à l'adresse suivante, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/super-injunction-report-20052011.pdf> (consulté le 16 janvier 2018)

O'REILLY T., « What Is Web 2.0 ? Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software », <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, mis en ligne le 30 septembre 2005, consulté le 18 décembre 2017.

OETTINGER G., « Pour un “Code civil” des données numériques », *Le Monde* 15-16 octobre 2016.

Plateforme d'informations humanrights.ch, « L'autodétermination informationnelle : le nouveau défi des droits humains ? », disponible à l'adresse suivante, www.humanrights.ch, mis en ligne le 15 février 2017, consulté le 21 septembre 2018.

RAAB T., « DE-Allemagne : le “droit à l'oubli” est applicable a fortiori à l'encontre de l'opérateur d'une archive en ligne », *IRIS*, 2015/10, disponible sur le site <http://merlin.obs.coe.int>.

RICHE P., « La faute à internet ! », *La Revue Civique*, 2011/6, disponible à l'adresse suivante, www.revucivique.eu/articles-et-entretiens/responsabilite-des-medias/pascal-riche-la-faute-a-internet/, consulté le 4 décembre 2017.

ROBERGE A., « Comment la technologie modifie notre mémoire », <http://cursus.edu/article/27804/comment-technologie-modifie-notre-memoire/>, mis en ligne le 2 octobre 2016, consulté le 1^{er} décembre 2017.

RUGGIERI H., « Conditions de licéité et finalités du traitement de données personnelles, quelles différences ? », www.aeonlaw.eu/author/hugo/, mis en ligne le 4 octobre 2017, consulté le 16 janvier 2019.

SCANE S., « Online Privacy Issue Is Also in Play in Petraeus Scandal », *The New York Times*, 13 novembre 2012, consulté le 21 janvier 2019.

SCHNUR W., « La Cour Constitutionnelle Fédérale lève des interdictions de diffusion fondées sur l'atteinte au droit général de la personnalité », note sous Bundesverfassungsgericht, 25 mai 1999, 1 BvR 348/98, consulté le 28 mai 2018.

SCHNUR W., « La diffusion d'un téléfilm peut-elle porter atteinte au droit général de la personnalité ? », note sous Landgericht Mainz, 23 décembre 1997, 1 O 531/96, et Oberlandesgericht Saarbrücken, 14 janvier 1998, 1 U 785/97-155, www.merlin.obs.coe.int, consulté le 28 mai 2018.

SCHWARTZ A., DREYFUS S., « Le numérique est-il une menace pour la mémoire individuelle et collective ? », *La Croix*, mis en ligne le 2 janvier 2012, https://www.la-croix.com/Ethique/Sciences-Ethique/Sciences/Le-numerique-est-il-une-menace-pour-la-memoire-individuelle-et-collective-NP_-2012-01-02-753137, consulté le 12 février 2018.

SMET S., « Füsrt-Pfeifer v Austria : “A one-sided, unbalanced and fundamentally unjust judgment” ? », mis en ligne le 16 juin 2016, consulté le 13 août 2018, disponible à l'adresse suivante, www.strasbourgobservers.com.

TERRAY E., « La pitié et la raison », *Le Monde*, 20 mars 2005.

TESTARD-VAILLANT P., « Le numérique nous fait-il perdre la mémoire ? », <https://lejournel.cnrs.fr/print/567>, mise en ligne le 23 octobre 2014, consulté le 1^{er} décembre 2017.

VARET V., « E-réputation : le droit à l'oubli numérique excède les restrictions pouvant être apportées à la liberté de la presse (Civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, pourvoi n° 15-17729 », disponible à l'adresse suivante, www.journaldunet.fr, mis en ligne le 14 juin 2016, consulté le 29 septembre 2018.

WESTER-OUISSE V., « La jurisprudence et les personnes morales. Du propre de l'homme aux droits de l'homme », *La semaine juridique*, édition générale, 2009/10-11, disponible à l'adresse suivante, www.lexis360.fr, consulté le 29 octobre 2018.

WESTER-OUISSE V., « Le préjudice moral des personnes morales », *La Semaine Juridique*, édition générale, 2003/26, n° 9, disponible sur le site www.lexis360.fr ; consulté le 29 octobre 2018.

WESTER-OUISSE V., « Préjudice moral des personnes morales : quand “la perversion de la cité commence par la fraude des mots” », note sous Cass. fr. (ch. comm.), 15 mai 2012, n° 11-10.278, *La semaine juridique*, édition générale, 2012/39, disponible à l'adresse suivante, www.lexis360.fr, consulté le 29 octobre 2018.

www.cnrtl.fr/definition/reminiscence.

IV. JURISPRUDENCE⁴⁰⁸³

A. Cour européenne des droits de l'homme

Cour eur. D.H., 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. 60498/10 et 65599/10.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, req. 1828/06, 34163/07 et 19029/11.

Cour eur. D.H., 20 mars 2018, *Falzon c. Malte*, req. 45791/13.

Cour eur. D.H., 24 octobre 2017, *Eker c. Turquie*, req. 24016/05.

Cour eur. D.H., 19 octobre 2017, *Fuchsmann c. Allemagne*, req. 71233/13.

Cour eur. D.H., 21 septembre 2017, *Axel Springer SE et RTL Television GmbH c. Allemagne*, req. 51405/12.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13.

Cour eur. D.H., 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. 8806/12.

Cour eur. D.H., 16 mars 2017, *Ólafsson c. Islande*, req. 58493/13.

Cour eur. D.H. (déc.), 24 janvier 2017, *Travaglio c. Italie*, req. 64746/146.

Cour eur. D.H., 13 décembre 2016, *Kunitsyna c. Russie*, req. 9406/05.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, req. 18030/11.

Cour eur. D.H., 7 juin 2016, *Cicad c. Suisse*, req. 17676/09.

Cour eur. D.H., 17 mai 2016, *Fürst-Pfeifer c. Autriche*, req. 33677/10 et 52340/10.

Cour eur. D.H. (déc.), 10 mai 2016, *Salihu et autres c. Suède*, req. 33628/15.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2016, *Bédar c. Suisse*, req. 56925/08.

Cour eur. D.H., 8 mars 2016, *Rusu c. Roumanie*, req. 25721/04.

Cour eur. D.H., 22 mars 2016, *Pinto Coelho c. Portugal (n° 2)*, req. 48718/11.

Cour eur. D.H., 19 janvier 2016, *Görmüş et autres c. Turquie*, req. 49085/07.

Cour eur. D.H. (déc.), 5 janvier 2016, *Erdtmann c. Allemagne*, req. 56328/10.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. 47143/06.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 20 octobre 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, req. 11882/10.

⁴⁰⁸³ Les références sont classées premièrement par juridiction et, deuxièmement, par ordre chronologique inversé.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08.

Cour eur. D.H., 21 juillet 2015, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. 931/13.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. 64569/09.

Cour eur. D.H. (gde Ch.), 23 avril 2015, *Morice c. France*, req. 29369/10.

Cour eur. D.H., 24 juin 2014, *Rosiianu c. Romania*, req. 27329/06.

Cour eur. D.H., 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 40454/07.

Cour eur. D.H. (déc.), 11 mars 2014, *Akdeniz c. Turquie*, req. 20877/10.

Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ruusunen c. Finlande*, req. 73579/10.

Cour eur. D.H., 14 janvier 2014, *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, req. 69939/10.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. 27510/08.

Cour eur. D.H., 21 novembre 2013, *Putistin c. Ukraine*, req. 16882/03.

Cour eur. D.H., 8 octobre 2013, *Cumhuriyet Vafki et autres c. Turquie*, req. 28255/07.

Cour eur. D.H., 8 octobre 2013, *Ricci c. Italie*, req. 30210/06.

Cour eur. D.H., 24 septembre 2013, *Belpietro c. Italie*, req. 43612/10.

Cour eur. D.H., 19 septembre 2013, *von Hannover c. Allemagne (n° 3)*, req. 8772/10.

Cour eur. D.H., 16 juillet 2013, *Wegrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, req. 33846/07.

Cour eur. D.H., 11 juillet 2013, *Morice c. France*, req. 29369/10.

Cour eur. D.H., 9 juillet 2013, *Di Giovanni c. Italie*, req. 51160/06.

Cour eur. D.H. (déc.), 6 juin 2013, *Peruzzo et Martens c. Allemagne*, req. 7841/08 et 57900/12.

Cour eur. D.H., 18 avril 2013, *M.K. c. France*, req. 19522/09.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. 48876/08.

Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Bernh Larsen Holding AS c. Norvège*, req. 24117/08.

Cour eur. D.H., 14 mars 2013, *Eon c. France*, req. 26118/10.

Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10.

Cour eur. D.H., 15 novembre 2012, *Bargao et Domingos Correia c. Portugal*, req. 53579/09 et 53582/09.

Cour eur. D.H., 13 novembre 2012, *M.M. c. Royaume-Uni*, req. 24029/07/

Cour eur. D.H., 30 octobre 2012, *Karpetas c. Grèce*, req. 6086/10.

Cour eur. D.H., 16 octobre 2012, *Smolorz c. Pologne*, req. 17446/07.

Cour eur. D.H. (déc.), 31 août 2012, *Palade c. Roumanie*, req. 37441/05.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. 16354/06.

Cour eur. D.H., 21 juin 2012, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, req. 34124/06.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L. et Di Stefano c. Italie*, req. 38433/09.

Cour eur. D.H., 12 avril 2012, *Martin et autres c. France*, req. 30002/08.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 avril 2012, *Gillberg c. Suède*, req. 41723/06.

Cour eur. D.H., 3 avril 2012, *Manzanas Martin c. Espagne*, req. 17966/10.

Cour eur. D.H., 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. 25961/07.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, req. 40660/08 et 60641/08.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, req. 39954/08.

Cour eur. D.H., 10 janvier 2012, *Standard Verlags GMBH c. Autriche (n° 3)*, req. 34702/07.

Cout eur. D.H., 15 décembre 2011, *Mor c. France*, req. 28198/09.

Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *John Mizzi c. Malte*, req. 17320/10.

Cour eur. D.H., 22 novembre 2011, *Koprivica c. Monténégro*, req. 41158/09.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 septembre 2011, *Paloma Sánchez et autres c. Espagne*, req. 64359/01.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, req. 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06.

Cour eur. D.H., 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, req. 23954/10.

Cour eur. D.H., 21 juin 2011, *Shimovolos c. Russie*, req. 30194/090

Cour eur. D.H., 10 mai 2011, *Mosley c. Royaume-Uni*, req. 48009/08.

Cour eur. D.H., 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. 33014/05.

Cour eur. D.H., 3 mai 2011, *Sipoş c. Roumanie*, req. 26125/04.

Cour eur. D.H., 19 avril 2011, *Bozhkov c. Bulgarie*, req. 3316/04.

Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *RTBF c. Belgique*, req. 50084/06.

Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *Cornelia Popa c. Roumanie*, req. 17437/03.

Cour eur. D.H., 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c. Espagne*, req. 2034/07.

Cour eur. D.H., 3 février 2011, *Siebenhaar c. Allemagne*, req. 18136/02.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. 34932/04

Cour eur. D.H., 7 décembre 2010, *Público-Comunicação Social, SA et autres c. Portugal*, req. 39324/07.

Cour eur. D.H., 26 octobre 2010, *Rock Ruby Hotels LTD c. Turquie*.

Cour eur. D.H. (déc.), 12 octobre 2010, *Timciuc c. Roumanie*, req. 28999/03.

Cour eur. D.H., 12 octobre 2010, *Saaristo et autres c. Finlande*, req. 184/06.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, req. 2668/07 e.a..

Cour eur. D.H., 13 juillet 2010, *Tendam c. Espagne*, req. 25720/05.

Cour eur. D.H., 15 juillet 2010, *Roland Dumas c. France*, req. 34875/07.

Cour eur. D.H., 8 juin 2010, *Sapan c. Turquie*, req. 44102/04.

Cour eur. D.H., 8 juin 2010, *Andreescu c. Roumanie*, req. 19452/02.

Cour eur. D.H., 6 mai 2010, *Brunet Lecompte et Lyon Mag c. France*, req. 42117/04.

Cour eur. D.H., 6 avril 2010, *Flinkkilä et autres c. Finlande*, req. 25576/04.

Cour eur. D.H., 22 avril 2010, *Haguenauer c. France*, req. 34050/05.

Cour eur. D.H., 25 février 2010, *Renaud c. France*, req. 13290/07, § 40.

Cour eur. D.H., 11 février 2010, *Alfantakis c. Grèce*, req. 49330/07.

Cour eur. D.H., 19 janvier 2010, *Laranjeira Marques Da Silva c. Portugal*, req. 16983/06.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *B.B. c. France*, req. 5335/06.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *Gardel c. France*, req. 16428/05.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2009, *M.B. c. France*, req. 22115/06.

Cour eur. D.H., 6 octobre 2009, *Kuliś et Różycki c. Pologne*, req. 27209/03.

Cour eur. D.H., 6 octobre 2009, *C.C. c. Espagne*, req. 1425/06.

Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, req. 08704/05.

Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)*, req. 12268/03.

Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03.

Cour eur. D.H., 23 juillet 2009, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. 12268/03.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, req. 32772/02.

Cour eur. D.H. (déc.), 30 juin 2009, *Hacquemand c. France*, req. 17215/06.

Cour eur. D.H., 4 juin 2009, *Standard Verlags GmbH c. Autriche (n° 2)*, req. 21277/05.

Cour eur. D.H., 28 avril 2009, *Karakó c. Hongrie*, req. 39311/05.

Cour eur. D.H., 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid c. Norvège*, req. 34438/04.

Cour eur. D.H., 14 avril 2009, *Tarsasag A Szabadsagjogokért c. Hongrie*, req. 37374/05.

Cour eur. D.H., 2 avril 2009, *Kydonis c. Grèce*, req. 24444/07.

Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03.

Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Ozgur Radyo-SES Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim AS c. Turquie (n°3)*, req. 10129/04.

Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n° 1 et 2)*, req. 3002/03 et 23676/03.

Cour eur. D.H., 10 février 2009, *Eerikainen et autres c. Finlande*, req. 3514/02.

Cour eur. D.H., 5 février 2009, *Brunet-Lecomte et autres c. France*, req. 42117/04.

Cour eur. D.H., 15 janvier 2009, *Orban et autres c. France*, req. 20985/05.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. 30562/04 et 30566/04.

Cour eur. D.H., 11 décembre 2008, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, req. 21132/05.

Cour eur. D.H., 18 novembre 2008, *Cemalettin Canli c. Turquie*, req. 22427/04.

Cour eur. D.H., 21 octobre 2008, *Saygili et Falakaoğlu c. Turquie*, req. 39457/03.

Cour eur. D.H., 2 octobre 2008, *Leroy c. France*, § 36109/03.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2008, *Riolo c. Italie*, req. 42211/07.

Cour eur. D.H., 1^{er} juillet 2008, *Daroczy c. Hongrie*, req. 44378/05.

Cour eur. D.H., 29 juin 2008, *Flux c. Moldavie (n° 6)*, req. 22824/04.

Cour eur. D.H., 22 avril 2008, *Demades c. Turquie*, req. 16219/90.

Cour eur. D.H., 27 mars 2008, *Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, req. 26698/05.

Cour eur. D.H., 14 février 2008, *July et SARL Libération c. France*, req. 20893/03.

Cour eur. D.H., 17 janvier 2008, *Ryakib Biryankov c. Russie*, req. 14810/02.

Cour eur. D.H., 17 janvier 2008, *Vasilakis c. Grèce*, req. 25145/05.

Cour eur. D.H., 8 janvier 2008, *Saygili et autres c. Turquie*, req. 19353/03.

Cour eur. D.H., 13 décembre 2007, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines c. Turquie*, req. 40998/98

Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, req. 69698/01.

Cour eur. D.H., 6 décembre 2007, *Katrami c. Grèce*, req. 19331/05.

Cour eur. D.H., 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldavie*, req. 42864/05.

Cour eur. D.H., 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin and Anghel c. Moldavie*, req. 42864/05.

Cour eur. D.H., 22 novembre 2007, *Voskuil c. Pays-Bas*, req. 64752/01.

Cour eur. D.H., 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russie*, req. 72118/01.

Cour eur. D.H., 7 novembre 2007, *Mamère c. France*, req. 12697/03.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02.

Cour eur. D.H., 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, req. 74336/01.

Cour eur. D.H., 11 octobre 2007, *Bekir-Ousta et autres c. Grèce*, req. 35151/05.

Cour eur. D.H., 4 octobre 2007, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, req. 32772/02.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, req. 21279/02 et 36448/02.

Cour eur. D.H., 27 septembre 2007, *Dzhavadov c. Russie*, req. 30160/04.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2007, *Ormanni c. Italie*, req. 30278/04.

Cour eur. D.H., 7 juillet 2007, *Lionarakis c. Grèce*, req. 1131/05.

Cour eur. D.H., 28 juin 2007, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekinjdjiev c. Bulgarie*, req. 62540/00.

Cour eur. D.H., 12 juin 2007, *Gianvito c. Italie*, req. 27654/03.

Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. 1914/02.

Cour eur. D.H., 6 juin 2007, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 71111/01.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 mai 2007, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, req. 52391/99.

Cour eur. D.H., 3 mai 2007, *Ulusoy et autres c. Turquie*, req. 34797/03.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05.

Cour eur. D.H., 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. 5410/03.

Cour eur. D.H., 15 février 2007, *Boldea c. Roumanie*, req. 19997/02.

Cour eur. D.H., 14 décembre 2006, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche (n° 2)*, req. 10520/02.

Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Xenides-Arestis c. Turquie*, req. 46347/99.

Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 35841/02.

Cour eur. D.H., 9 novembre 2006, *Leempoel et S.A. Editions Ciné Revue c. Belgique*, req. 64772/01.

Cour eur. D.H., 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. 12697/03.

Cour eur. D.H., 2 novembre 2006, *Standard Verlags GmbH c. Autriche*, req. 13071/03.

Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Moser c. Autriche*, req. 12643/02.

Cour eur. D.H., 21 septembre 2006, *Monnat c. Suisse*, req. 73604/01.

Cour eur. D.H. (déc.), 10 juillet 2006, *Sdružení Jihočeské Matky c. République tchèque*, req. 19101/03.

Cour eur. D.H. (déc.), 10 juillet 2006, *Sdružení Jihočeské Matky c. Tchéquie*, req. 19101/03.

Cour eur. D.H. (déc.), 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, req. 54934/00.

Cour eur. D.H., 14 juin 2006, *Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. 71111/01.

Cour eur. D.H., 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, req. 62332/00.

Cour eur. D.H., 4 mai 2006, *Alinak et al. c. Turquie*, req. 34520/97.

Cour eur. D.H. 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01.

Cour eur. D.H., 25 avril 2006, *Stoll c. Suisse*, req. 69698/01.

Cour eur. D.H., 11 avril 2006, *Brasilier c. France*, req. 71343/01.

Cour eur. D.H., 18 avril 2006, *Roseiro Bento c. Portugal*, req. 29288/02.

Cour eur. D.H., 30 mars 2006, *Ozgur Radyo-SES Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim AS c. Turquie (n°1)*, req. 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00 et 64184/00.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 29 mars 2006, *Achour c. France*, req. 67335/01.

Cour eur. D.H., 7 mars 2006, *Evans c. Royaume-Uni*, req. 6339/05.

Cour eur. D.H., 31 janvier 2006, *Giniewski c. France*, req. 64016/00.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, req. 73797/01.

Cour eur. D.H., 10 novembre 2005, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, req. 52391/99.

Cour eur. D.H., 25 octobre 2005, *Yüksel (Geyik) c. Turquie*, req. 56362/00.

Cour eur. D.H. (déc.), 11 octobre 2005, *Kent Pharmaceuticals Limited and Others c. the United Kingdom*, req. 9355/03.

Cour eur. D.H., 27 septembre 2005, *Petri Sallinen et autres c. Finlande*, req. 50882/99.

Cour eur. D.H. (déc.), 6 septembre 2005, *Leveau et Fillon c. France*, req. 63512/00 et 63513/00.

Cour eur. D.H. (déc.), 14 juin 2005, *Minelli c. Suisse*, req. 14991/02, § 55.

Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, req. 41604/98.

Cour eur. D.H., 29 mars 2005, *Alinak c. Turquie*, req. 40287/98.

Cour eur. D.H., 1^{er} mars 2005, *Birol c. Turquie*, req. 44104/98.

Cour eur. D.H., 22 février 2005, *Novosseletski c. Ukraine*, req. 47148/99.

Cour eur. D.H., 22 février 2005, *Pakdemirli c. Turquie*, req. 35839/97.

Cour eur. D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. 42758/98 et 45558/99.

Cour eur. D.H., 15 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, req. 68416/01.

Cour eur. D.H., 11 janvier 2005, *Sciacca c. Italie*, req. 50774/99.

Cour eur. D.H., 21 décembre 2004, *Busuioc c. Moldavie*, req. 61513/00.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *Cumpana et Mazare c. Roumanie (GC)*, req. 33348/96.

Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. 48939/99.

Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Selistö c. Finlande*, req. 52273/07.

Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00.

Cour eur. D.H., 10 novembre 2004, *Achour c. France*, req. 67335/01.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, req. 48939/99.

Cour eur. D.H., 16 novembre 2004, *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, req. 53678/00.

Cour eur. D.H., 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, req. 46572/99.

Cour eur. D.H. (déc.), 21 septembre 2004, *Abeberry c. France*, req. 58729/00.

Cour eur. D.H., 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, req. 55480/00 et 59330/00.

Cour eur. D.H., 29 juin 2004, *Affaire Chauvy et autre c. France*, req. 64915/01.

Cour eur. D.H., 26 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*, req. 59320/00.

Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas c. Grèce*, req. 65545/01.

Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonie*, req. 57829/00.

Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, req. 66746/01.

Cour eur. D.H., 27 mai 2004, *Rizos et Daskas c. Grèce*, req. 65545/01.

Cour eur. D.H. (déc.), 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, req. 57597/00.

Cour eur. D.H., 18 mai 2004, *Editions Plon c. France*, req. 58148/00.

Cour eur. D.H., 30 mars 2004, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00.

Cour eur. D.H. (Gde ch.), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, req. 44158/98.

Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, *Muslum Gunduz c. Turquie*, req. 35071/97.

Cour eur. D.H., 4 décembre 2003, *Gunduz c. Turquie*, req. 35071/97.

Cour eur. D.H., 28 novembre 2003, *Steur c. Pays-Bas*, req. 39657/98.

Cour eur. D.H. (déc.), 18 novembre 2003, *Loiseau c. France*, req. 46809/99.

Cour eur. D.H. (déc.), 23 septembre 2003, *Radio France et autres c. France*, req. 53984/00.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, req. 63737/00.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Craxi c. Italie (n° 2)*, req. 25337/94.

Cour eur. D.H., 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, req. 33400/96.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2003, *Perry c. Royaume-Uni*, req. 63737/00.

Cour eur. D.H. (déc.), 1^{er} juillet 2003, *Prisma presse c. France*, req. 66910/01.

Cour eur. D.H., 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, req. 44179/98.

Cour eur. D.H. (déc.), 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, req. 65831/01.

Cour eur. D.H., 19 juin 2003, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, req. 49017/99.

Cour eur. D.H. (déc.), 13 mai 2003, *Antoine c. Royaume-Uni*, req. 62960/00.

Cour eur. D.H. (déc.), 6 mai 2003, *P4 Radio Helle Norge ASA c. Norvège*, req. 76682/01.

Cour eur. D.H. (déc.), 13 mai 2003, *Julio Bou Gibert et El Hogar Y La Moda J.A. c. Espagne*, req. 14929/02.

Cour eur. D.H., 11 mars 2003, *Lesnik c. Slovaquie*, req. 35640/97.

Cour eur. D.H., 18 février 2003, *Prado Bugallo c. Espagne*, req. 58496/000.

Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. 42326/98.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. 42326/98, § 42.

Cour eur. D.H., 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. 44647/98.

Cour eur. D.H., 12 novembre 2002, *Ploski c. Pologne*, req. 26761/95.

Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith Cavell c. Belgique*, req. 32576/96.

Cour eur. D.H., 15 octobre 2002, *Aye Öztürk c. Turquie*, req. 24914/94.

Cour eur. D.H., 24 septembre 2002, *M.G. c. Royaume Uni*, req. 39393/98.

Cour eur. D.H., 26 juillet 2002, *Meftah c. France*, req. 32911/96.

Cour eur. D.H., 9 juillet 2002, *Seher Karatas c. Turquie*, req. 33179/960.

Cour eur. D.H., 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, req. 51279/99.

Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2346/02.

Cour eur. D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, req. 37971/97.

Cour eur. D.H., 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, req. 46726/99.

Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2340/02.

Cour eur.D.H., 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, req. 31611/96.

Cour eur. D.H., 14 mars 2002, *Gawęda c. Pologne*, req. 26229/95.

Cour eur. D.H., 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, req. 31611/96.

Cour eur. D.H., 25 février 2002, *Krone Verlag GbmH & Co. AG c. Autriche*, req. 34315/96.

Cour eur. D.H. (déc.), 16 octobre 2001, *Verdens Gang et Aase c. Norvège*, req. 45710/99.

Cour eur. D.H., 2 octobre 2001, *G.B. c. France*, req. 44069/98.

Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. 44787/98.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, req. 39288/98.

Cour eur. D.H., 17 juillet 2001, *İrfan Bilgin c. Turquie*, req. 25659/94.

Cour eur. D.H., 28 juin 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. 24699/94.

Cour eur. D.H., 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, req. 38432/97.

Cour eur. D.H., 27 février 2001, *Jerusalem c. Autriche*, req. 26958/95.

Cour eur. D.H., 6 février 2001, *Tammer c. Estonie*, req. 41205/98.

Cour eur. D.H. (déc.), 12 décembre 2000, *Campani y Diez de Revenga et Lopez-Galiacho Perona c. Espagne*, req. 54224/00.

Cour eur. D.H., 28 septembre 2000, *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, req. 37698/97.

Cour eur. D.H., 15 juin 2000, *Erdogdu c. Turquie*, req. 25723/940

Cour eur. D.H. (déc.), 16 mai 2000, *G.B. c. France*, req. 44069/98.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95.

Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. 28341/95.

Cour eur. D.H., 2 mai 2000, *Bergens Tidende et autres c. Norvège*, req. 26132/95.

Cour eur.D.H. (gde ch.), 6 avril 2000, *Comingersoll S.A. c. Portugal*, req. 35382/97.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 février 2000, *Amann c. Suisse*, req. 27798/95.

Cour eur. D.H., 29 février 2000, *Fuentes bobo c. Espagne*, req. 39293/98.

Cour eur. D.H., 11 janvier 2000, *News Verlags GmbH & CoKG*, req. 31457/96.

Cour eur. D.H. (déc.), 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c. France*, req. 45129/98.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 novembre 1999, *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, req. 23118/93.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 28 septembre 1999, *Öztürk c. Turquie*, req. 22479/930

Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, req. 21980/93.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, req. 29183/95.

Cour eur. D.H., 21 janvier 1999, *Janowski c. Pologne*, req. 25716/94.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, req. 24662/94.

Cour eur. D.H., 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, req. 22954/93.

Cour eur. D.H., 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, req. 27671/95.

Cour eur. D.H., 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, req. 26695/95.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. 22678/93, § 46.

Cour eur. D.H., 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. 23224/94.

Cour eur. D.H., 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, req. 14967/89.

Cour eur. D.H. (Gde ch.), 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. France*, req. 19392/92.

Comm. eur. D.H. (déc.), 14 janvier 1998, *Herbecq et al. c. Belgique*, req. 32200/96 et 32201/96.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 25 novembre 1997, *Grigoriades c. Grèce*, req. 24348/94.

Cour eur. D.H., 29 août 1997, *Worm c. Autriche*, req. 22714/93.

Cour eur. D.H., 1^{er} juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche (n° 2)*, req. 20834/92.

Cour eur. D.H., 25 juin 1997, *Halford c. Royaume-Uni*, req. 20605/92.

Cour eur. D.H., 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, req. 22009/93.

Cour eur. D.H., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. 19983/92.

Cour eur. D.H., 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. 21627/93, 21826/93 et 21974/93.

Cour eur. D.H., 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. 17419/90.

Comm. eur. D.H., 24 juin 1996, *Marais c. France (déc.)*, req. 31159/96.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. 17488/90.

Cour eur. D.H., 13 juillet 1995, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, req. 18139/91.

Cour eur. D.H., 27 avril 1995, *Piermont c. France*, req. 15773/89.

Cour eur. D.H., 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, req. 15974/90.

Cour eur. D.H., 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf ! c. Pays-Bas*, req. 16616/90.

Cour eur. D.H., 9 décembre 1994, *Les Sains monastères c. Grèce*, req. 13092/87 et 13984/88.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89.

Cour eur. D.H., 21 septembre 1994, *Fayed c. Royaume-Uni*, req. 17101/90.

Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. 15890/89.

Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, req. 13710/88.

Comm. eur. D.H. (déc.), 9 décembre 1992, *F. Reyntjens c. Belgique*, req. 16810/90.

Comm. eur. D.H. (déc.), 7 décembre 1992, *Lupker et autres c. Pays-Bas*, req. 18395/91.

Cour eur. D.H., 28 août 1992, *Schwabe c. Autriche*, req. 13704/88.

Cour eur. D.H., 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, req. 13778/88.

Cour eur. D.H., 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. 11798/85.

Cour eur. D.H., 25 mars 1992, *Campbell c. Royaume-Uni*, req. 13590/88.

Cour eur. D.H., 27 février 1992, *Manifattura FL c. Italie*, req. 12407/86.

Cour eur. D.H.(plén.), 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. 13585/880.

Cour eur. D.H. (plén.), 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, req. 13166/87.

Comm. eur. D.H. (déc.), 2 septembre 1991, *Dujardin c. France*, req. n° 16.734/90.

Comm. eur. DH. (déc.), 9 juillet 1991, *Yvonne Chave c. France*, req. 14461/88.

Cour eur. D.H., 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, req. 11662/85.

Cour eur. D.H., 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, req. 11034/84.

Cour eur. D.H., 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, req. 12726/87.

Cour eur. D.H., 24 avril 1990, *Huvig c. France*, req. 11105/84.

Cour eur. D.H., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et csts c. Suisse*, req. 10890/84.

Cour eur. D.H., 20 novembre 1989, *Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. 10572/83.

Cour eur. D.H. (plén.), 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, req. 10572/83.

Cour eur. D.H. (plén.), 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume Uni*, req. 10454/83.

Cour eur. D.H., 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, req. 10461/83.

Comm. eur. D.H., 14 décembre 1988, *Commune de Rothenthurm c. Suisse*, req. 13252.

Comm. eur. D.H., 12 octobre 1988, *Verien Kontakt c. Autriche*, req. 11921/86.

Comm. eur. D.H. (déc.), 6 juillet 1988, *I. Hilton c. Royaume-Uni*, req. 12015/86.

Cour eur. D.H., 20 juin 1988, *Schönenberger et Durmaz c. Suisse*, req. 11368/85.

Comm. eur. D.H. (rapp.), 13 novembre 1987, *Gaskin c. Royaume-Uni*, req. 10454/83.

Cour eur. D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, req. 9248/81.

Cour eur. D.H., 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. 9815/82, § 41.

Cour eur. D.H., 25 mars 1985, *Barthold c. Allemangne*, req. 8734/79.

Cour eur. D.H. (plén.), 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. 8691/79.

Cour eur. D.H., 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*, req. 8209/78. Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Axen c. Allemagne*, req. 8273/78.

Cour eur. D.H., 8 décembre 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. 7784/77.

Cour eur. D.H., 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, req. 7299/75 et 7496/76.

Comm. eur. D.H., 16 juillet 1982, *X c. République Fédérale d'Allemagne*, req. 9235/81.

Comm. eur. D.H. (déc.), 4 mai 1979, *X. c. Autriche*, req. 8170/78.

Cour eur. D.H. (plén.), 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, req. 6538/74.

Cour eur. D.H. (plén.), 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. 5029/71.

Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. 5493/72.
Comm. eur. D.H. (déc.), 12 octobre 1973, *X c. Royaume-Uni*, req. 5877/72.
Comm. eur. D.H., 17 décembre 1968, *Church of Scientology of California c. United Kingdom*, req. 3798/68.
Cour eur. D.H., 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. 214/56.
Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, 24 novembre 2005, *Tourancheau c. France*, req. 53886/00.
Cour eur. D.H. (déc.), *Radio France et autres c. France*, 23 septembre 2003, req. 53984/00.

B. Cour de justice de l'Union européenne

C.J.U.E., 24 septembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.
C.J.U.E., 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.
C.J.U.E., 14 février 2019, C-345/17, *Sergejs Buivids*.
C.J.U.E., 7 août 2018, C-161/17, *Land-Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*.
C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*.
C.J.U.E. (gde ch.), 20 décembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*.
C.J.U.E., 20 décembre 2017, C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*.
C.J.U.E., 10 octobre 2017, C-413/15, *Elaine Farrell c. Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*.
C.J.U.E., 27 septembre 2017, C-73/16, *Peter Puškár c. Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky, Kriminálny úrad finančnej správy*.
C.J.U.E. (gde ch.), 26 juillet 2017, avis 1/15.
C.J.U.E., 14 juin 2017, C-610/05, *Stichting Brein*.
C.J.U.E., 9 mars 2017, C-398/15, *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*.
C.J.U.E. (gde ch.), 21 décembre 2016, C-203/15, C-698/15, C-203/15 et C-698/15, *Tele2 Sverige*.
C.J.U.E., 19 octobre 2016, C-582/14, *Patrick Breyer c. République d'Allemagne*.
C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*.
C.J.U.E., 6 octobre 2015, C-362/14, *Schrems c. Data Protection Commissioner of Ireland*.
C.J.U.E. (ass. plén.), 18 décembre 2014, avis 2/13.

C.J.U.E. (gr. ch.), 13 mai 2014, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*.

C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

C.J.U.E. (gde ch.), 8 avril 2014, C-288/12, *Commission c. Hongrie*.

C.J.U.E., 27 mars 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*.

C.J.U.E., 13 février 2014, C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB*.

C.J.U.E., 7 mars 2013, C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd e.a. c. TVCatchup Ltd*.

C.J.U.E., 22 janvier 2013, C-283/11, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*.

C.J.U.E. (gde ch.), 16 octobre 2012, C-614/10, *Commission c. Autriche*.

C.J.U.E., 19 avril 2012, C-461/10, *Bonnier Audio e.a.*

C.J.U.E., 15 mars 2012, C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*.

C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-468/10 et C-469/10, *ASNEF et FECEMD c. Administración del Estado*.

C.J.U.E. (gde ch.), 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH c. X, et Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited, A&M*, 2012/4, p. 344, note E. Taelman, « Forum shopping en rechtsbescherming tegen onrechtmatige publicaties op internet » ; *CML Rev.*, 2012/3, p. 1211, note J. Kuipers, « Brussels I regulation: jurisdiction and applicable law relating to a tort » ; *Computerr.*, 2012/1, p. 44, note C. Vanleenhove, « Het Hof van Justitie als forum actoris voor slachtoffers van een lasterlijke publicatie op het internet » ; *J.D.E.*, 2011, p. 313; *J.T.*, 2002, p. 192, note P. Peters, « Compétence élargie du tribunal du domicile de la victime d'une atteinte au droit de la personnalité - Quid en cas d'atteinte aux droits intellectuels? » ; *Rev. crit. dr. intern. Privé*, 2012/2, p. 389, note H. Muir Watt, « Compétence juridictionnelle et contenus illicites diffusés sur Internet – Rapport entre la clause 'marché intérieur' de la directive commerce électronique et le conflit de lois intra-européen en matière de droit privé » ; *S.E.W.*, 2012/5, p. 207, note B. Drijber, « Onrechtmatige publicaties verspreid via internet - Nieuw bevoegdheidscriterium » ; *R.D.C.*, 2013/5, p. 394, note T. Kruger, F. Van Overbeeke, « Over het toepassingsgebied van het herkomstlandbeginsel in het spanningsveld tussen het vrij verkeer en het IPR ».

C.J.U.E., 2 décembre 2010, C-108/09, *Ker-Optika bt c. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*.

C.J.U.E. (gde ch.), 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*.

C.J.U.E. (gde ch.), 9 mars 2010, C-518/07, *Commission c. Allemagne*.

C.J.U.E., 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*.

C.J.C.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-73/07, *Tietosuoja-valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*.

C.J.C.E. (gde ch.), 16 décembre 2008, C-524/06, *Heinz Huber c. République d'Allemagne*.

C.J.U.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA c. Etat belge*

C.J.U.E., 13 décembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e.a.*

C.J.U.E., 7 décembre 2006, C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA.*

C.J.C.E., 4 juillet 2005, C-192/04, *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), § 31.*

C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media, § 30.*

C.J.U.E., 6 novembre 2003, C-101/01, *Bodil Lindqvist c. Aklagarkammaren I Jönköping.*

C.J.C.E., 20 mai 2003, C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e.a.*

C.J.U.E., 22 octobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, en présence de la Commission des Communautés européennes.*

C.J.C.E., 14 septembre 2000, C-369/98, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Trevor Robert Fisher and Penny Fisher.*

C.J.U.E., 7 mars 1995, C-68/93, *Shevill et autres c. Presse Alliance.*

C.J.C.E., 18 juin 1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres.*

C.J.C.E., 18 octobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commission.*

C.J.U.E., 17 octobre 1989, C-85/87, *Dow Benelux c. Commission.*

C.J.U.E., 21 septembre 1989, C-46/87 et C-227/88, *Hoechst AG c. Commission.*

C.J.C.E., 15 mai 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary.*

C.J.U.E., 26 juin 1980, C-136/79, *National Panasonic (UK) Ltd c. Commission.*

C.J.C.E., 15 juin 1978, C-149/77, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.*

C.J.C.E., 14 mai 1974, C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission.*

C.J.C.E., 12 novembre 1969, C-29/69, *Erich Stauder c. Ville de Ulm.*

Conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).*

Conclusions de l'Avocat général Maciej Szpunar présentées le 10 janvier 2019, C-136/17, *G. C., A. F., B. H., E. D. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).*

Conclusions de l'Avocat général Niilo Jääskinen présentées le 25 juin 2013, C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.*

Conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalon présentées le 12 décembre 2013, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland.*

Conclusions de l'Avocate générale Juliane Kokott présentées le 8 mai 2008, C-73/07, *Tietosuoja- ja valtuutus c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*.

T.U.E. (ord.), 11 mars 2013, T-462/12, *Pilkington Group Ltd c. Commission européenne*.

C. Jurisprudence belge

1. Cour constitutionnelle

C.c., 19 novembre 2015, n° 165/2015.

C.c., 17 septembre 2015, n° 112/2015.

C.c., 11 juin 2015, n° 83/2015.

C.c., 8 mars 2012, n° 41/2012.

C.c., 3 décembre 2009, n° 17/2009.

C.c., 19 septembre 2007, n° 118/2007, *M.B.*, 31 octobre 2007, p. 56149 ; *J.T.*, 2008, p. 432, note T. BOMBOIS, C. DUBOIS, « La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt Varec de la Cour de justice » ; *J.L.M.B.*, 2007/36, p. 1498 ; *R.A.B.G.*, 2008/6, p. 382, note S. JOCHEM, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 63 ; *R.W.*, 2007-08, p. 423 (sommaire) ; *T.B.P.*, 2008/5, p. 299.

C.c., 10 mai 2007, n° 75/2007, *B.4* ; *M.B.*, 19 juin 2007, p. 33630 ; *N.C.*, 2007/4, p. 278 ; *R.A.B.G.*, 2007/12, p. 799 ; *Chron. D.S.*, 2008, p. 730, note P. BRASSEUR, « Harcèlement : l'art. 442bis du Code pénal » ; *T.B.P.*, 2008/4, p. 234 ; *T.R.V.*, 2007/5, p. 338, note F. PARREIN, « Kan een rechtspersoon worden gestalkt ? Enkele bedenkingen over het privéleven en de rust van een rechtspersoon » ; *T. Strafr.*, 2008/1, p. 35, note P. DE HERT, J. MILLEN, A. GROENEN, « Het delict belaging in wetgeving en rechtspraak. Bijna tot redelijke proporties gebracht ».

C.c., 21 février 2007, n° 31/2007.

C.c., 7 juin 2006, n° 91/2006, *A&M*, 2006/3, p. 295, note ; *M.B.*, 23 juin 2006, p. 32141 (extraits) ; *Juristenkrant*, 2006/132, p. 17 ; *Mediaforum*, 2006/7-8, p. 235 ; *N.j.W.*, 2006/147, p. 645, note P. VALCKE, E. LIEVENS et E. WERKERS, « Bronnengeheim voor bloggers » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/1, p. 83 ; *R.W.*, 2006-07, p. 38 et p. 1349, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid », *T.B.P.*, 2007/10, p. 597.

C.c., 22 mars 2006, n° 47/2006, *Mon. b.*, 31 mai 2006 ; *A.P.M.*, 2006, p. 72 (sommaire) ; *A&M*, 2006/3, p. 290 (sommaire), note K. LEMMENS, « Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften » ; *Juristenkrant*, 2006/128, p. 16 ; *J.T.*, 2006, p. 458, note E. MONTERO, « Quand la responsabilité en cascade cessera-t-elle de faire des vagues ? » ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1406, note P. DEFOURNY, « Responsabilité de la presse. La faute légère accidentelle du journaliste, l'article 25, alinéa 2, de la Constitution et l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail » ; *J.T.T.*, 2006, p. 332 ; *C.D.P.K.*, 2006, p. 950, note F. VANDEVENNE, « Le journaliste salarié, un cascadeur constitutionnel », et note A. VERDOODT, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de journalist-werknemer » ; *R.G.A.R.*,

2007, 14269 ; R.W., 2005-2006, p. 1318 (reflet) ; R.W., 2006-2007, p. 1348, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid » ; R.G.D.C., 2006, p. 610, note A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2 de la Constitution) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) » ; T.B.P., 2007, p. 302.

C.c., 19 janvier 2005, n° 16/2005.

C.c., 20 octobre 2004, n° 162/2004.

C.c., 22 juillet 2004, n° 136/2004

C.c., 10 juillet 2002, n° 128/2002.

C.c., 19 janvier 2000, n° 7/2000.

C.c., 7 décembre 1999, n° 129/99.

C.c., 15 juillet 1999, n° 91/99.

C.c., 30 juin 1999, n° 81/99.

C.c., 14 octobre 1997, n° 61/97.

C.c., 12 juillet 1996, n° 45/96, M.B., 27 juillet 1996, p. 20027 ; *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, p. 338 ; J.T., 1997, p. 95 ; J.L.M.B., 1996, p. 1068 ; C.D.P.K., 1997, p. 599 ; *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 47, note de F. RINGELHEIM ; R.W., 1996-97, p. 1222 ; T. *Vreemd.*, 1996, p. 139.

C.c., 12 juillet 1995, n° 62/95, M.B., 12 août 1995, p. 23436.

C.c., 21 mars 1995, n° 25/95.

2. Conseil d'Etat

C.E., 6 avril 2017, *Knockaert c. commune de Watermael-Boitsfort*, n° 237.908

C.E., 30 septembre 2016, *Blairon c. ville de Mons*, n° 236.594

C.E., 24 septembre 2015, *Delcoigne c. société régionale du Port de Bruxelles*, n° 232.323

C.E. fr., 24 avril 2013, n° 350705

C.E., 11 janvier 2012, *Province de Liège c. Communauté française*, n° 217.152.

C.E., 21 décembre 2009, n° 195.165, J.-P. Reamaekers c. *Etat belge*

C.E., 21 novembre 2008, *Ebroin c. s.a. de droit public La Poste*, n° 188.126

C.E., 7 juillet 2008, *Thiry c. Zone de Police de Seraing-Neupré*, n° 185.198.

C.E., 24 octobre 2006, n° 164.028.

C.E., 26 avril 2005, *Van Merris c. commune d'Uccle*, n° 143.683.

C.E., 2 juillet 1997, *Heye c. Agence régionale pour la propreté Bruxelles-Propreté*, n° 67.285.

C.E., 14 octobre 1996, n° 62.547, *Act. fisc.*, 1997/9, p. 7 ; *Cour. fisc.*, 1996, p. 598 ; *Pas.*, 1996, IV, p. 113 ; R.R.D., 1996, p. 664 ; R.D.J.P., 1996, p. 216, note.

C.E. (6^{ème} ch.), 4 février 1987, n° 27.497, *A.P.M.*, 1987, p. 32 ; *Pas.*, 1990, IV, p. 67 ; *T.B.P.*, 1988, p. 107 (abrégé).

C.E., 10 janvier 1984, n° 23.870, *Van Bever*.

3. Cour de cassation

Cass. (1^{ère} ch.), 8 novembre 2018.

Cass. (1^{ère} ch.), 2 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 462, note F. GLANSDORFF, « Sanction de l'abus de droit : réduction ou privation du droit ? » ; Gand, 8 octobre 2014, *N.j.W.*, 2015/333, p. 919, note P. BRULEZ, « Rechtsverwerking ».

Cass. (1^{ère} ch.), 22 juin 2017, *For. ass.*, 2018/180, p. 4, note J. FAGNART, « Les efforts accrus, concept inutile et confus » ; *R.G.A.R.*, 2017/7, n° 15405 ; *Bull. ass.*, 2018/2, p. 201.

Cass. (3^{ème} ch.), 3 avril 2017, *J.T.T.*, 2017, p. 293 ; *R.W.*, 2017-2018, p. 1414, note P. DION, Y. STEVENS, « Herstel 'in natura' in het sociaizekerheidsrecht: een (on)gewenste exoot ? ».

Cass. (1^{ère} ch.), 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018/1, p. 41, note J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective » ; *For. ass.*, 2017, p. 211, note B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? ».

Cass. (1^{ère} ch.), 26 janvier 2017, *A.P.T.*, 2017/3, p. 290 (sommaire) ; *R.G.A.R.*, 2017/7, n° 15404 ; *R.W.*, 2018-2019, p. 261 (sommaire) ; *Bull. ass.*, 2018/2, p. 203.

Cass. (3^{ème} ch.), 17 octobre 2016, *J.L.M.B.*, 2018/23, p. 1072, note G. GENICOT, « La naissance d'un enfant en bonne santé à la suite, soit d'une stérilisation qui échoue, soit d'une IVG qui n'atteint pas son but, ne constitue pas en soi un préjudice pour la mère » ; *R.G.A.R.*, 2017/5, n° 15839, note G. HAARSCHER ; *R.W.*, 2017-2018, p. 859 ; *Rev. dr. santé*, 2016-17/5, p. 299, note G. GENICOT, « Naissance et (absence de) préjudice ».

Cass. (1^{ère} ch.), 8 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017/4, n° 15377 ; *Chron. D.S.*, 2017/1, p. 39 (sommaire) ; *Bull. ass.*, 2017/3, p. 286.

Cass. (3^{ème} ch.), 23 mai 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 668.

Cass. (1^{ère} ch.), 29 avril 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 459, note M. CLEMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? » ; *Computerr.*, 2017/1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair ? » ; *Juristenkrant*, 2016/333, p. 5 ; *J.T.*, 2016, p. 609, note E. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation » ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 208 ; *N.j.W.*, 2016/350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar » ; *R.D.C.*, 2017/2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

Cass. (1^{ère} ch.), 23 octobre 2015, *Pas.*, 2015/10, p. 2418 ; *R.G.A.R.*, 2016/2, n° 15271 ; *R.W.*, 2016-2017, p. 1660 ; *Bull. ass.*, 2016/3, p. 358.

Cass. (plén.), 14 novembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014/11, p. 2597 ; *J.T.*, 2015, p. 221, note B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime » ; *J.L.M.B.*, 2015/6, p. 264, note G. GENICOT,

« Comparaison sans raison n'est pas solution » ; *J.L.M.B.*, 2015/6, p. 264, note Y. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? » ; *Pas.*, 2014/11, p. 2539 ; *Pas.*, 2014/11, p. 2541 ; *R.W.*, 2014-2015/13, p. 519 ; *R.W.*, 2014-2015/41, p. 1611, note N. VAN DE SYPE, « Geen vergoeding voor wrongful life » ; *Rev. dr. santé*, 2014-2015/3, p. 186, note A. HUYGENS, « Wrongful-life-vordering overleeft cassatietoets niet ».

Cass. (1^{ère} ch.), 27 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1947.

Cass. (2^{ème} ch.), 29 octobre 2013.

Cass. (2^{ème} ch.), 29 octobre 2013, *J.T.*, 2014, p. 391, note Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? » ; *A.P.T.*, 2014, p. 93 (sommaire) ; *N.j.W.*, 2014, p. 406, note E. BREWAEYS, « Persmisdrijf via internet » ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 519 ; *T. Strafr.*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK, « Internet : spreken is zilver, schrijven is goud? Drukpersmisdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak Belkacem » ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1944 ; *Pas.*, 2013, p. 2091 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 119 (sommaire) ; *R.W.*, 2014-2015, p. 702 (sommaire) ; Cass. (2^e ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 254 ; Cass. (2^e ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 255 ; *A&M*, 2012, p. 133, note E. CRUYSMANS, « L'image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? ».

Cass. (3^{ème} ch.), 30 septembre 2013, *Pas.*, 2013/9, p. 1827 ; *R.A.B.G.*, 2014/4, p. 228 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/2, p. 430 (sommaire).

Cass. (3^{ème} ch.), 18 mars 2013, *Arr. Cass.*, 2013/3, p. 777 ; *J.T.*, 2013, p. 343 ; *J.L.M.B.*, 2013/17, p. 922 ; *J.T.T.*, 2013, p. 259 ; *Pas.*, 2013/3, p. 723 ; *Chron. D.S.*, 2014/2, p. 89.

Cass. (1^{ère} ch.), 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174, note E. DE LOPHEM, « “Couvrez cette pièce que je ne saurais voir”. La recherche d'un équilibre entre le principe du contradictoire et la préservation de la confidentialité d'informations » ; *T.B.O.*, 2013/2, p. 84, note T. TOREMANS, F. DUPON, « Over de tegenspraak, de mededeling van stukken en de bescherming van het zakengeheim tijdens het gerechtelijk deskundigenonderzoek » ; *R.D.J.P.*, 2013/2, p. 53.

Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012 (RG P.11.1374.N), *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *J.T.*, 2012, p. 505, note Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'Internet – Le temps du “délit de presse 2.0” est-il (enfin) arrivé ? » ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790 ; *N.j.W.*, 2012, p. 342, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *R.D.T.I.*, 2013, p. 81, note R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise ».

Cass. (2^{ème} ch.), 6 mars 2012 (RG P.11.0855.N), *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *A&M*, 2012/2-3, p. 253, note D. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19^{de} naar de 21^{ste} eeuw: internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers ! » ; *N.j.W.*, 2012, p. 341, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *N.C.*, 2012/3, p. 223 ; *Pas.*, 2012, p. 357 ; *R.A.B.G.*, 2012, p. 877 ; *R.D.T.I.*, 2013, p. 82, note R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise » ; *R.W.*, 2012-2013, p. 144.

Cass. (2^{ème} ch.), 29 novembre 2011, *Ius & Actores*, 2012/2, p. 45 ; *J.T.*, 2012, p. 463, note M.-F. RIGAUX, « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* » ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 191, note M. CALUWAERTS, « Responsabilité pénale du commissaire dans l'affaire Lernhout & Hauspie » ; *T. Strafr.*, 2012/6, p. 447, note D. LIBOTTE, « Nogmaals over de verbeurdverklaring van het voorwerp van het witwasmisdrijf » ; *T. Strafr.*, 2013/3, p. 176, note E. BAEYENS, « De duur van het beraad in hoger beroep en de redelijke termijn: het Hof van Cassatie houdt een (feitelijk) oogje in het zeil ».

Cass. (1^{ère} ch.), 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011/11, p. 2514 ; *R.W.*, 2012-13, p. 501, note de B. VAN DEN BERGH, « De syndicus als procespartij : een orgaan is geen (gewone) lasthebber » ; *R.C.D.I.*, 2013/1, p. 21 ; *R.G.D.C.*, 2013/1, p. 31, note de J. DEL CORRAL, « De syndicus en de tegenvordering: wat mag en wat kan ? » ; *R.D.C.*, 2012/3, p. 313 ; *T.B.O.*, 2012/3, p. 111 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012/3, p. 173.

Cass. (1^{ère} ch.), 23 septembre 2011, *Pas.*, 2011/9, p. 2034.

Cass. (3^{ème} ch.), 6 juin 2011, *Pas.*, 2011/6-8, p. 1599 ; *J.J.Pol.*, 2013/1, p. 7.

Cass. (3^{ème} ch.), 23 mai 2011, *Pas.*, 2011/5, p. 1404 ; *R.A.B.G.*, 2011/17, p. 1208, note S. BERNEMAN, « De uitzondering bevestigt de regel: niet ieder nieuw middel tot cassatie is onontvankelijk ! » ; *R.C.J.B.*, 2012/3, p. 425, note K. LEMMENS, « La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus ? » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/4, p. 904.

Cass. (1^{ère} ch.), 5 mai 2011, *A&M*, 2012/5, p. 437 ; *I.C.I.P.*, 2011/1, p. 50 ; *Pas.*, 2011/5, p. 1272 ; *R.C.J.B.*, 2012/3, p. 363, note L. VAN BUNNEN, « Le conflit entre les droits moraux de l'artiste et les droits du propriétaire du support matériel de l'œuvre » ; *R.G.A.R.*, 2012/3, n° 14846, note N. ESTIENNE, « Réparation en nature et responsabilité extracontractuelle » ; *R.G.D.C.*, 2012/6, p. 247, note P. WERY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle ».

Cass. (2^{ème} ch.), 16 février 2011, *Pas.*, 2011/2, p. 529 ; *R.G.A.R.*, 2012/1, n° 14814.

Cass. (1^{ère} ch.), 6 janvier 2011, *Arr. Cass.*, 2011/1, p. 41 ; *Pas.*, 2011/1, p. 44 ; *R.G.D.C.*, 2012/8, p. 388, note P. BAZIER, « Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit » ; *T.B.O.*, 2011/3, p. 109.

Cass. (2^{ème} ch.), 19 octobre 2010, *Dr. pén. entr.*, 2011/2, p. 159 ; *Pas.*, 2010/10, p. 2669.

Cass. (1^{ère} ch.), 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643 ; *Act. dr. fam.*, 2012/7, p. 156, note A. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et abus de droit », *Arr. Cass.*, 2010/10, p. 2507 ; *DAOR*, 2012/101, p. 17, note J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 » ; *Not. fisc. M.*, 2014/10, p. 263, note E. ALOFS, « De conventionele uitkering na echtscheiding: durus consensus, sed consensus ? » ; *R.A.B.G.*, 2011/13, p. 902 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1209.

Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010/10, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-12/2, p. 142, note S. JANSEN, S. STIJNS, « Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik ? » ; *R.G.D.C.*, 2012/8, p. 387, note P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit » ; *R.D.C.*, 2011/1, p. 77 (sommaire).

Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2010, *Amén.*, 2011/1, p. 45 ; *Pas.*, 2010/6-8, p. 1955.

Cass. (3^{ème} ch.), 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009/9, p. 1952 ; *Chron. D.S.*, 2010/5, p. 286 (sommaire) ; *R.D.C.*, 2010/1, p. 90 (sommaire).

Cass. (1^{ère} ch.), 23 avril 2009, *N.j.W.*, 2010/230, p. 698, note S. GUILIAMS, « Eenzelfde schade of andere schade bij pluraliteit van aansprakelijken » ; *Pas.*, 2009/4, p. 996 ; *R.A.B.G.*, 2009/17, p. 1201 ; *R.A.B.G.*, 2010/20, p. 1359, note E. DE KEZEL, « Het opzettelijk belemmeren van het recht op toegang tot de cassatierechter: aanleiding tot schadevergoeding ? ».

Cass. (3^{ème} ch.), 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 ; *Pas.*, 2009/3, p. 689 ; *R.G.D.C.*, 2010/3, p. 130, note J.-F. GERMAIN, « Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse ».

Cass. (1^{ère} ch.), 20 février 2009, *Pas.*, 2009/2, p. 553 ; *R.G.A.R.*, 2010/7, n° 14665 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1474 (sommaire).

Cass (1^{ère} ch.), 18 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010/42, p. 2006, note C. PARMENTIER, « La théorie de l'alternative légitime » ; *Pas.*, 2008/12, p. 3013 ; *R.G.A.R.*, 2009/4, n° 14500.

Cass. (1^{ère} ch.), 17 octobre 2008, *J.T.*, 2013, p. 138, note de M. MARCHANDISE, « A propos d'une prescription qui n'est pas : la péremption de l'instance », *Pas.*, 2008/10, p. 2278 ; *R.G.D.C.*, 2011/3, p. 139.

Cass. (1^{ère} ch.), 2 juin 2006, *Arr. Cass.*, 2006/6-7-8, p. 1297 ; *A&M*, 2006/4, p. 355 ; *Juristenkrant*, 2011/230, p. 9 ; *J.L.M.B.*, 2006/32, p. 1403, note F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-2010/8, p. 320.

Cass. (2^{ème} ch.), 28 mai 2008, *R.A.B.G.*, 2009/10, p. 655, note N. VAN DE SYPE, « Causaal verband en het rechtmatig alternatief » ; *N.j.W.*, 2009/195, p. 80, note I. BOONE, « Rechtmatig alternatief bij de beoordeling van het oorzakelijk verband » ; *For. ass.*, 2008/86, p. 132, note J.-L. FAGNART, « La notion de causalité et le contrôle de la Cour de cassation ».

Cass. (3^{ème} ch.), 4 février 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 265 ; *Pas.*, 2008/2, p. 320 ; *R.A.B.G.*, 2008/11, p. 635, note R. VERBEKE, « Het begrip 'eigen belang' van een rechtspersoon in de zin van artikelen 17 en 18 Ger.W. » ; *R.W.*, 2010-2011, p. 197 (sommaire) ; *Chron. D.S.*, 2008/8, p. 485 (sommaire) ; *R.D.J.P.*, 2008/4, p. 222, note C. IDOMON, « Het persoonlijk belang van een rechtspersoon om een rechtsvordering voor de hoven en rechtbanken in te stellen ».

Cass. (2^{ème} ch.), 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007/12, p. 2385 ; *J.T.*, 2008/6301, p. 160 ; *J.L.M.B.*, 2010/42, p. 2005.

Cass. (3^{ème} ch.), 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008/27, p. 1168 ; *Pas.*, 2007, p. 1609 ; *R.A.B.G.*, 2012/1, p. 64, note K. SWERTS, « Hof van Cassatie komt tegemoet aan de bewijsnood van de partijen bij bewijs geldige totstandkoming overeenkomst » ; *R.W.*, 2009-10, p. 1640, note E. NORDIN, « Het bewijs van het bestaan van een (on)geoorloofde oorzaak van een overeenkomst op grond van feiten die zich na het sluiten van die overeenkomst hebben voorgedaan ».

Cass. 20 octobre 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 1661.

Cass., 2 juin 2006, *A&M*, 2006/4, p. 355, concl. DE KOSTER ; *J.L.M.B.*, 32/2006, p. 1402, obs. F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Arr. Cass.*, 2006/6-7-8, p. 1297 ; *Juristenkrant*, 2011/230, p. 9 ; *Pas.*, 2006/5-6, p. 1302, concl. de l'Avocat Général De Koster ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/1, p. 75 ; *R.W.*, 2009-10/8, p. 320 (sommaire).

Cass. (3^{ème} ch.), 20 février 2006, *N.j.W.*, 2006/150, p. 798 ; *Pas.*, 2006/2, p. 413 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 1143 (sommaire).

Cass. (1^{ère} ch.), 26 janvier 2006, *A&M*, 2006/2, p. 180, note de H. VANHEES ; *D.C.C.R.*, 2006, p. 31, note de P. LAURENT, O. SASSERATH ; *N.j.W.*, 2006/137, p. 168 ; *Pas.*, 2006, II, p. 228 ; *R.W.*, 2006-07, p. 511, note de J. DEENE.

Cass. (2^{ème} ch.), 26 octobre 2005, *Arr. cass.*, 2005/10, p. 2045 ; *Pas.*, 2005/9-10, p. 2044 ; *R.G.A.R.*, 2007/4, n° 14245.

Cass. (1^{ère} ch.), 24 mars 2005, *Pas.*, 2005/3, p. 703 ; *R.G.A.R.*, 2007/7, n° 14282.

Cass. (2^e ch.), 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005/12, p. 1265, note G. ROSOUX, « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse » ; *A&M*, 2005/2, p. 166.

Cass. (1^{ère} ch.), 4 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004/39, p. 1714 ; *Pas.*, 2004/5-6, p. 971 ; *R.A.B.G.*, 2006/1, p. 19 ; *R.W.*, 2006-07, p. 1038, note ; *R.G.D.C.*, 2005/8, p. 485, note T. STAROSSELETS, « Restitution des arrérages en cas de résolution d'une vente en viager ou 'mesure dix fois mais ne coupe qu'une' ».

Cass. (3^{ème} ch.), 28 juin 2004, *A&M*, 2005/1, p. 73.

Cass. (1^{ère} ch.), 21 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004/39, p. 1712 ; *R.A.B.G.*, 2006/1, p. 5, note B. VEECKMANS, « De gevolgen van de nietigverklaring van een in een authentieke akte verleden overeenkomst voor wat betreft de kosten van de authentieke akte » ; *R.W.*, 2006-07, p. 1082 (sommaire) ; *T. Not.*, 2007/12, p. 695.

Cass. (1^{ère} ch.), 21 novembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 35, note de H. VANHEES ; *J.L.M.B.*, 2004, p. 856 ; *Pas.*, 2003, p. 1869.

Cass. (2^{ème} ch.), 20 novembre 2001, *Pas.*, 2001/11, p. 1900 ;

Cass. (1^{ère} ch.), 12 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10, p. 400, note F. JONGEN, « Préjudice moral, préjudice matériel et sécurité juridique ».

Cass. (1^{ère} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 244 ; *J.T.*, 2002, p. 475 (sommaire) ; *R.W.*, 2001-02, p. 778, note A. VAN OEVELEN, « De sanctie van het misbruik van contractuele rechten » ; *T. Not.*, 2001, p. 477, note C. DE WULF, « De beperkende werking van de goede trouw en het recht inzake strafbedingen toegepast op bepaalde clausules in koopakten van sociale woningen » ; *R.G.D.C.*, 2004/7, p. 396 ; Cass. (1^{ère} ch.), 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898.

Cass. (1^{ère} ch.), 29 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-01, p. 58 ; *A&M*, 2000/4, p. 443 (reflet), note E. BREWAEYS, « Het Hof van Cassatie en het verbod van censuur van art. 25 G.W. » ; *Arr. Cass.*, 2000, p. 1245 ; *Bull.*, 2000, p. 1222 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note de F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? » ; *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-01, p. 263, note A. VERDOODT, « Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 25 van de Grondwet » ; *Journ. proc.*, 2000/398, p. 25, note F. TULKENS, A. STROWEL, « L'arrêt Leempoel et Editions Ciné Revue: de l'art de mettre fin à une controverse » ; *Juristenkrant*, 2000, p. 12 (reflet), *R. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? » ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.473, note.

Cass. (2^{ème} ch.), 4 avril 2000, *Bull.*, 2000/3, p. 689

Cass. (1^{ère} ch.), 18 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 135.

Cass. (1^{ère} ch.), 8 octobre 1999, *A&M*, 2000/3, p. 289 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 974 ; *R.W.*, 1999-00, p. 1401, note de H. VANHEES.

Cass. (2^{ème} ch.), 23 juin 1999, *Bull.*, 1999, p. 971.

Cass. (1^{ère} ch.), 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1144 ; *Arr. Cass.*, 1997, p. 1092 ; *R.G.D.C.*, 1998, p. 250 ; *T. Not.*, 1999, p. 258 ; *R.W.*, 1999-2000, p. 707.

Cass. (2^{ème} ch.), 23 avril 1997, *Bull.*, 1999, n° 199 ; *R.W.*, 1997-98, col. 748, note A. VANDENPLAS, « Over het verleden van delinquenten ».

Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997/I, p. 405.

Cass. (2^{ème} ch.), 19 novembre 1996, *Bull.*, 1996, p. 1135 ; *J.T.*, 1997, p. 482.

Cass., 26 septembre 1996, *Arr. Cass.*, 1996, p. 809 ; *A&M*, 1997/1, p. 173 ; *Bull.*, 1996, p. 866 ; *I.R.D.I.*, 1997, p. 172, note de H. VANHEES ; *J.T.*, 1997, p. 585 ; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1644 ; *Pas.*, 1996, I, p. 866 ; *R.W.*, 1996-97, p. 1031 ; *T.B.P.*, 1997, p. 493 (reflet).

Cass. 19 septembre 1996, *Bull.*, 1996, p. 830 ; *J. dr. jeun.*, 1997, p. 129 ; *Pas.*, 1996, I, p. 830 ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 105, note O. DE SCHUTTER, « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative » ; *R.W.*, 1997-1998, p. 775.

Cass. (1^{ère} ch.), 31 mai 1996, *A&M*, 1996/3, p. 362, obs. F. JONGEN ; *J.T.*, 1996, p. 567, avec les conclusions de l'avocat général Leclercq ; *Arr. Cass.*, 1996, p. 525 ; *C.D.P.K.*, 1997, p. 412, note A. SCHAUS ; *R.C.J.B.*, 1998, p. 357, note M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile » ; *R.W.*, 1996-1997, col. 565 ; *R. Cass.*, 1996, p. 389, note D. VOORHOOF, « De regel van de getrapte verantwoordelijkheid : van de 19de naar de 21^{ste} eeuw ? » ; *I.D.j.*, 1996/8, p. 21.

Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1997, p. 158 ; *Pas.*, 1996, I, p. 158.

Cass. (2^{ème}), 22 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 996.

Cass., 22 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 505.

Cass. (2^{ème} ch.), 28 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 772 ; *Dr. circ.*, 1995, p. 46.

Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} octobre 1993, *Bull.*, 1993, p. 777 ; *Pas.*, 1993, I, p. 777 ; *T. Not.*, 1994, p. 385.

Cass. (2^{ème} ch.), 17 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1265.

Cass., 17 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 733

Cass. (2^{ème} ch.), 31 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 697.

Cass. (1^{ère} ch.), 20 février 1992, *Bull.*, 1992, p. 549 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 530 ; *J.T.*, 1992, p. 454, note ; *Pas.*, 1992, I, p. 549.

Cass. (2^{ème} ch.), 13 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 199 ; *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 663 ; *Dr. circ.*, 1992, p. 155.

Cass., 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, p. 129 ; *Bull.*, 1992, p. 129 ; *R.W.*, 1991-1992, p. 919.

Cass. (1^{ère} ch.), 16 novembre 1990, *Act. dr.*, 1991, p. 202, note I. MOREAU-MARGRÈVE, « A propos de la rechtsverwerking, une procession d'Echternarch ? » ; *Bull.*, 1991, p. 292 ; *J.T.*, 1991, p. 594 ; *Pas.*, 1991, I, p. 292 ; *R.W.*, 1990-91, col. 1090, note.

Cass., 11 septembre 1990, *Pas.*, 1990, p. 37.

Cass., 11 septembre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 36 ; *Bull.*, 1991, p. 36 ; *J.T.*, 1991, p. 643 (abrégé) ; *Pas.*, 1991, I, p. 36.

Cass. (1^{ère} ch.), 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 ; *J.T.*, 1990, p. 442, note S. STIJNS, « La 'rechtsverwerking' : fin d'une attente (dé)raisonnable ? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990 » ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 595, note J. HEENEN, « A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire » ; *R.W.*, 1990-91, col. 1085, note E. VAN HOOYONK, « Rechtsverwerking na de cassatie-arresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990 : nog spinglevend » ; *Res Jur. Imm.*, 1991, p. 121 ; *T. Not.*, 1990, p. 402, note ; *R.D.C.*, 1991, p. 207, note S. CNUUDE, « De rechtsverwerking verwerkt ? » ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 881, note P. HENRY, « R.I.P. » ; *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 283, note I. MOREAU-MARGREVE, « Réflexions pour un requiem » ; *J.T.*, 2018 (somm.), p. 582, note S. STIJNS, « La résilience de la rechtsverwerking ».

Cass. (2^{ème} ch.), 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 582 ; *Journ. proc.*, 1990/169, p. 35, note M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile » ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 412, note F. JONGEN, « La qualification de délit de presse et la procédure devant la Cour d'assises » ; *Rev. dr. pén. crim.*, 1990, p. 658.

Cass., 13 avril 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 1018 ; *Pas.*, 1988, I, p. 942.

Cass. (1^{ère} ch.), 20 novembre 1987, *Bull.*, 1988, p. 337 ; *Pas.*, 1988, p. 337 ; *R.W.*, 1987-88, col. 1099.

Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337.

Cass., 15 mai 1986, *J.T.*, 1987, p. 4 ; *Pas.*, 1986, I, p. 1123 ; *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, note P. GÉRARD, « Vers une définition nouvelle de l'obligation sous condition suspensive ? » ; *Rec. gén. enr. not.*, 1992, p. 175.

Cass. (2^{ème} ch.), 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 131.

Cass., 19 septembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983, p. 52 ; *Bull.*, 1984, p. 55 ; *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE ; *J.T.T.*, 1984, p. 57 ; *Pas.*, 1984, I, p. 55 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion » ; *R.W.*, 1983-1984, col. 1480 ; *R.D.C.*, 1984, p. 276, note W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983 » ; *R.D.S.*, 1983, p. 486.

Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; *Bull.*, 1983, p. 472.

Cass. (2^{ème} ch.), 9 décembre 1981, *Arr. Cass.*, 1981-1982, p. 491 ; *Bull.*, 1982, p. 482 ; *J.T.*, 1983, p. 133, concl. E. KRINGS, note L. GOFFIN, M. MAHIEU ; *Pas.*, 1982, I, p. 482.

Cass. (2^{ème} ch.), 21 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 259.

Cass. (1^{ère} ch.), 5 juin 1981, *Bull.*, 1981, p. 1149 ; *Limb. rechtsl.*, 1981, p. 109 ; *Pas.*, 1981, I, p. 1149 ; *R.W.*, 1981-1982, p. 250 ; *J.T.*, 1982, p. 344 ; *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, note J. HERBOTS, « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie 'pendente conditione' » ; *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. DIEUX, « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus, avec une autorité publique subordonnée ».

Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. DIEUX « Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée » ; *J.T.*, 1982, p. 344 ; *Limb. Rechtsl.*, 1981, p. 109 ; *Pas.*, 1981, I, p. 1149 ; *R.C.J.B.*, 1999, note J. HERBOTS, « Contrat sous condition suspensive : Conséquences de la faute commise par une partie 'pendente conditione' » ; *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 387 ; *R.W.*, 1981-82, col. 250.

Cass., 20 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, n° 45.

Cass. (2^{ème} ch.), 11 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 452.

Cass. (2^{ème} ch.), 11 décembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, col. 2691 ; *Pas.*, 1980, I, p. 452.

Cass., 15 juin 1979, *Pas.*, I, p. 1193.

Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 973.

Cass., 26 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 242.

Cass., 12 septembre 1975, *J.T.*, 1976, p. 723.

Cass., 29 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 232.

Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 83.

Cass., 25 mai 1972, *Pas.*, 1972, p. 885.

Cass. (1^{ère} ch.), 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 300, note P. VAN OMMESLAGHE.

Cass., 2 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 697.

Cass., 19 octobre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 109.

Cass., 5 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 516 ; *J.T.*, 1953, p. 514, note P.-M. BOLLAND ; *R.C.J.B.*, 1955, p. 185, note.

Cass., 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215.

Cass., 27 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 101.

Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 493.

Cass., 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201 ; *R.G.A.R.*, 1952, n° 4906.

Cass. (2^{ème} ch.), 20 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 508.

Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25.

Cass., 13 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 189.

Cass. (2^{ème} ch.), 12 mai 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 211.

Cass., 17 janvier 1929, *Pas.*, 1931, I, p. 99.

Cass., 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267.

Cass., 17 mars 1881, *Pas.*, I, p. 163.

Cass. (2^{ème} ch.), 10 juillet 1871, *Pas.*, 1872, I, p. 17

Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1863, I, p. 110 ; *B.J.*, 1863, p. 262.

Cass., 3 mai 1861, *Pas.*, 1861, I, p. 397.

4. Jurisprudence de fond

Anvers, 15 octobre 2012, *R.G.D.C.*, 2016, p. 224.

Anvers (2^{ème} ch.), 23 juin 2010, *N.j.W.*, 2010/232, p. 790, note E. BREWAEYS, « Journalistieke aansprakelijkheid » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3 (sommaire), p. 774.

Anvers, 22 mai 2000, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 970 ; *A&M*, 2000/3, p. 324 ; *Juristenkrant*, 2000/12, p. 4.

Anvers, 4 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 89.

Anvers (réf.), 8 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 241, note D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? ».

Anvers, 13 décembre 1984, *R.W.*, 1985-1986, p. 244.

Bruxelles (m. acc.), 30 septembre 2014, *A&M*, 2015/1, p. 92.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 21 mars 2013, *A&M*, 2014/5, p. 416.

Bruxelles, 28 novembre 2012, *inédit*.

Bruxelles, 31 juillet 2009, *A&M*, 2010/1, p. 86, note K. LEMMENS, « Preventieve censuur, de grenzen van satire en de rechten in kort geding] Politie uit de kleren ? Humo uit de rekken ! » ; *N.j.W.*, 2010/219, p. 248, note E. BREWAEYS, « Rechterlijk publicatieverbod ».

Bruxelles, 19 juin 2008, *A&M*, 2009/6, p. 634.

Bruxelles (ch. vac. 2^{ème} sect.), 31 juillet 2007, *A&M*, 2007/5, p. 497.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 1^{er} juin 2007, *A&M*, 2007/5, p. 493.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 26 juin 2007, *A&M*, 2007/5, p. 495.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 27 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2008/18, p. 785.

Bruxelles (21^{ème} ch.), 14 décembre 2006, *A&M*, 2007/3, p. 277.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 14 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1424 (sommaire).

Bruxelles, 3 avril 2003, *A&M*, 2003/4, p. 303 ; *R.G.A.R.*, 2004/8, n° 13909.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 9 novembre 2001, *A&M*, 2002/6, p. 527 ; *A.J.T.*, 2001-02, p. 707 ; *J.T.*, 2002, p. 167 ; *J.L.M.B.*, 2002, p. 418.

Bruxelles, 9 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 169.

Bruxelles (ch. supplémentaire B), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 167.

Bruxelles, 8 mars 1995, *KIDS III*, 3.9.1., p. 27.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/6, p. 524.

Bruxelles (9^e ch.), 18 février 2001, *A&M*, 2002, p. 282.

Bruxelles, 16 février 2001, *Journ. proc.*, 2001/411, p. 22 ; *A&M*, 2002/3, p. 282 ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.590.

Bruxelles (15^e ch.), 20 novembre 2000, *A&M*, 2001/2, p. 276 ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 454.

Bruxelles (1^{ère} ch.), 14 septembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 92.

Bruxelles (9^{ème} ch.), 5 février 1999, *A&M*, 1999/2, p. 274, note F. RINGELHEIM, « La presse élevée à la dignité de chien de garde de la démocratie » ; *Journ. proc.*, 1999/367, p. 26, note F. JONGEN, « Le retour du symbolisme ? » ; *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.296.

Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

Bruxelles, 6 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 303.

Bruxelles, 7 mars 1995, *R.W.*, 1995-96, col. 232.

Bruxelles (1^{ère} ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850.

Bruxelles (réf.), 18 décembre 1991, *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 176.

Bruxelles (m. acc.), 5 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 387, réq. Min. public, note de F. JONGEN.

Bruxelles, 21 février 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 89, note de E. BREWAEYS, « Persvrijheid en economisch kritiek » ; *Consumentenrecht*, 1990/9, p. 459, note de G.L. BALLON, « Optreden van een erbij betrokken onderneming tegen vergelijkende warenonderzoeken voor hun publicatie ».

Bruxelles, 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611 ; *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 173 ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1309 ; *Journ. proc.*, 1989/159, p. 29.

Bruxelles, 4 février 1988, *R.I.D.A.*, 1988/137, n° 91.

Bruxelles, 29 avril 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 96.

Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.*, 1976, II, p. 94 ; *J.T.*, 1975, p. 534 ; *Ing. Cons.*, 1975, p. 211.

Bruxelles (2^{ème} ch.), 14 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 451.

Bruxelles, 26 décembre 1888, *Pas.*, 1889, II, p. 94.

Gand, 20 septembre 2010, *N.C.*, 2013/6, p. 453, note J. VENDEUREN, « Hof van beroep Gent verduidelijkt criteria ter beoordeling van laattijdige inverdenkingstelling »; *R.D.C.*, 2011/1, p. 85.

Gand, 6 septembre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 451.

Gand (13^{ème} ch.), 20 septembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 386 ; *Juristenkrant*, 2006/139 (reflet), p. 5.

Gand, 29 juin 1998, *A&M*, 1999/1, p. 87, *err. A&M*, 1999/2, p. 158.

Gand, 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159.

Gand (9^{ème} ch.), 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; *R.W.*, 1996-1997, col. 540.

Gand, 29 janvier 1958, *J.T.*, 1962, p. 332.

Gand, 9 mars 1935, *P.P.*, 1935, n° 106, p. 309.

Liège (civ., 20^{ème} ch.), 4 février 2016, *A&M*, 2016/5-6, p. 462, note ; *J.L.M.B.*, 2017/5, p. 212 ; *J.T.*, 2016, p. 710, note ; *R.G.A.R.*, 2016/9, n° 15337, note.

Liège (20^{ème} ch.), 25 septembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 319, note ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1952, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée: la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli » ; *N.j.W.*, 2015/314, p. 26, note P. VAN EECKE, M. LE BOUDEC, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven » ; *R.G.D.C.*, 2016/5, p. 294, note E. MONTERO, Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

Liège (20^e ch.), 30 juin 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 416 ; *J.T.*, 2010, p. 579 ; *A&M*, 2010/5-6, p. 551 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 511.

Liège (7^e ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, p. 414, note J. ENGLEBERT, « Le jugement de valeur, l'amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements » ; *J.T.*, 2009, p. 436, note L. VAN BUNNEN, « La responsabilité du journaliste et celle de l'éditeur ».

Liège (3^e ch.), 13 mai 2002, *A&M*, 2002/6, p. 530.

Liège (19^e ch.), 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298.

Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 156.

Liège, 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954 ; *Journ. proc.*, 1995/283, p. 24, note F. JONGEN, « Pratiques du commerce et liberté d'expression ».

Liège, 25 avril 1991, *R.D.P.*, 1991, p. 1013.

Liège (réf.), 24 septembre 1982, *J.L.M.B.*, 1982, p. 419.

Mons (ch. mises acc.), 14 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 506, obs. F. JONGEN ; *Rev. dr. pén. crim.*, 1994, p. 1030). ENGLEBERT J., « Vers un retour du délit de presse en cour d'assises ? », note sous Cass. (2^e ch.), 27 avril 2011, Bruxelles (mise en acc.), 20 janvier 2011, Cass. (2^e ch.), 3 février 2010 et Bruxelles (mise en acc.), 9 septembre 2009, *A&M*, 2012/1, p. 102.

Civ. Anvers (réf.), 24 novembre 2010, *A&M*, 2011/4-5, p. 565.

Civ. Anvers (réf.), 17 décembre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 299.

Civ. Anvers (5^{ème} ch. B), 23 juin 2005, *A&M*, 2005/5, p. 455 ; *N.j.W.*, 2005/122, p. 987, note E. BREWAEYS.

Civ. Anvers, 8 février 1999, *A&M*, 1999/3, p. 241, note D. VOORHOOF ; *A.J.T.*, 1998-1999, p. 789, note D. VOORHOOF ; *R.W.*, 2001-2002, p. 452.

Civ. Anvers (réf.), 19 septembre 1997, *A&M*, 1997/4, p. 408, note D. VOORHOOF.

Civ. Anvers (5^{ème} ch. B), 21 décembre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 557 ; *A&M*, 2001/2, p. 271, note ; *Mediaforum*, 2001, p. 100, note D. VOORHOOF ; *R.W.*, 2000-2001, p. 1560.

Civ. Anvers (réf.), 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84.

Civ. Anvers, 13 février 2007, *N.j.W.*, 2007/166, p. 609, note E. BREWAEYS, « Persvrijheid op internet ».

Civ. Anvers, 14 juin 1989, *J.T.*, p. 985.

Civ. Arlon (réf.), 25 août 1997, *A&M*, 1998/1, p. 48, note D. VOORHOOF, « De beoordeling in kort geding van de spoedeisendheid van een verspreidingsverbod van een gedrukte publicatie (boek, tijdschrift, ...) ».

Civ. Bruges (1^{ère} ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 592, note D. VOORHOOF, « Rechtspraak integreert Code van de Raad voor de Journalistiek bij beoordeling van “fout” in toepassing van art. 1382 B.W. » ; *R.G.A.R.*, 2013/10, n° 15027, note E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? ».

Civ. Bruxelles (77^{ème} ch.), 2 février 2016, *A&M*, 2016/3, p. 279.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 15 décembre 2014, *A&M*, 2015/2, p. 200, note ; *N.j.W.*, 2015, p. 406, note E. BREWAEYS, « Aansprakelijkheid uitgever bij publiceren van privéleven van bekende personen » ; *Computerr.*, 2015, p. 152, note Y. VAN DER SYPE et E. KINDT, « Schadevergoedingen wegens het niet respecteren van privé- en familielevens door de pers ».

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 25 mars 2014, *A&M*, 2014/5, p. 419.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 janvier 2014, *A&M*, 2014/3-4, p. 274.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 5 février 2013, *A&M*, 2013/5, p. 411.

Civ. Bruxelles (réf.), 29 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 482.

Civ. Bruxelles (réf.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 267, note E. CRUYSMANS, « Le traitement de données à caractère personnel effectués à des fins de journalisme : la consécration de la liberté d'expression ».

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 24 avril 2012, *A&M*, 2012/5, p. 469, note.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 27 mars 2012, *A&M*, 2012/6, p. 602.

Civ. Bruxelles (réf.), 10 février 2012, *A&M*, 2012/4, p. 274 ; *J.L.M.B.*, 2012/17, p. 806 ; pour des commentaires, voy. notamment J. VRIELINK, « ‘Kuifje in Africa’ en de Antiracismewet », *N.j.W.*, 2012/267, pp. 530 à 534 ; E. CRUYSMANS, « La Cour d'appel a tranché : ‘Tintin au Congo’ n'est pas un album raciste et xénophobe ! », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 25 janvier 2013 ; E. CRUYSMANS, « Tintin au Congo, un album raciste et xénophobe ? », www.justice-en-ligne.be, mis en ligne le 22 février 2012.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 8 novembre 2011, *A&M*, 2012/2-3, p. 261.

Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 25 mai 2011, *A&M*, 2011/4-5, p. 569.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 janvier 2011, *A&M*, 2013/3-4, p. 263.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 28 septembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 233.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 13 avril 2010, *A&M*, 2010/5-6, p. 579.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45.

Civ. Bruxelles (réf.), 22 octobre 2009, *A&M*, 2010/3, p. 301, note J. CEULEERS, « Vijf rechterlijke publicatie- en verspreidingsverboden : de persvrijheid beknot ? » ; *N.j.W.*, 2010/218, p. 204, note E. BREWAEYS, « Recht op afbeelding » ; *R.A.B.G.*, 2009/20, p. 1396 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/3, p. 953.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 27 octobre 2009, *A&M*, 2010/1, p. 124.

Civ. Bruxelles (75^{ème} ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 128.

Civ. Bruxelles (14^e ch.), 9 mars 2009, *A&M*, 2011/1, p. 81, note B. DELBECKE, « Persoonlijke kritiek op magistraten : grenzen en verweermiddelen ».

Civ. Bruxelles (75^{ème} ch.), 13 février 2009, *A&M*, 2009/3, p. 314, note.

Civ. Bruxelles (réf.), 29 février 2008, *A&M*, 2008/4, p. 327 ; *J.T.*, 2008, p. 349 ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 806.

Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2007, *A&M*, 2008/6, p. 488.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 20 novembre 2007, *inédit*.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 11 septembre 2007, *A&M*, 2007/5, p. 505.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 20 février 2007, *A&M*, 2007/4, p. 393.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 novembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 390.

Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 20 avril 2006, *A&M*, 2006/4, p. 335.

Civ. Bruxelles (réf.), 8 novembre 2005, *A&M*, 2007/1-2, p. 174.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 27 avril 2004, *A&M*, 2005/1, p. 80.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 16 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004/18, p. 793.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 décembre 2003, *A&M*, 2004/4, p. 372.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 12 décembre 2003, *A&M*, 2004/2, p. 193.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 septembre 2002, *A&M*, 2002/6, p. 537.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 25 juin 2002, *A&M*, 2004/4, p. 367.

Civ. Bruxelles (réf.), 30 janvier 2002, *A&M*, 2002/4, p. 368.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 18 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 433.

Civ. Bruxelles (21^{ème} ch.), 29 octobre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 184.

Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 82, note A. VERDOODT, « De audiovisuele media en de kortgedingrechter ».

Civ. Bruxelles (21^{ème} ch.), 7 octobre 2001, *A&M*, 2003/1, p. 80.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *R.G.D.C.*, 2002/3, p. 162 ; *Juristenkrant*, 2001/37, p. 1, note D. VOORHOOF, « Ook gevangene heeft recht op vergetelheid ».

Civ. Bruxelles, 20 septembre 2001, *A&M*, 2002/1, p. 77 ; *R.G.D.C.*, 2002, p. 162.

Civ. Bruxelles (réf.), 21 mars 2001, *A&M*, 2002/1, p. 75.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 9 mai 2000, *A&M*, 2000/4, p. 468.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 21 mars 2000, *A&M*, 2000/4, p. 460.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 15 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1620.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 23 décembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 138.

Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *A&M*, 2000/1, p. 108.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1609.

Civ. Bruxelles, 30 mars 1999, *A&M*, 2000/1, p. 102.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 24 novembre 1998, *inédit*.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264 ; *J.T.*, 1997, p. 710.

Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *A&M*, 1998/3, p. 264.

Civ. Bruxelles, 22 décembre 1996, *C.D.P.K.*, 1997, p. 666, note D. VOORHOOF, « Onnauwkeurige gerechtsverslaggeving op de BRTN terechtgewezen », *err. C.D.P.K.*, 1998, p. 256.

Civ. Bruxelles, 18 octobre 1996, *A&M*, 1997/1, p. 85.

Civ. Bruxelles (réf.), 18 septembre 1996, *inédit*.

Civ. Bruxelles, 2 avril 1996, *J.T.*, 1996, p. 314.

Civ. Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47.

Civ. Bruxelles (réf.), 3 mai 1995, *inédit*.

Civ. Bruxelles (20^{ème} ch.), 13 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 9.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 2 juillet 1993, *A&M*, 1996/2, p. 161.

Civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *R.W.*, 1993-94, p. 619, note de J. CEULERS, « Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending ? ».

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579.

Civ. Bruxelles, 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001.

Civ. Bruxelles (4^{ème} ch.), 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN, « Vers un tarissement de la cascade de la responsabilité de la presse ? ».

Civ. Bruxelles, 28 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672.

Civ. Bruxelles (réf.), 12 octobre 1990, *Cah. dr. jud.*, 1991/6, p. 175 ; *Journ. proc.*, 1990/181, p. 27, note de F. JONGEN.

Civ. Bruxelles, 12 janvier 1990, *J.T.*, p. 575 ; civ. Bruxelles, 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen ».

Civ. Bruxelles (réf.), 15 mars 1989, *Journ. proc.*, 1989/147, p. 29, note de F. JONGEN.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 14 septembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 8 ; *J.L.M.B.*, 1988, p. 1220.

Civ. Bruxelles, 14 septembre 1988, *Rev. Liège*, 1988, p. 1127.

Civ. Bruxelles (14^{ème} ch.), 16 décembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 500.

Civ. Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, p. 685, note F. RIGAUX, « De vrijheid van expressie en informatie en de bescherming van de goede naam van anderen ».

Civ. Bruxelles, 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685.

Civ. Bruxelles (réf.), 20 juin 1985, *inédit*.

Civ. Bruxelles (prés.), 19 mai 1982, *J.T.*, 1983, p. 152, note G. LEROY.

Civ. Bruxelles (prés.), 19 mai 1982, *J.T.*, 1983, p. 152.

Civ. Bruxelles, 17 janvier 1975, *J.T.*, 1975, p. 441.

Civ. Bruxelles, 18 mars 1937, *P.P.*, 1938, n° 175.

Civ. Charleroi, 9 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 923 (somm.) ; *A&M*, 2000/1-2, p. 145.

Civ. Charleroi (réf.), 24 octobre 1995, *Hainaut Caravaning Center c. RTBF*, *inédit*.

Civ. Charleroi (réf.), 17 novembre 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 965.

Civ. Charleroi, 1^{er} avril 1982, *R.R.D.*, n° 21, 1982, p. 214.

Civ. Gand (16^{ème} ch.), 19 novembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 246.

Civ. Gand (16^{ème} ch.), 26 mars 2010, *A&M*, 2011/1, p. 99 ; *N.j.W.*, 2010, p. 546, note E. BREWAEYS, « Opnemen van telefoongesprekken en schending van privacy » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 227 (sommaire).

Civ. Gand (1^{ère} ch.), 19 novembre 2003, *A&M*, 2004/4, p. 384.

Civ. Gand (réf.), 13 janvier 2000, *A&M*, 2000/3, p. 326.

Civ. Gand (4^{ème} ch.), 22 novembre 1999, *A&M*, 2000/1-2, p. 148, note D. VOORHOOF.

Civ. Gand (réf.), 12 février 1999, *inédit*.

Civ. Gand (réf.), 30 octobre 1998, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 354 ; *A&M*, 1999/1, p. 101.

Civ. Hasselt (4^{ème} ch. A), 14 juin 2010, *A&M*, 2011/2, p. 250

Civ. Hasselt (4^{ème} ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210.

Civ. Liège (4^{ème} ch.), 9 novembre 2016, *A&M*, 2016/4, p. 355.

Civ. Liège (4^{ème} ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014/41, p. 1961, note E. CRUYSMANS, « Liberté d'expression, archives numériques et protection de la vie privée : la conciliation de trois réalités divergentes grâce au droit à l'oubli ».

Civ. Liège (6^e ch.), 24 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 963.

Civ. Liège (6^e ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 606.

Civ. Liège (réf.), 14 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 788.

Civ. Liège, 15 décembre 1999, *A&M*, 2000/2, p. 160.

Civ. Liège (6^e ch.), 21 septembre 1999, *Journ. proc.*, 1999/384, p. 29 ; *A&M*, 2000/1, p. 155, note F. JONGEN.

Civ. Liège, 24 juin 1997, *A&M*, 1997/3, p. 319.

Civ. Liège (réf.), 16 mai 1997, *A&M*, 2000/1, p. 153.

Civ. Liège (réf.), 24 mars 1995, *Draux c. RTBF*, inédit.

Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *J.T.*, 1995, p. 30 ; *Journ. proc.*, 1994/272, p. 25, note M. HANOTIAU, « La censure ne pourra jamais être établie » ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 98, note F. JONGEN, « Le juge des référés, restriction non prévue par la loi ? ».

Civ. Liège (réf.), 20 novembre 1991, *Act.dr.*, 1992, p. 1147, note A. BEGASSE DE DHAEM, « Le référé préventif et la liberté d'expression ».

Civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264, note F. JONGEN.

Civ. Liège, (réf.), 4 décembre 1980, *Morelli c. RTBF*, inédit.

Civ. Liège (1^{ère} ch.), 20 mars 1980, *J.T.*, 1980, p. 437.

Civ. Liège (réf.), 29 janvier 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, p. 187.

Civ. Malines, 15 janvier 2013, *N.j.W.*, 2013, p. 80, note E. BREWAEYS, « Kritiek van journalist op leden van het openbaar ministerie » ; *Juristenkrant*, 2013/262, p. 12.

Civ. Namur (2^{ème} ch.), 23 septembre 2008, *A&M*, 2008/6, p. 509.

Civ. Namur (réf.), 27 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1420.

Civ. Namur (1^{ère} ch.), 18 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005/502, p. 26 ;

Civ. Namur (1^{ère} ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896.

Civ. Namur (2^{ème} ch., réf.), 11 septembre 2001, *A&M*, 2001/4, p. 489.

Civ. Namur (1^{ère} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000/4, p. 471.

Civ. Namur (1^{ère} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998/18, p. 781, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse ».

Civ. Namur (14^{ème} ch.), 30 juin 1997, *J.T.*, p. 710 ; *A&M*, 2007/4, p. 497.

Civ. Neufchâteau (2^{ème} ch.), 25 janvier 2013, *A&M*, 2013/6, p. 478, note ; *J.L.M.B.*, 2013/22, p. 1182.

Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A&M*, 1998/2, p. 157.

Civ. Tongres (réf.), 6 octobre 1988, *Limb. Rechst.*, 1989, p. 29, note de E. MONARD.

Civ. Tournai (1^{ère} ch.), 22 novembre 2010, *A&M*, 2011/1, p. 109.

Comm. Bruxelles (1^{ère} ch.), 27 septembre 1888, *J.T.*, 1888, col. 1131.

Comm. Bruxelles (prés.), 20 avril 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 296.

Comm. Bruxelles, 14 septembre 1978, *J.T.*, 1978, p. 667.

Comm. Charleroi (3^e ch.), 11 février 1982, *J.T.*, 1983, p. 506.

Corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 20 mai 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 325.

Corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 4 février 2014, *A&M*, 2015/1, p. 93, note.

Corr. Nivelles (2^e ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 191, note H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken ».

Corr. Bruxelles (61^{ème} ch.), 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 591, note de M. VAN DOOSSELAERE ; *Bull. ass.*, 2006, p. 491.

Corr. Anvers (4^{ème} ch.), 9 septembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 83 ; *R.W.*, 2004-2005, p. 268, note de T. VANDROMME, « Enkele aspecten van de bestaffing van negationisme ».

Corr. Bruxelles, 15 janvier 2002, *R.T.D.I.*, 2002/13, p. 73, note de P. VALCKE, C. UYTENDAELE, « Racisme et négationnisme sur l'internet : les affaires Infonie et Yahoo! Bis ».

Corr. Bruxelles (11^{ème} ch.), 27 juin 2000, *A&M*, 2001/1, p. 142, note de D. VOORHOOF, « Aanzet tot racisme via Internet - Drukpersmisdrijf of geen drukpersmisdrijf: de correctionele rechtbank is bevoegd ! » ; *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 321.

Corr. Bruxelles (55^{ème} ch.), 22 décembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 134, note de D. VOORHOOF, « Racisme op Internet: de correctionele rechtbank is voortaan bevoegd ! » ; *Rev. dr. étr.*, 2000, p. 121 (abrégé).

Corr. Louvain, 7 septembre 1999, *A&M*, 2000, p. 150.

Corr. Nivelles, 10 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 962.

Corr. Bruxelles, 25 juin 1993, *KIDS III*, 3.9.1., p. 17.

Corr. Verviers, 4 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 709.

J.P. Péruwelz, 9 novembre 2009, *A&M*, 2010/4, p. 360, note de H. VANHEES.

J.P. (2^{ème} canton) Louvain, 5 mai 2009, *A&M*, 2010/4, p. 357, note de H. VANHEES ; *J.J.P.*, 2010, p. 12.

J.P. Bruges (4^{ème} canton), 30 avril 2009, *A&M*, 2010/4, p. 358, note de H. VANHEES.

D. Jurisprudence française

1. Conseil constitutionnel français

Cons. const. fr., 26 janvier 2017, n° 2016-745 QPC.

Cons. const. fr., 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC.

Cons. const. fr., 7 juin 2013, n° 2013-319, QPC.

Cons. const. fr., 28 février 2012, n° 2012-647 DC.

Cons. const. fr., 20 mai 2011, n° 2011-131, QPC.

Cons. const. fr., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC.

2. Cour de cassation française

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 12 mai 2016, n° 15-17729.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 17 mars 2016, n° 15-14072.

Cass. fr. (ch. crim.), 6 octobre 2015, n° 15-84335.

Cass. fr. (ch. crim.), 6 mai 2014, n° 14-90010.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 16 mai 2013, n° 12-19.783.

Cass. fr. (ch. crim.), 5 décembre 2012, n° 12-86382.

Cass. fr. (ch. crim.), 7 mai 2010, n° 09-80774.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 116.

Cass. fr. (ch. civ.), 3 juin 2004, n° 03-11533.

Cass. fr. (ch. civ.), 13 novembre 2003, *J.C.P.*, 2004, IV, p. 1008.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 9 juillet 2003, n° 00-20.289.

Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 2000, n° de pourvoi 98-10160.

Cass. fr. (ass. plén.), 12 juillet 2000, n° de pourvoi 98-11155.

Cass. fr., 14 décembre 1999.

Cass. fr., 16 juillet 1997.

Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 5 novembre 1996, *D.*, 1997, p. 403, note S. LAUMON ; *D.*, 1997, p. 289, note P. JOURDAIN ; *J.C.P.*, 1997, I, p. 4025, note G. VINEY ; *J.C.P.*, 1997, II, p. 22805, note J. RAVANAS ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 632, note J. HAUSER.

Cass. fr. (ch. crim.), 23 février 1993, n° 92-83478.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 20 novembre 1990, n° 89-12580, *J.C.P.*, 1992, II, n° 21.908, note J. RAVANAS, « Droit à l'oubli et oubli du droit ».

Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 5 décembre 1985, n° 1074S.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*Génovès et autre c. Lelièvre*), *D.*, 1985, p. 488.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 13 février 1985 (*S.A.R.L. G. R. Productions et autre c. Dame Jeanjacquot*), *D.*, 1985, p. 488.

Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 3 décembre 1980, *D.*, 1981, p. 221, note B. ENDELMAN ; *J.C.P.*, 1982, II, n° 19742, note D. BECOURT ; *Gaz. Pal.*, 1981, I, p. 289, note E. ABITBOL.

Cass. fr. 21 octobre 1980, *Bull. crim.*, n° 262.

Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 14 novembre 1975, *D.*, 1976, p. 421, note B. EDELMAN.

Cass. fr., 14 novembre 1975, n° 74-11278, *D.*, jur., 1976, p. 421.

Cass. fr., 12 novembre 1975, *D.*, jur., 1976, p. 421.

Cass. fr. (2^{ème} ch. civ.), 6 janvier 1971, n° 69-12998, *D.*, 1971, J, p. 263, note B. EDELMAN ; *J.C.P.*, 1971, II, n° 16723, note R. LINDON.

Cass. fr. (ch. civ. 1), 14 mars 1900, *D.P.*, 1900, I, p. 497.

Cass. fr. (ch. crim.), 29 avril 1897, *S.*, 1898, I, p. 473.

3. Jurisprudence de fond française

C.A. Paris (pôle 2, ch. 7), 26 février 2014, n° 12/14813.

C.A. Paris (pôle 2, ch. 7), 26 février 2014, n° 13/01242, *Th. El Borgi c. Sté CAPA Presse et Sté EDI TV*.

C.A. Aix-en-Provence, 31 octobre 2001, *J.C.P.*, 2002, IV, p. 2182.

C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 24, note M.-L. RASSAT, C. CARON, « Une personne en instance de jugement ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un roman inspiré de son histoire ». T.G.I. Paris (ord. réf.), 16 août 2000.

C.A. Paris (14^{ème} ch. A), 13 septembre 2000, *D.*, 2001, p. 24, note M.-L. RASSAT, C. CARON, « Une personne en instance de jugement ne peut obtenir en référé la communication du manuscrit d'un roman inspiré de son histoire ».

C.A. Paris, 12 mai 2000, *Légipresse*, 2000/176, I, p. 142.

C.A. Paris, 27 mai 1997.

C.A. Montpellier, 8 avril 1997, *Légipresse*, 1998/151, I, p. 51.

C.A. Paris, 27 janvier 1989, *J.C.P.*, 1989, II, p. 21325, note C. AGOSTINI.

C.A. Paris, 15 janvier 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, n° 311, p. 13.

C.A. Paris, 26 janvier 1984, n° K.11470.

C.A. Paris, 3 novembre 1982, *D.*, 1983, p. 248, note R. LINDON.

C.A. Paris (1^{ère} ch.), 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 185, note R. LINDON.

C.A. Paris, 6 octobre 1982, *D.*, 1983, p. 185, note R. LINDON.

C.A. Paris, 27 février 1981, *D.*, 1981, III, p. 457.

C.A. Paris, 9 juillet 1980, *Rev. sc. crim.*, 1981, p. 879.

C.A. Paris, 9 novembre 1979, *D.*, 1981, p. 109, note E. ABITBOL.

C.A. Paris (4^{ème} ch.), 17 décembre 1973.

C.A. Paris, 15 mai 1970, *D.*, 1970, J, p. 466.

C.A. Paris, 15 mars 1967, *J.C.P.*, 1967, II, 20434, note R. LINDON.

C.A. Paris, 3 novembre 1965, *Gaz. Pal.*, 1966, I, p. 220.

C.A. Paris, 24 avril 1936, *D.H.*, 1936, p. 319 ; *S.*, 1936, 2, p. 214.

T.G.I. Paris (17^{ème} ch., presse-civile), 14 février 2018, disponible sur le site www.legalis.net (consulté le 27 septembre 2018).

T.G.I. Paris (réf.), 23 mars 2015, *M.P. c. 20 Minutes France*, disponible sur www.legalis.net, consulté le 7 novembre 2016.

T.G.I. (réf.), 16 septembre 2014, *X et M. Y c. Google France*, disponible sur le site www.legalis.net.

T.G.I. (réf.) Paris, 26 juillet 2013, *Légipresse*, 2013/311, p. 684, note A. BREGOU, « Les libertés d'information et de création artistique sacrifiées au profit d'un 'droit à l'oubli' ».

T.G.I. Paris (17^{ème} ch. civ.), 14 janvier 2013, *T. EL Borgi c. Métropole Télévision et a.*, une résumé est disponible à l'adresse suivante, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/3/article14/fr.html>.

T.G.I. Paris, 9 mai 2012, n° 11/05965 ; T.G.I. Paris (réf.), 25 juin 2009, *Légipresse*, 2009/266, p. 215.

T.G.I. Paris, 10 février 2006, *Légipresse*, 2006/230, I, p. 53.

T.G.I. Paris, 13 octobre 1999, *Juris-Data*, n° 1999-119523.

T.G.I. Nanterre, 9 juin 1998, *Légipresse*, 1999/161, I, p. 51.

T.G.I. Paris, 28 avril 1998, *Légipresse*, n° 156, 1998, III, p. 159.

T.G.I. Paris, 23 octobre 1996.

T.G.I. Paris (prés.), 18 janvier 1996, *inédit*.

T.G.I. Paris (1^{ère} ch., A) 18 janvier 1995, *Juris-Data*, n° 1995-003483.

T.G.I. Paris (1^{ère} ch., sect. 1), 15 décembre 1993, *Juris-Data*, n° 1993-050277.

T.G.I. Paris (1^{ère} ch., sect. A), 17 novembre 1993, *Juris-Data*, n° 1993-050733.

T.G.I., 18 décembre 1991, *Légipresse*, 1992/88, III, p. 1, note F. GRAS.

T.G.I. Marseille, 11 mai 1988, *J.C.P.*, 1988, II, n° 21156, note.

T.G.I. Paris, 20 avril 1983, *M. c. Filipacchi et Cogedipresse*, *J.C.P.*, 1983, II, p. 20434, note R. LINDON.

T.G.I. Paris, 3 février 1982, *R.I.D.A.*, 1982, p. 150.

T.G.I. Paris, 6 décembre 1979, *D.*, 1980, p. 150, note R. LINDON.

T.G.I. Seine, 14 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, n° 14482, note LYON-CAEN, *erratum*, n° 14496.

E. Jurisprudence allemande

Bundesgerichtshof, 20 avril 2010, VI ZR 245/08 et 246/08.

Bundesgerichtshof, 9 février 2010, VI ZR 243/08 et 244/08.

Bundesgerichtshof, 15 décembre 2009, VI ZR 227/08 et 228/08.

Bundesgerichtshof, 10 novembre 2009, VI ZR 217/08.

Bundesverfassungsgericht, 27 février 2008, 1 BvR 370/07, n° 201.

Bundesverfassungsgericht, 25 février 1993, *N.j.W.*, 1993, p. 1463.

Bundesverfassungsgericht, 5 juin 1973, *BVerfGE*, 35, 202, 232.

F. Jurisprudence luxembourgeoise

Tribunal administratif du Grand-Duché du Luxembourg, 21 juillet 2017, n° 39889.

<u>TABLE DES MATIÈRES</u>

Sommaire	3
Liste des abréviations et des acronymes	5
Introduction	7
I. Le contexte général	7
II. L'objet de la recherche et les hypothèses	18
III. La structure et la méthode	23
Première Partie – L'oubli	29
Introduction	29
Titre 1 ^{er} . L'oubli et ses nécessités.....	30
Chapitre 1 ^{er} . Les notions d'oubli et de mémoire.....	31
Chapitre 2. Les approches scientifiques de l'oubli et de la mémoire	36
Section 1 ^{ère} . Les définitions scientifiques de l'oubli et de la mémoire	36
Section 2. La dimension collective de l'oubli et de la mémoire	44
Section 3. Les théorisations scientifiques de l'oubli et de la mémoire	48
§ 1 ^{er} . Oubli et mémoire en philosophie	48
§ 2. Oubli et mémoire en psychologie	55
§ 3. L'oubli et la mémoire en psychanalyse	59
Chapitre 3. Des nécessités de l'oubli et de la mémoire	62
Section 1 ^{er} . La nécessité de l'oubli.....	62
Section 2. La nécessité de la mémoire	64
Conclusion du Titre I	65
Titre 2. L'oubli en droit	67
Introduction.....	67
Chapitre 1 ^{er} . L'oubli dans l'histoire du droit	67
Chapitre 2. L'oubli en droit public	74
Section 1 ^{ère} . L'oubli en droit pénal.....	75
§ 1 ^{er} . L'oubli dans les mécanismes de droit pénal.....	75
§ 2. L'amnistie.....	80
A. Notions générales	80
B. Les effets de l'amnistie	85
C. L'amnistie et l'oubli	87
D. L'amnistie et la presse.....	89

§ 3. La grâce	94
§ 4. Un concept français : la grâce amnistiante	99
§ 5. La réhabilitation.....	101
§ 6. La prescription en droit pénal	106
§ 7. L’effacement des condamnations	114
Section 2. L’oubli en droit administratif	119
§ 1 ^{er} . La publication des arrêts et ordonnances de non-admission du Conseil d’Etat	119
§ 2. Le droit disciplinaire de la fonction publique.....	123
A. Définition	123
B. Le régime des sanctions disciplinaires : aperçu	125
C. La transparence dans le droit disciplinaire	127
§ 3. L’effet rétroactif des arrêts du Conseil d’Etat et le retrait d’un acte	131
Section 3. L’oubli en droit constitutionnel.....	133
§ 1 ^{er} . Les effets des recours en annulation devant la Cour constitutionnelle	134
§ 2. La publication des arrêts de la Cour constitutionnelle	137
Chapitre 3. L’oubli en droit privé	140
Section 1 ^{ère} . L’oubli en droit judiciaire	141
§ 1 ^{er} . La publicité des décisions de justice : un revers pour l’oubli.....	142
A. La publicité des décisions de justice dans les textes internationaux.	142
B. La publicité des décisions de justice dans les textes du Conseil de l’Europe	142
C. La publicité des décisions de justice en Belgique	147
1. Le fondement constitutionnel, avant sa modification intervenue en 2019	147
2. Le fondement constitutionnel, après sa modification intervenue en 2019	152
3. Les fondements législatifs.....	153
D. La publicité des décisions de justice en France.....	155
E. Les conséquences de la publicité des décisions de justice et l’oubli	156
§ 2. La publicité des décisions de justice : le recours à l’anonymisation comme garantie d’oubli.....	158
A. L’anonymisation par les Cours européennes	159
B. L’anonymisation en droit national	164
C. L’anonymisation : bonne ou mauvaise idée ?	173
§ 3. D’autres limites à la publicité des décisions de justice	177
A. En Belgique	177
B. En France.....	180

Section 2. L'oubli en droit des obligations	181
Chapitre 4. L'oubli en droit des médias et de la communication	183
Section 1 ^{ère} . Définir des concepts clés.....	183
§ 1 ^{er} . Le média	184
A. Les définitions du terme « média » dans la réglementation européenne	186
B. Les définitions du terme « média » dans la réglementation nationale ...	193
§ 2. La presse	197
Section 2. L'influence des médias sur la (les) mémoire(s) : bref aperçu	203
Section 3. Mémoire, oubli et droit : la nécessité des « droits à l'oubli »	208
Conclusions de la première partie	211
Deuxième partie – L'oubli d'informations journalistiques	213
Introduction	213
Titre 1 ^{er} . Les définitions et le champ d'application	215
Chapitre 1 ^{er} . Les définitions.....	215
Section 1 ^{ère} . Le journalisme.....	215
§ 1 ^{er} . La notion de journalisme en droit international	218
§ 2. La notion de journalisme en droit européen	219
A. Les textes européens.....	219
B. La jurisprudence européenne	226
1. La notion de <i>journalisme</i> dans l'affaire <i>Satamedia</i>	226
2. La notion de <i>journalisme</i> dans d'autres affaires européennes	236
§ 3. La notion de journalisme en droit belge	238
A. La notion de journalisme dans la réglementation relative aux traitements de données à caractère personnel.....	238
1. La loi du 8 décembre 1992.....	238
2. La loi du 30 juillet 2018	239
B. La notion de journalisme dans la loi relative au titre de journalisme professionnel	244
C. La notion de journalisme dans la loi relative la protection des sources journalistiques	245
D. La notion dans journalisme dans la réglementation relative au subventionnement de l'instance d'autorégulation de la déontologie journalistique	252
§ 4. La notion de journalisme selon la déontologie.....	253
§ 5. Le journalisme en sciences de la communication	256
§ 6. Vers une définition du <i>journalisme</i>	257
Section 2. Le droit à l'oubli.....	261
§ 1 ^{er} . Le droit à l'oubli réfléchi et défini par la doctrine	262

§ 2. Le droit à l'oubli défini par la jurisprudence belge	272
Section 3. Le droit à l'oubli d'informations journalistiques : une appellation claire pour une définition précise ?	274
Chapitre 2. Champ d'application	276
Titre 2. Les sources juridiques.....	283
Chapitre 1 ^{er} . L'oubli à travers la protection de la vie privée	283
Section 1 ^{ère} . Le droit à la protection de la vie privée : textes et définitions.....	284
§ 1 ^{er} . Les consécutions internationales	284
§ 2. Les sources nationales	288
§ 3. Le développement de la notion de « vie privée »	292
Section 2. Le droit à l'oubli protégé par le droit à la protection de la vie privée.....	297
§ 1 ^{er} . Le droit à l'oubli dans les textes visant le droit à la protection de la vie privée	298
A. Les textes internationaux.....	298
B. Les sources nationales	304
1. Un consécution française	304
2. Des propositions et projets de consécution belge	307
3. Des consécutions du droit à l'oubli médical	309
C. Les « sources » émanant des organes de contrôle et de déontologie	313
§ 2. Le droit à l'oubli dans la jurisprudence et la doctrine relative à la protection du droit à la vie privée	319
A. Le droit à l'oubli dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	319
1. Vers une consécution indirecte de l'oubli ?	319
2. Lorsque la Cour s'interroge sur la consécution du droit à l'oubli.....	322
3. Lorsque la Cour européenne s'offre la possibilité de consacrer le droit à l'oubli	326
B. L'oubli dans la jurisprudence nationale relative au droit à la vie privée	335
1. La jurisprudence belge	335
a) Le droit à l'oubli dans les archives numériques : les affaires belges.....	335
b) Des apparences d'oubli dans la jurisprudence relative à la vie privée en ligne	341
c) L'oubli dans les médias traditionnels	343
d) Le droit à l'oubli dans les litiges relatifs au droit à l'image	346
e) Le droit à l'oubli et le droit au repentir	350
2. La jurisprudence française	351
a) La redivulgateion des faits devant la Cour de cassation française.....	351
b) Le droit à l'oubli consacré par la protection du droit à la vie privée	354

c) Le droit à l'oubli d'informations archivées	357
d) Le droit à l'oubli face aux œuvres cinématographiques	359
3. La jurisprudence allemande	362
C. L'oubli dans la « jurisprudence » déontologie journalistique	365
Chapitre 2. Le droit à l'oubli dans la réglementation visant à protéger des données personnelles : un fondement <i>a priori</i> exclu ?	368
Chapitre 3. Quel(s) fondement(s) pour le droit à l'oubli d'informations journalistiques ?	374
Section 1 ^{ère} . Le droit au procès équitable	374
Section 2. La légalité des délits	376
Section 3. Faut-il une loi ad hoc pour consacrer le droit à l'oubli ?	378
Conclusions du titre 2	380
Titre 3. La mise en œuvre juridique du droit à l'oubli journalistique	382
Chapitre introductif. Le passage par la responsabilité civile extracontractuelle	382
Section 1 ^{ère} . Les règles constitutionnelles relatives à la presse face à l'oubli	382
§ 1 ^{er} . Le délit de presse	383
§ 2. La responsabilité en cascade	387
Section 2. Le passage obligé par la responsabilité civile	393
Chapitre 1 ^{er} . L'atteinte fautive	395
Section 1 ^{ère} . La détermination de l'atteinte fautive	396
§ 1 ^{er} . La définition de la faute	396
§ 2. L'appréciation de la faute	400
§ 3. L'atteinte au droit à l'oubli d'informations journalistiques	401
A. La responsabilité des éditeurs et la responsabilité des exploitant des moteurs de recherche	401
B. La faute : l'atteinte au droit à l'oubli	404
C. Les exonérations de responsabilité des intermédiaires	406
D. Des réglementations différentes pour des médias différents	408
E. Une application simplifiée des conditions de l'article 1382 du Code civil ..	410
§ 4. L'atteinte fautive à l'épreuve du test en trois étapes de la Cour européenne des droits de l'homme	414
A. L'atteinte fautive et la balance des intérêts	414
B. Une ingérence prévue par la loi, légitime et proportionnelle	416
Section 2. La « balance des intérêts » à travers l'application de critères	422
§ 1 ^{er} . La première divulgation licite des informations journalistiques	424
A. Une première divulgation licite : un critère indispensable ?	425
B. La <i>divulcation</i> licite d'informations	426
1. La divulgation, une composante de la liberté d'expression	427

2.	La notion de divulgation dans la distinction entre les mesures préventives et les mesures répressives.....	433
a)	Les mesures préventives et les mesures répressives dans la Constitution et dans la Convention européenne des droits de l'homme.....	434
b)	Les mesures préventives et les mesures répressives : définitions et élément distinctif.....	436
c)	Les mesures préventives et les mesures répressives : l'impact sur le droit à l'oubli d'informations journalistiques	443
3.	La notion de divulgation dans le cadre du délit de presse.....	444
4.	La notion de divulgation dans le cadre de diverses infractions pénales.....	445
5.	La notion de divulgation en droit intellectuel	448
a)	En droit d'auteur	448
b)	En droit des dessins et modèles.....	455
6.	La première divulgation dans le cadre d'une application du droit à l'oubli d'informations journalistiques.....	456
C.	La divulgation <i>licite</i> d'information	458
D.	La divulgation <i>licite</i> d' <i>information</i>	458
§ 2.	La nouvelle divulgation de l'information.....	462
A.	La redivulcation dans les textes juridiques	463
B.	La redivulcation des faits judiciaires	465
C.	La dématérialisation de la redivulcation	466
D.	Redivulguer une information	470
§ 3.	L'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations.....	470
A.	L'écoulement du temps dans la jurisprudence européenne.....	471
B.	L'écoulement du temps dans les mécanismes juridiques.....	478
1.	L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit civil	480
a)	La prescription.....	481
b)	Le délai préfix	485
c)	L'abus de droit.....	487
d)	La <i>rechtsverwerking</i>	490
e)	Le terme et la condition	494
2.	L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit de la procédure : la péremption d'instance	498
3.	L'écoulement du temps dans les mécanismes de droit pénal.....	500
C.	L'écoulement du temps comme critère du droit à l'oubli	500
§ 4.	La personne visée par l'information : la titularité du droit à l'oubli d'informations journalistiques.....	503
A.	Personnes physiques et/ou personnes morales	504

1.	Faut-il reconnaître aux personnes morales un droit à la protection de leur vie privée ?	505
2.	D'un phénomène s'assimilation à un phénomène d'autonomisation.....	508
3.	En guise de conclusion : la reconnaissance de l'oubli d'informations journalistiques aux personnes morales	514
B.	Personnes physiques vivantes et/ou personnes physiques décédées.....	518
1.	L'approche de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	518
2.	Le droit à l'oubli applicable aux personnes décédées	522
C.	Personnes publiques et/ou personnes privées.....	524
1.	Les catégories de personnes publiques, en théorie.....	524
2.	La concrétisation des catégories des personnes publiques.....	529
a)	Le personnel politique.....	530
b)	Les personnalités de l'histoire.....	533
c)	Les hommes et femmes d'affaires, les personnes morales, les fonctionnaires et les magistrats.....	537
d)	Les personnes condamnées ou l'ayant été	540
D.	Les titulaires de l'oubli d'informations journalistiques	549
§ 5.	Le type d'information visée.....	551
A.	L'intérêt général	552
1.	Appréhension générale du concept	552
2.	L'intérêt général dans ses dimensions spatiale et temporelle	561
a)	L'intérêt général dans l'espace.....	562
b)	L'intérêt général dans le temps	565
B.	L'intérêt général et l'oubli : quelles sont les informations concernées par l'oubli ?	573
1.	Les informations d'ordre judiciaire.....	573
2.	Vers un élargissement à d'autres informations ?	582
§ 6.	Les faits relatés au regard de l'actualité	585
A.	Circonscrire la notion d'actualité	586
1.	Définir l'actualité	587
2.	L'actualité et l'histoire	590
3.	Actualité, débat d'intérêt général et jurisprudence européenne	591
4.	L'actualité et les faits judiciaires.....	593
B.	L' <i>infotainment</i> et les docu-fictions	596
1.	L' <i>infotainment</i> et les affaires judiciaires.....	596
2.	Les docu-fictions	602
a)	Les docu-fictions : un genre particulier	602

b) Les docu-fictions dans la jurisprudence belge	603
c) Les docu-fictions et la jurisprudence française	605
§ 7. Les faits relatés au regard de l'histoire et du devoir de mémoire	612
A. Le devoir de mémoire	615
1. Comprendre le devoir de mémoire	615
2. Le devoir de mémoire, un devoir juridique ?	624
3. Quand la loi impose la mémoire	629
a) Les lois d'imprescriptibilité	629
b) Les lois mémorielles	632
- Définition et typologie des lois mémorielles	632
- Les lois mémorielles et leur contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme et les cours suprêmes nationales	637
c) Des lois critiquables	646
B. L'oubli face à l'histoire et au devoir de mémoire	652
§ 8. La prise en compte de l'intérêt à la resocialisation de la personne concernée et la prise en compte de l'apurement de la dette	654
A. La resocialisation, une spécificité tirée de l'oubli judiciaire	655
B. La resocialisation dans les textes législatifs	656
C. La resocialisation dans la jurisprudence	657
§ 9. D'autres critères pourraient-ils être pris en compte ?	661
A. Le comportement antérieur de la personne	661
B. Le consentement de la personne	664
1. Les contours du consentement	664
2. Les caractéristiques du consentement	667
3. Le consentement et le droit à l'oubli	670
C. Le type de média utilisé pour la nouvelle divulgation	674
Chapitre 2. Le lien causal et le dommage	680
Section 1 ^{ère} . Le dommage	680
§ 1 ^{er} . Déterminer les contours du dommage	680
§ 2. Les types de dommage	684
A. Le dommage matériel et le dommage moral	684
B. Le dommage causé à une personne décédée	687
C. Le dommage causé à une personne morale	690
§ 3. Le dommage causé dans le cadre d'une atteinte au droit à l'oubli	696
Section 2. Le lien causal	697
§ 1 ^{er} . Les théories de la causalité	697
§ 2. Les caractéristiques de la causalité	701

§ 3. Le lien de causalité et le droit à l'oubli	702
Chapitre 3. La réparation adéquate de la violation d'un droit extrapatrimonial	703
Section 1 ^{ère} . Principes généraux	704
Section 2. Le choix du mode de réparation	708
Section 3. Le chilling effect	712
Section 4. La réparation d'une atteinte à un droit de la personnalité	717
§ 1 ^{er} . Quelques considérations générales	717
§ 2. La réparation adéquate en cas d'atteinte au droit à l'oubli d'informations journalistiques.....	723
A. L'allocation de dommages et intérêts.....	724
B. L'obligation de publier la décision judiciaire	725
C. L'insertion d'une mention.....	729
D. La suppression de l'information.....	730
E. L'anonymisation de l'information.....	734
1. L'anonymisation dans la réglementation	734
2. L'anonymisation vue la doctrine et les instances déontologiques	736
3. L'anonymisation vue par la jurisprudence	738
4. L'automatisme de l'anonymisation et sa mise en œuvre technique	741
F. La pseudonymisation de l'information.....	744
G. Le déréférencement de l'information	745
Conclusions de la Partie 2	746
Troisième partie – L'oubli d'informations non journalistiques	751
Introduction	751
Titre 1 ^{er} . Définitions et champ d'application.....	755
Chapitre 1 ^{er} . Définir le droit à l'oubli d'informations non journalistiques	755
Chapitre 2. Définir l'information non journalistique	759
Section 1 ^{ère} . L'information est une donnée ... à caractère personnel	759
Section 2. L'information non journalistique	766
Chapitre 3. Le champ d'application du droit à l'oubli d'informations non journalistiques	766
Titre 2. Les sources juridiques.....	768
Chapitre 1 ^{er} . Une protection par la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel.....	768
Section 1 ^{ère} . La protection des données à caractère personnel dans les instruments de droit international et européen.....	770
§ 1 ^{er} . Les instruments de droit international	771
§ 2. Les instruments de droit européen	775
A. Les instruments de l'Union européenne.....	776

1.	Le droit primaire.....	776
a)	Les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne	776
b)	La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	778
2.	Le droit dérivé	780
3.	La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	787
a)	La jurisprudence avant la reconnaissance du caractère obligatoire de la Charte 788	
b)	La jurisprudence depuis la reconnaissance du caractère obligatoire de la Charte 790	
c)	Vers un accroissement de la protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.....	792
B.	Les instruments du Conseil de l'Europe	794
	Section 2. En droit national	799
	§ 1 ^{er} . Les projets et propositions de loi non aboutis	800
	§ 2. Les textes législatifs adoptés	804
	§ 3. La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat	804
	Section 3. La distinction entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la vie privée	805
	Chapitre 2. Une protection par le droit à la vie privée.....	812
	Chapitre 3. Une protection par le droit à l'autodétermination informationnelle	815
	Section 1 ^{ère} . Les définitions du droit à l'autodétermination informationnelle	817
	Section 2. Les fondements et les consécutions du droit à l'autodétermination informationnelle	821
	§ 1 ^{er} . La consécution jurisprudentielle allemande : la <i>Census decision</i>	821
	§ 2. Les fondements et consécutions à la suite de la <i>Census decision</i>	824
	§ 3. Les autres consécutions jurisprudentielles	826
	Section 3. Les caractéristiques du droit à l'autodétermination informationnelle.....	827
	Section 4. Le droit à l'autodétermination informationnelle comme fondement des droits à l'oubli	828
	Chapitre 4. Une protection par le droit de propriété	829
	§ 1 ^{er} . L'appropriation des données : les débats.....	829
	§ 2. L'appropriation des données : les critiques	832
	§ 3. L'appropriation des données : une variante du droit à l'autodétermination informationnelle et au droit la vie privée.....	836
	Titre 3. Les mises en œuvre juridique du droit à l'oubli d'informations non journalistiques	837
	Chapitre 1 ^{er} . De quelques définitions clés.....	838
	Section 1 ^{ère} . La personne concernée.....	838

Section 2. Le traitement	843
Section 3. Le responsable du traitement.....	845
§ 1 ^{er} . Le responsable du traitement dans les textes.....	845
§ 2. Le responsable du traitement dans la jurisprudence	850
§ 3. Le responsable du traitement et le droit à l'oubli d'informations non journalistiques.....	854
Section 4. L'anonymisation vs la pseudonymisation	856
Chapitre 2. Les limitations en faveur de la liberté d'expression.....	858
Section 1 ^{ère} . L'article 85 du RGPD	860
§ 1 ^{er} . L'absence d'uniformisation des dispositions en faveur du droit à la liberté d'expression.....	860
§ 2. La protection du droit à la liberté d'expression et le journalisme	861
§ 3. Le régime de l'article 85.....	862
§ 4. Traiter des données à des fins de liberté d'expression	865
Section 2. L'autre fondement du RGPD : l'article 17, § 3, a).....	868
Section 3. Les dispositifs nationaux.....	868
§ 1 ^{er} . La situation belge : de la loi du 8 décembre 1992 à la loi du 30 juillet 2018.	868
A. Les limitations en faveur de la liberté d'expression dans la loi du 8 décembre 1992.....	869
B. La loi du 11 décembre 1998.....	872
C. La loi du 30 juillet 2018	875
1. Le contenu et la mise en œuvre de l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018	875
2. Une comparaison de l'article 24 de la loi du 30 juillet 2018 et des textes antérieurs	877
3. Les nouvelles dérogations de la loi du 30 juillet 2018.....	882
4. Une absence de dérogation.....	885
§ 2. La situation française : les articles 40, I, et 67 de la loi française « informatique et libertés »	887
Chapitre 3. Les consécutions juridiques de l'oubli d'informations non journalistiques	889
Section 1 ^{ère} . Les droits d'information et d'accès.....	889
§ 1 ^{er} . Les consécutions des droits d'accès et d'information en général	890
A. Les droits d'accès et d'information dans les textes.....	891
B. Les droits d'accès et d'information dans la jurisprudence européenne .	895
§ 2. Les consécutions des droits d'accès et à l'information dans la réglementation relative à la protection des données personnelles.....	898
A. Le droit (ou l'obligation) à l'information.....	899
B. Le droit d'accès	904
Section 2. L'oubli par l'effacement de données.....	907

§ 1 ^{er} . Les fondements du droit à l’effacement	907
§ 2. L’application concrète du droit à l’effacement consacré par le RGPD	911
§ 3. Les motifs d’effacement consacrés par le RGPD	912
A. L’effacement en cas de disparition de la finalité.....	913
1. Le principe de limitation des finalités	913
a) Définir la notion de finalité	913
b) Les caractéristiques de la finalité	915
c) Finalité et licéité : des liens évidents.....	920
2. Le principe de minimisation des données	922
3. Le principe de limitation de la conservation des données.....	925
4. Le droit à l’oubli en cas de disparition de la finalité.....	926
B. L’effacement en cas de retrait du consentement	930
1. Le consentement et ses caractéristiques	932
a) Les contours de la notion de consentement.....	932
b) Les éléments d’un consentement valable.....	935
c) Le consentement donné par un mineur.....	943
2. Le droit de changer d’avis.....	947
3. Le droit à l’oubli d’une information divulguée avec le consentement de la personne concernée	951
C. L’effacement en cas d’opposition	953
1. Le droit de s’opposer.....	954
2. L’arrêt <i>Google Spain</i> de la Cour de justice de l’Union européenne	957
3. Le droit à l’oubli en cas d’opposition.....	958
D. Le droit à l’effacement en cas de traitement illicite	960
1. Un traitement <i>illicite</i>	961
2. Le traitement illicite : les précisions apportées par l’arrêt <i>Google Spain</i> 963	
3. Le droit à l’oubli en cas de traitement illicite.....	967
E. Deux autres cas d’effacement.....	972
§ 4. Le droit à l’effacement, renforcé et déforcé	973
A. Le droit à l’oubli renforcé	973
B. Le droit à l’oubli déforcé.....	976
1. L’oubli limité par le droit à la liberté d’expression et d’information.....	976
a) Les interprétations de l’article 17, § 3, a), du RGPD	978
b) Vers une interprétation souple impliquant la mise en œuvre d’une pondération des intérêts.....	981
2. L’oubli limité pour respecter une obligation légale	982

3.	L'oubli limité par des motifs d'intérêt public	983
4.	L'oubli limité à des fins archivistiques	984
5.	L'oubli limité par la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice	984
§ 5.	L'effacement en pratique.....	984
A.	Les modalités concrètes de mise en œuvre du droit à l'effacement.....	984
B.	La balance des intérêts et l'oubli.....	986
1.	La balance des intérêts suscitées par le RGPD	986
2.	La balance des intérêts confirmée par l'arrêt <i>Google Spain</i>	987
3.	Les critères de pondération des intérêts	989
a)	Premier critère : des données relatives à des personnes physiques	991
b)	Deuxième critère : des données relatives à une personne publique	992
c)	Troisième critère : des données relatives à un mineur	995
d)	Quatrième critère : l'exactitude des données	996
e)	Cinquième critère : la pertinence des données	996
f)	Sixième critère : la sensibilité des données.....	998
g)	Septième critère : la mise à jour des données	999
h)	Huitième critère : le préjudice causé par le traitement.....	1000
i)	Neuvième critère : le risque créé pour la personne concernée	1001
j)	Dixième critère : le contexte de la diffusion de l'information.....	1001
k)	Onzième critère : la finalité journalistique du traitement	1003
l)	Douzième critère : le caractère légal de la diffusion de l'information	1004
m)	Treizième critère : l'information relative à une infraction pénale.....	1005
C.	Les critiques relatives à la mise en œuvre du droit à l'oubli à l'encontre de l'exploitant d'un moteur de recherche	1006
1.	Le déréférencement est une mesure partielle	1006
2.	Le déréférencement est une mesure territorialement limitée	1008
3.	Le déréférencement rend responsable le mauvais intermédiaire.....	1014
4.	Le déréférencement constitue une nouvelle forme de censure	1016
Section 3.	L'oubli par la rectification de données.....	1019
§ 1 ^{er} .	Le droit à rectification dans la réglementation	1019
§ 2.	L'analyse de l'article 16 du RGPD.....	1022
A.	Les consécutions et la mise en œuvre de deux droits : rectifier et compléter	1022
B.	L'oubli à travers le droit de rectification et le droit de compléter des informations	1026
Section 4.	L'oubli par la limitation du traitement	1028
Section 5.	L'oubli par l'opposition au traitement	1032

Chapitre 4. Un oubli non absolu	1034
Section 1 ^{ère} . Les restrictions au droit à l’effacement.....	1034
Section 2. Les limitations établies par l’article 23 RGPD.....	1035
Section 3. Les limitations dues à la qualité des données.....	1042
§ 1 ^{er} . Les règles particulières applicables aux catégories particulières de données et aux données judiciaires.....	1042
§ 2. Les catégories particulières de données et le droit à l’oubli.....	1044
A. Les éclaircissements apportés par la Cour de justice de l’Union européenne : l’arrêt <i>GC, AF, BH, ED c. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL)</i> du 24 septembre 2019	1044
1. Faits et constats de départ.....	1044
2. La première question préjudicielle : le champ d’application <i>ratione personae</i> des interdictions de traitement des données sensibles	1046
3. Les deuxièmes questions préjudicielles : le caractère systématique du déréférencement <i>a posteriori</i> et l’application de certaines exceptions	1049
4. Les troisième et quatrième questions préjudicielles.....	1054
B. Les dispositions consacrées par les textes visant à limiter l’oubli des catégories particulières de données.....	1055
Section 4. Les limitations relatives à la liberté d’expression	1056
Section 5. Les limitations relatives au traitement à des fins archivistiques dans l’intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques.	1056
§ 1 ^{er} . Le champ d’application de ces diverses limitations	1057
§ 2. Les dispositions du RGPD adaptées aux traitements à des fins archivistiques d’intérêt public ou statistiques, de recherche scientifique ou historique.....	1059
§ 3. Les dérogations découlant de l’article 89 du RGPD	1062
§ 4. Les dérogations instaurées par la loi du 30 juillet 2018	1064
Chapitre 5. Les dispositions procédurales	1066
Section 1 ^{ère} . Le droit de suite et l’obligation de notification.....	1066
Section 2. La mise en œuvre d’un recours	1067
§ 1 ^{er} . Les recours organisés par le règlement RGPD.....	1067
§ 2. Le droit à réparation	1070
§ 3. Le recours organisé par la loi du 30 juillet 2018	1070
Conclusions de la Partie 3	1071
Conclusions générales	1075
Bibliographie.....	1091
I. Législation.....	1091
A. Textes internationaux.....	1091
1) Conventions, traités et Chartes	1091
2) Droit dérivé de l’Union européenne	1092

3) Textes non contraignants	1095
a) Organisation des Nations-Unies (ONU)	1095
b) Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)....	1095
c) Conseil de l'Europe	1095
d) Instances relatives à la protection des données à caractère personnel	1098
B. Textes nationaux	1100
1) Textes belges.....	1100
a) Normes à valeur législative	1100
b) Normes à valeur réglementaire	1105
c) Travaux parlementaires, avis de la section de législation du Conseil d'Etat .	1107
d) Circulaires	1110
e) Organes déontologiques et autorités de protection de la vie privée.....	1111
2) Législation et textes non contraignants étrangers	1112
a) France	1112
b) Autres	1114
C. Divers.....	1116
II. Doctrine	1118
A. Monographies et ouvrages collectifs	1118
B. Contributions dans des ouvrages collectifs.....	1131
C. Articles de périodiques	1148
III. Sites internet et articles de presse	1169
IV. Jurisprudence	1173
A. Cour européenne des droits de l'homme	1173
B. Cour de justice de l'Union européenne.....	1184
C. Jurisprudence belge.....	1187
1. Cour constitutionnelle	1187
2. Conseil d'Etat.....	1188
3. Cour de cassation	1189
4. Jurisprudence de fond	1196
D. Jurisprudence française	1204
1. Conseil constitutionnel français	1204
2. Cour de cassation française.....	1204
3. Jurisprudence de fond française	1205
E. Jurisprudence allemande.....	1207
F. Jurisprudence luxembourgeoise	1207
Table des matières	1209

