

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire et fondateur de la *Revue*.

Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.
V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEM, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et ancien président de la Fondation René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMPEPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELLIER, professeure à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

**Le droit à l'oubli devant la Cour
européenne des droits de l'homme :
l'intégration d'une composante temporelle
dans un litige vie privée/liberté d'expression**

(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Hurbain c. Belgique*,
22 juin 2021)

PAR

Édouard CRUYSMANS

Professional Support Lawyer dans un cabinet d'avocats
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain

Résumé

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'anonymisation imposée par une décision de justice d'un article disponible dans des archives numériques ne constitue pas une violation de l'article 10 de la Convention. Le raisonnement proposé s'inscrit dans un litige opposant le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression, la Cour intégrant cependant la composante du temps qui passe, caractéristique du droit à l'oubli.

Abstract

The European Court of Human Rights has concluded that the anonymisation imposed by a court of an article available in digital archives does not constitute a violation of Article 10 of the Convention. The reasoning proposed is that applicable to privacy and freedom of expression dispute, except that the Court integrates the component of the passage of time, characteristic of the right to be forgotten.

Introduction

1. Introduction. Le 22 juin 2021, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la Belgique n'avait pas violé le droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette prérogative était opposée au droit à la vie privée, tel que protégé par l'article 8 du texte précité. Dans cet arrêt *Hurbain c. Belgique*, la Cour ne s'est pas limitée à appliquer ses principes désormais bien établis face à un tel conflit de droits fondamentaux. En effet, une composante spécifique a obligé la Cour à adapter, à la marge, les critères formalisés distinctement dans les arrêts *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2)¹ et *Axel Springer AG c. Allemagne*² du 7 février 2012. Cette particularité tient au fait que le droit à la vie privée est revendiqué dans une de ses composantes tout à fait particulière et reconnue par la jurisprudence belge, notamment la Cour de cassation, à savoir le droit à l'oubli. Inévitablement, le facteur temporel – qui est inhérent à ce droit – a impacté le raisonnement tenu par la troisième section de la Cour. Certes, il faut rapidement admettre que la Cour ne bouleverse pas totalement sa façon d'appréhender ce conflit traditionnel de droits fondamentaux. Elle apporte çà et là quelques nuances qui ne sont pas dépourvues d'intérêt pour quiconque s'intéresse à l'évolution des droits fondamentaux dans l'environnement numérique et l'impact que le développement du digital peut avoir sur ces droits. L'on peut sans doute regretter que la Cour n'ait pas franchi le pas d'une réelle consécration claire et limpide du droit à l'oubli, comme composante du droit à la vie privée, et d'une adaptation plus franche de sa grille de lecture.

L'arrêt constitue cependant une pierre de plus à l'édification de ce que l'on dénomme, sans doute par facilité, le droit à l'oubli³. Depuis plusieurs années, des procédures judiciaires sont intentées en Belgique et ailleurs en s'appuyant sur cette prérogative. La Cour de justice de l'Union européenne a elle-même déjà rendu plusieurs arrêts relatifs au droit au déréférencement, ce dernier devant être considéré comme une façon de mettre en œuvre une prétention

¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, note É. 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, n° 17, pp. 784-790. Voy. aussi M. AFROUKH, «Les critères 'Von Hannover n° 2' dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme : une attractivité équivoque», *cette Revue*, 2018, pp. 593-611.

² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012.

³ Cette pierre n'est cependant pas encore totalement acquise, l'arrêt *Hurbain c. Belgique* ayant fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (renvoi accepté le 11 octobre 2021). Un nouvel arrêt devra donc être rendu dans cette affaire, renforçant ou déforçant la position arrêtée ce 22 juin 2021 par la troisième section de la Cour européenne.

d'oubli. Il importe d'emblée de souligner que les juges européens de Luxembourg fondent cette prérogative dans la réglementation sur les données à caractère personnel. La requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme a amené les juges européens de Strasbourg à ancrer l'exigence d'oubli dans le droit à la vie privée.

Après une brève présentation des faits et de la procédure belge ayant mené à l'arrêt commenté (I), il importe de s'intéresser brièvement aux mises en œuvre possibles de l'oubli dans l'environnement des médias (II), ainsi qu'à la façon dont la jurisprudence européenne a déjà appréhendé la dimension d'oubli (III). Enfin, nous nous attellerons à analyser l'arrêt rendu le 22 juin 2021 au regard des précisions apportées dans les points précédents, en passant notamment en revue les différents critères analysés dans l'examen de la proportionnalité (IV).

I. Les faits

2. Lutter contre le caractère indélébile d'internet. Tout part d'un grave accident de voiture provoqué par un médecin et ayant notamment causé le décès de deux autres personnes. Le fait divers est relaté dans un article publié en 1994 dans la version papier du journal *Le Soir*, l'un des principaux quotidiens d'information francophones de Belgique. Dans cet article sont repris les nom et prénom du médecin, celui-ci ayant été condamné pour ces faits en 2000. Après avoir purgé sa peine, une décision de réhabilitation intervient en 2006.

En 2008, le journal *Le Soir* décide de rendre accessibles gratuitement et numériquement, via son site internet, ses archives (les articles publiés depuis 1989). À la suite de cette décision, l'article décrit ci-avant, contenant l'identité du médecin, se retrouve diffusé sur internet et relativement facilement accessible notamment via une recherche effectuée grâce à un moteur de recherche. La teneur de l'article laisse évidemment présager quelques désagréments pour la personne nommément citée.

C'est précisément pour s'éviter des ennuis et compte tenu de sa profession, qui implique que des patients effectuent des recherches sur internet à propos de leur médecin (ne fût-ce que pour, sans intention malveillante, trouver ses coordonnées) que cette personne introduit en 2010 une demande auprès du service juridique du journal pour que l'article soit, si pas supprimé, au moins anonymisé. Cette demande lui est refusée mais le service juridique consent à mettre en demeure Google pour que cette entreprise procède au déréférencement. Cette requête est toutefois restée sans réponse.

Le médecin persiste et sollicite d'abord le Conseil de déontologie journalistique qui juge cependant la demande irrecevable, considérant que le litige ne soulève aucune question d'ordre déontologique. Il lance ensuite une procédure judiciaire contre M. Hurbain, l'éditeur responsable du journal *Le Soir*. Il obtient gain de cause tant en première instance⁴ qu'en appel⁵ : les juridictions considèrent que le maintien en ligne de cet article constitue une atteinte au droit à la vie privée du médecin, plus précisément à son droit à l'oubli. Elles admettent ensuite que l'anonymisation de l'archive numérique de l'article litigieux constitue un moyen proportionné pour concilier, d'une part, la volonté du médecin de voir son droit à l'oubli être pleinement protégé et, d'autre part, les prétentions légitimes de M. Hurbain, en tant qu'éditeur responsable, à protéger le droit à la liberté d'expression, et notamment le droit d'accès aux informations contenues dans les archives. Enfin, le pourvoi en cassation introduit par M. Hurbain n'a pas été reçu : la Cour valide pleinement le raisonnement tenu par la juridiction d'appel et reconnaît donc le bien-fondé de la demande d'anonymisation⁶.

Condamné civilement et définitivement par les autorités judiciaires belges, M. Hurbain introduit une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'interroger sur la validité cette condamnation.

II. L'oubli comme prérogative(s) juridique(s)

3. Les droits à l'oubli. Il importe, avant d'analyser concrètement l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, de proposer quelques brefs développements relatifs à l'émergence des revendications juridiques de l'oubli.

⁴ Civ. Neufchâteau (2^e ch.), 25 janvier 2013, *A. & M.*, 2013, n^o 6, p. 478, note; *J.L.M.B.*, 2013, n^o 22, p. 1182.

⁵ Liège (20^e ch.), 29 septembre 2014, *A. & M.*, 2015/3-4, p. 319, note; *J.L.M.B.*, 2014, n^o 41, p. 1952, note É. 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, n^o 314, p. 26, note P. VAN ECKE et M. LE BOUDEK, « Recht op vergetelheid ook van toepassing op krantenarchieven »; *R.G.D.C.*, 2016, n^o 5, p. 294, note É. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les métamorphoses du droit à l'oubli sur le net ».

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 29 avril 2016, *A. & M.*, 2016, n^o 5-6, p. 459, note; *Computerr.*, 2017, n^o 1, p. 31, note J. AUSLOOS, « Vergetelheidszaken voor de Hoven van Cassatie te België en Frankrijk – Contradictoir of Complementair ? »; *Juristenkrant*, 2016, n^o 333, p. 5; *J.T.*, 2016/6662, p. 609, note É. CRUYSMANS, « Le droit à l'oubli devant la Cour de cassation »; *J.L.M.B.*, 2017, n^o 5, p. 208, note; *N.j.W.*, 2016, n^o 350, p. 778, note E. BREWAEYS, « Identificatie van een moordenaar »; *R.D.C.*, 2017, n^o 2, p. 206, note J. CLINCK, « Het recht om (digitaal) vergeten te worden erkend door het Hof van Cassatie ».

D'emblée, l'on peut affirmer que l'appellation communément utilisée de «droit à l'oubli» est loin d'être optimale. Il y a lieu, en réalité, au moins de donner plusieurs formes à cette expression afin de correspondre davantage à la réalité juridique, sans que cela soit totalement satisfaisant.

Concrètement, l'oubli est mis en œuvre par des voies juridiques différentes. L'arrêt commenté permet de renforcer cette constatation en validant pleinement la première voie. La seconde a déjà été consacrée notamment par la Cour de justice de l'Union européenne.

Cette première voie traduit la situation d'une personne souhaitant s'opposer à ce que des médias traditionnels ou numériques reprennent une information à son égard, divulguée il y a un certain temps déjà. Cette personne va généralement introduire sa demande auprès d'un éditeur et pouvoir l'appuyer sur le fondement du droit à la vie privée, cette prérogative juridique englobant alors le droit à l'oubli. Afin d'accéder à un juge, la demande se fait via une action en responsabilité civile extracontractuelle. Cette forme d'oubli n'est pas totalement récente : il existe en Belgique de la jurisprudence depuis plusieurs années⁷. Certes, ces décisions ne sont pas extrêmement nombreuses, mais elles ont permis à la doctrine de forger petit à petit le raisonnement qui a été analysé par la Cour européenne dans l'arrêt commenté.

La seconde voie est mise en œuvre par le droit à la protection des données à caractère personnel, et notamment le Règlement général sur la protection des données (ci-après : le «R.G.P.D.»)⁸ qui consacre en son article 17 un droit au déréférencement, aussi intitulé «droit à l'oubli»⁹. Cette disposition constitue une consécration *a priori* claire d'un droit à l'oubli, sans être toutefois la seule à concrétiser l'oubli de données personnelles. En effet, le droit de rectification

⁷ Voy. notamment Anvers, 18 janvier 1984, *R.W.*, 1986-1987, col. 2860; Civ. Namur (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, n° 18, p. 781, note A. STROWEL, «Liberté de rappeler des faits contre droit au silence: les contretemps de la presse»; Civ. Namur (1^{re} ch.), 27 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, n° 4, p. 471; Civ. Bruxelles (21^e ch.), 7 octobre 2001, *A. & M.*, 2003, n° 1, p. 80.

⁸ 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 (règlement général sur la protection des données), *J.O.U.E.*, n° L 119 du 4 mai 2016.

⁹ Il est intéressant et instructif de remarquer que ce second titre de l'article 17 est assorti d'une double précaution stylistique, à savoir l'utilisation de parenthèses et la mise entre guillemets. Ce n'est évidemment pas sans raison que le législateur européen a utilisé ces deux signes de ponctuation. Cela traduit concrètement les enjeux et débats importants qui ont entouré l'adoption du R.G.P.D., et spécifiquement de son article 17, et sans doute une volonté dissimulée derrière ces signes de contenter l'ensemble des parties intéressées par ladite disposition et son contenu. Autrement dit, on consacre un droit à l'oubli sans réellement le consacrer...

(article 16) ou le droit à la limitation du traitement (article 18) remplissent eux aussi cet objectif – parfois plus indirectement –, tout comme le droit d’opposition (article 21). Ce dernier a notamment été combiné avec le droit à l’effacement pour consacrer le droit au déréférencement¹⁰.

Ces deux voies juridiques se distinguent aussi en fonction de la personne auprès de qui l’oubli est revendiqué. En effet, lorsque la demande est faite auprès d’un éditeur (de presse papier, audiovisuel ou d’un site internet), l’on a sans doute tendance à activer, comme dans l’affaire commentée, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, combiné aux dispositions protectrices du droit à la vie privée. Lorsqu’on s’adresse à un moteur de recherche, l’instrument juridique le plus adéquat paraît être le droit à la protection des données à caractère personnel. Ceci s’explique en grande partie par l’existence de dérogations, dans le R.G.P.D., en faveur des traitements à des fins de journalisme¹¹, aboutissant à rendre inapplicables, dans certaines circonstances, les dispositions précitées permettant l’oubli.

Ces deux dimensions présentent toutefois des points communs, ce qui leur permet sans doute d’être englobées sous l’appellation «droits à l’oubli». Elles s’inscrivent dans l’univers des médias, au sens large, et traduisent une idée commune : pouvoir jouir librement de ses données personnelles et maîtriser, compte tenu d’autres enjeux sociétaux tirés essentiellement du droit à la liberté d’expression, les informations qui nous concernent. Cet ambitieux dessein a pris un essor tout particulier avec le développement des technologies du numérique, des capacités de stockage désormais quasiment illimitées, et de ce sentiment – trompeur – qu’internet doit nous permettre d’accéder librement à n’importe quelle information. Certains auteurs y voient la consécration d’un droit à l’autodétermination informationnelle¹² qui permet à chaque individu

¹⁰ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, aff. C-131/12.

¹¹ Sur la notion de journalisme et ces exceptions, voy. notamment Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l’ère numérique*, coll. du CRIDS, Larcier, Bruxelles, 2015, notamment pp. 564-603.

¹² La Cour européenne des droits de l’homme a d’ailleurs 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» (Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, § 61).

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»¹³.

III. L'oubli dans la jurisprudence européenne

4. L'oubli dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est possible de retrouver, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, quelques traces d'oubli¹⁴, sans pour autant y constater une consécration pleine et entière d'un réel droit à l'oubli¹⁵.

Dans l'arrêt *Schwabe c. Autriche*¹⁶, les juges européens de Strasbourg précisent que «[d]es condamnations pénales du genre en question [condamnation en diffamation], prononcées par le passé contre un homme politique, peuvent, de même que son comportement public à d'autres égards, entrer en ligne de

¹³ C. DE TERWANGNE, «Droit à l'oubli, droit à l'effacement ou droit au déréfèrencement? 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, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 253. L'auteur précise encore que l'auto-détermination informationnelle (ou l'autonomie informationnelle) est «la possibilité de contrôler ses propres informations personnelles, c'est-à-dire le droit [...] de déterminer quelles informations les concernant peuvent être communiquées et à quelles fins» (*ibid.*, p. 252). Quant à la notion de contrôle, elle n'est pas totalement étrangère à la définition de la *privacy*: «Privacy is not simply an 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*, New York, New York University Press, 2016, p. 88, l'auteur reprenant une formule de Ch. FRIED, «Privacy», *The Yale Law Journal*, 1968, n° 3, p. 482).

¹⁴ Pour une analyse plus importante des arrêts relatifs aux droits à l'oubli, voy. É. CRUYSMANS, «La protection de la réputation en ligne: droit de réponse, droit de rectification, droit à l'oubli», in C. de Terwangne et Q. Van Enis (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'internet*, coll. Pratique du droit européen, Bruylant, Bruxelles, 2019, pp. 390-401, n° 22-24. Voy., par exemple, deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne seront pas davantage développés dans ce commentaire, dès lors qu'ils ne concernent pas le droit à la vie privée ou le droit à la protection des données à caractère personnel: Cour eur. dr. h., arrêt *G.B. c. France*, 2 octobre 2001, et Gde Ch., arrêt *Achour c. France*, 29 mars 2006. Ces arrêts reprennent pourtant explicitement l'expression «droit à l'oubli», mais dans un contexte relatif au droit au procès équitable (pour le premier arrêt) et au principe «pas de peine sans loi» (dans le second arrêt). Enfin, sur ce même sujet, voy. encore Fr. KRENC et Fr. TULKENS, «La protection des données à caractère personnel et le droit à l'oubli», in *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, Wolf Legal Publishers, Nimègue, 2015, pp. 289-306.

¹⁵ 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. Neufchâteloise, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, p. 215.

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schwabe c. Autriche*, 28 août 1992.

compte pour apprécier son aptitude à exercer des fonctions publiques» (§ 32). C'est, autrement dit, une façon pour la Cour de refuser toute possibilité d'oubli pour un homme politique, impliquant par conséquent la possibilité de pouvoir rappeler d'anciennes condamnations pénales. Koen Lemmens a considéré que cet arrêt aurait permis à la Cour «de prendre position quant à la reconnaissance d'un tel droit [à l'oubli], mais elle a préféré laisser planer des doutes»¹⁷. Une autre auteure s'est risquée à faire un timide pas de plus en considérant que si le droit à l'oubli est, par cet arrêt, existant, il ne l'est en tout cas pas de façon absolue¹⁸. Dans un arrêt *Rotaru c. Roumanie*¹⁹, la Cour soutient que la mémorisation de données ainsi que leur communication n'étaient pas prévues par la loi, concluant à une violation du droit à la vie privée. Elle précise 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). Un auteur y voit une véritable consécration du droit à l'oubli²⁰. En réalité, la Cour consacre une version extensive du droit à la vie privée, en y englobant la protection des données à caractère personnel qui ne présente alors pas encore le même intérêt qu'aujourd'hui. Cela étant, rien n'indique clairement que le droit à l'oubli soit effectivement consacré.

Plus récemment, il faut encore évoquer l'affaire *M.L. et W.W. c. Allemagne* du 28 juin 2018²¹. L'arrêt concerne d'anciennes publications disponibles sur internet et relatives à un assassinat commis par les requérants et la procédure judiciaire qui s'en est suivie. Estimant que cela leur porte préjudice, les requérants invoquent le droit à la vie privée pour demander l'anonymisation des informations, restreignant ainsi le droit à la liberté d'expression de la presse allemande. La Cour européenne des droits de l'homme apporte des précisions intéressantes sur l'ingérence commise par les éditeurs des sites internet : «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). Elle confirme par la suite que

¹⁷ K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde!*, coll. de thèses, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 278.

¹⁸ B. VANLERBERGHE, *Openbaarheid en openheid in het gerecht*, Thèse de doctorat, Louvain, 1999, p. 431.

¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000.

²⁰ A. RABAGNY, *L'Homme tel qu'en lui-même: Droit et individualité*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 333.

²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, 28 juin 2018.

la licéité des reportages lors de leur première diffusion n'est absolument pas remise en question ; ce qui est en cause, c'est « la possibilité d'accès à ces reportages longtemps après » (§ 99). La Cour procède ensuite à une balance des intérêts, en s'appuyant sur ses critères traditionnellement appliqués dans ses litiges opposant le droit à la liberté d'expression et le droit à la vie privée. La Cour admet cependant que le facteur du temps qui passe est, dans l'affaire, essentiel, sans pour autant décider d'en faire une balise à part entière. Enfin, tout en reconnaissant que l'anonymisation est un procédé « moins attentatoire à la liberté d'expression qu'une suppression » (§ 105) pure et simple, la Cour a estimé qu'en l'espèce, compte tenu des circonstances, la liberté d'expression devait prévaloir. Dans cet arrêt, « [l']oubli n'est donc pas accordé aux requérants, la balance des intérêts ayant été défavorable à leur vie privée²². Selon nous, il ne faut [cependant] pas y voir un refus catégorique de la Cour de reconnaître le droit à l'oubli – qu'elle se garde d'ailleurs bien de mentionner dans son raisonnement –. Il s'agit simplement d'une application des critères évoqués à un cas d'espèce spécifique²³ ».

5. L'oubli dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Impossible, évidemment, de ne pas aborder rapidement l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice qui a été considéré par beaucoup comme une première consécration claire du droit à l'oubli. Certes, il fonde effectivement une concrétisation d'une prétention d'oubli, à travers la mise en œuvre d'un droit au déréférencement imposé aux moteurs de recherche, en s'appuyant sur deux dispositions de la directive 95/46/CE, aujourd'hui remplacée par le R.G.P.D.²⁴. Sans s'étendre largement sur cet arrêt déjà abondamment commenté²⁵, l'on peut pre-

²² Pour une autre décision impliquant une balance des intérêts défavorable à l'effacement d'informations relatives au requérant, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, 16 juillet 2013.

²³ É. CRUYSMANS, « La protection de la réputation en ligne : droit de réponse, droit de rectification, droit à l'oubli », *op. cit.*, p. 401, n° 24.

²⁴ 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.C.E.*, n° L 281 du 23 novembre 1995.

²⁵ Parmi les nombreux commentaires de cette décision, voy. notamment J. DUPONT-LASSALLE, « Beaucoup de bruit pour rien ? La précarité du 'droit à l'oubli numérique' consacré par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google Spain* », *cette Revue*, 2015, pp. 987-1019 ; J. AUSLOOS et B. VAN ALSENOY, « Bescherming van natuurlijke personen in verband met verwerking van persoonsgegevens », *A. & M.*, 2014, n° 5, pp. 411-416 ; P. VAN EECKE et A. CORNETTE, « De verantwoordelijkheid van zoekmachines bij de publicatie van persoonsgegevens op websites : Het *Google Spain SL* arrest », *Computerr.*, 2014, n° 4, pp. 240-247 ; É. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le déréférencement de données 'inadéquates, non pertinentes ou excessives' », *J.T.*, 2014, pp. 457-459 ;



mièrement relever que la Cour de justice a bien distingué deux responsabilités : celle des moteurs de recherche et celle des éditeurs²⁶. Il est ensuite intéressant de constater que la Cour de justice ne fait pas du droit au déréférencement une prérogative absolue. Cette forme d'oubli est, à l'instar d'un raisonnement que l'on retrouve plus traditionnellement auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, soumise à une balance des intérêts en présence.

Deux autres arrêts²⁷ de la Cour de justice façonnent le droit au déréférencement et ont été rendus le même jour. Le premier concerne le droit au déréférencement appliqué aux catégories particulières de données à caractère personnel (données sensibles, données médicales et données judiciaires) et a notamment

←

A. CASSART et J. HENROTTE, « Arrêt *Google Spain* : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli », *J.L.M.B.*, 2014, n° 25, pp. 1183-1191 ; E. DEFREYNE et R. ROBERT, « L'arrêt 'Google Spain' : une clarification de la responsabilité des moteurs de recherche... aux conséquences encore floues », *R.D.T.I.*, 2014, n° 3, pp. 73-114 ; P. VAN DEN BULCK, « Arrêt *Google Spain* : l'étendue du droit à l'oubli », *J.D.E.*, 2014, pp. 289-290 ; J.-P. FOËGLE, « La C.J.U.E. magicienne européenne du 'droit à l'oubli' numérique », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], juin 2014, consultable à l'adresse <http://revdh.revues.org/840> ; 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. 237-268 ; M. AUBERT, E. BOUSSY et H. CASSAGNABERE, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. Vie privée et protection des données personnelles – Moteurs de recherches et droit à l'oubli », *A.J.D.A.*, 2014, n° 20, pp. 1147-1149 ; Ch. BERNARD-GLANZ, « Les arrêts *Digital Rights Ireland* et *Google Spain*, ou le printemps européen de la protection des données », *C.D.E.*, 2014, n° 3, pp. 685-717 ; D. LINDSAY, « The 'Right to be Forgotten' by search Engines under Data Privacy Law: A Legal Analysis of the Costeja Ruling », *Journal of Media Law*, 2014, n° 6, pp. 159-179 ; O. LINKSEY, « Control over Personal Data in a Digital Age: *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja Gonzalez* », *The Modern Law Review*, 2015, n° 78, pp. 522-534 ; G. VOSS, « The right to be forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and amendment to the proposed general data protection regulation », *Journal of Internet Law*, 2014, n° 18, pp. 3-8.

²⁶ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, 13 mai 2014, aff. C-131/12, points 35, 38, 85 à 87. Dans l'arrêt commenté *Hurbain c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle cette distinction faite par la Cour de justice (voy. les §§ 45 et 46).

²⁷ L'on peut citer un dernier arrêt en matière de droit à l'oubli appliqué dans l'environnement des registres des sociétés : C.J.U.E., arrêt *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce c. Salvatore Manni*, 9 mars 2017, aff. C-398/15. L'arrêt a fait l'objet de commentaires : voy. É. CRUYSMANS et 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.R.V.*, 2017, n° 7, pp. 921-930 ; P. VAN DEN BULCK, « Arrêt 'Manni' : le traitement des données à caractère personnel dans les registres des sociétés », *J.D.E.*, 2017, n° 241, pp. 269-270.

confirmé la nécessité de mettre en œuvre une balance des intérêts²⁸. Le second apporte des clarifications sur l'application territoriale dudit déréférencement²⁹.

IV. L'arrêt *Hurbain c. Belgique* : analyse de l'ingérence

6. L'ingérence : l'anonymisation. Comme mentionné précédemment, l'ingérence en cause est la condamnation civile du requérant, M. Hurbain, à anonymiser l'article litigieux. Cette anonymisation constitue une atteinte au droit à la liberté d'expression.

En l'espèce, n'est pas en cause le contenu de l'article, tel qu'il a été publié initialement. En effet, si la personne visée avait souhaité contester ce contenu, elle aurait sans doute dû le faire au moment de sa publication, en se fondant sur les mêmes dispositions, à la différence que le droit à la vie privée aurait été analysé dans sa dimension «vie privée *sensu stricto*» et/ou dans sa composante d'atteinte à la réputation. La particularité de l'action intentée contre l'éditeur de presse, c'est bien le fait de contester le maintien tel quel et dans le temps d'une information et, plus précisément, de l'identité du médecin. La Cour reconnaît rapidement que cela s'écarte des cas qu'elle analyse traditionnellement, relatifs à des publications initiales. Pour autant, elle ne se détache pas de son raisonnement classique lorsque s'opposent le droit à la liberté d'expression (ici, de l'éditeur) et le droit à la vie privée.

7. Une ingérence soumise à l'examen de la Cour européenne des droits de l'homme. Admettant sans débat que l'ingérence a pour objectif de protéger la vie privée de la personne visée – sans faire de référence plus précise au droit à l'oubli – par les articles disponibles en ligne, la Cour analyse plus longuement les conditions de légalité (A) et de proportionnalité (B).

²⁸ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *GC, AF, BH, e.a. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, 24 septembre 2019, aff. C-136/17.

²⁹ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, 24 septembre 2019, aff. C-507/17. Voy., à propos de cette question, un article paru avant la décision : Chl. DE CLERCQ et Fr. 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. 669-681.

A. La légalité de l'ingérence

8. Une ingérence prévue par la loi. *A priori* sans réelle surprise, la Cour valide la condition de légalité : l'ingérence est prévue par la loi. Elle réfute l'argument du requérant qui soutient un défaut de prévisibilité. L'ingérence se fonde sur une combinaison de plusieurs dispositions, certaines visant à protéger le droit à la vie privée, une autre étant le fondement législatif belge de l'action en responsabilité extracontractuelle.

Consacré tant à l'article 22 de la Constitution qu'à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à la vie privée est défini à travers une énumération de composantes, la Cour ayant déjà fait l'aveu d'une quasi-impossibilité d'apporter une réelle définition à ce concept³⁰. Elle reconnaît en l'espèce que le droit belge a déjà pleinement considéré que le droit à l'oubli faisait partie intégrante du droit à la vie privée (§ 79)³¹. Fait-elle alors le pas de le consacrer pleinement au sein de sa propre jurisprudence ? La Cour, prudente dès lors qu'il s'agit de reconnaître une nouvelle dimension du droit à la vie privée, affirme que « [l']interprétation de la portée du droit à l'oubli revient aux autorités nationales, et en particulier aux cours et tribunaux, à qui il appartient au premier chef d'interpréter le droit interne. Sauf si l'interprétation retenue est arbitraire ou manifestement déraisonnable, la tâche de la Cour se limite à déterminer si les effets de celle-ci sont compatibles avec la Convention [...] » (§ 79).

À comprendre la Cour, le droit à l'oubli serait une spécificité belge à laquelle elle est confrontée dans le cadre de l'affaire qui lui est soumise. Il est pourtant manifeste qu'il existe des incertitudes liées aux revendications d'oubli qui se multiplient dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe³². L'on aurait donc pu espérer une consécration plus franche de cette prérogative, tenant compte notamment des décisions précédentes de la Cour en matière de droit

³⁰ 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' » (Cour eur. dr. h., arrêt *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 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., par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, 10 novembre 2015).

³¹ Voy. la jurisprudence belge relative au droit à l'oubli, et notamment les deux arrêts précités de la Cour de cassation.

³² Des décisions intéressantes ont été rendues non seulement en Belgique, mais aussi en France, en Italie, ou encore en Allemagne. Voy., pour une analyse croisée d'arrêts rendus par les Cours de cassation belge et française, à quelques jours d'intervalle, M. CLÉMENT-FONTAINE, « Faut-il se réjouir de la percée du droit à l'oubli numérique ? », *A. & M.*, 2016, n° 5, pp. 453-459.

à l'oubli, et d'une confirmation de l'intérêt d'intégrer plus fondamentalement la dimension d'oubli dans le droit à la vie privée. Cela étant, l'arrêt *Hurbain c. Belgique* fait un pas de plus en ce sens, le droit à l'oubli y étant déjà plus expressément analysé.

Quant à l'article 1382 du Code civil, la disposition obligeant toute personne à réparer le dommage survenu par sa faute³³, la Cour a déjà eu l'occasion d'admettre que cette disposition peut, malgré son libellé très général, constituer une base légale suffisamment prévisible, pour autant qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une action *a posteriori*³⁴. Elle refuse de reconnaître l'absence de prévisibilité du seul fait que la disposition est « appliquée pour la première fois dans un certain type d'affaire » (§ 85). Certes, c'est la première fois que, dans le cadre d'une demande de droit à l'oubli, l'article 1382 du Code civil est soumis à l'examen de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est aussi la première affaire belge qui a épuisé toutes les juridictions internes, allant donc jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation. Cependant, ce n'est pas la toute première affaire qui fait usage, en Belgique, dudit fondement pour ce type de demande³⁵. Tout comme, plus largement, ce n'est pas la première fois que cette disposition est utilisée pour réparer le préjudice causé par un média dans le droit à la vie privée d'une personne, la Belgique ne disposant d'aucun cadre juridique particulier en matière de responsabilité des médias³⁶. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas non plus été dupée par l'argument avancé par le requérant de l'existence d'une jurisprudence divergente pour justifier le manque de prévisibilité. Elle remarque, et c'est essentiel, que ces décisions allant dans un sens différent sont fondées non pas sur l'article 1382 du Code civil, mais sur la législation

³³ L'article indique précisément 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 ». La disposition devrait, sous peu, être réécrite à l'occasion d'une grande réforme du Code civil belge, réforme actuellement en cours.

³⁴ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Leempoel et S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006; arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, note P. DE FONTBRESSIN, « Liberté d'expression, vie privée et impartialité du juge », *cette Revue*, 1998, pp. 581-587. *A contrario*, la Cour a pu considérer que la disposition n'était pas suffisamment prévisible pour fonder une action *a priori*, afin d'interdire préventivement la diffusion d'une émission de télévision (Cour eur. dr. h., arrêt *R.T.B.F. c. Belgique*, 29 mars 2011, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX, « L'arrêt *R.T.B.F. c. Belgique* : un coup d'arrêt au contrôle judiciaire préventif de la presse et des médias, *cette Revue*, 2013, pp. 331-350).

³⁵ Voy. notamment la jurisprudence citée en note n° 6.

³⁶ Exceptés l'article 25 de la Constitution établissant le principe de la responsabilité en cascade, à savoir un principe lié à l'imputabilité de la faute, et l'article 150 de la Constitution précisant qu'un délit de presse est de la compétence de la Cour d'assises (sauf les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie).

belge en matière de protection des données à caractère personnel³⁷. L'on peut déduire de cette précision une reconnaissance des différentes voies juridiques permettant, en fonction des circonstances, de mettre en œuvre l'oubli.

B. *La proportionnalité de l'ingérence*

9. Une mise en balance : sur la base de quels critères ? Malgré le fait que l'affaire se distingue de sa jurisprudence traditionnelle opposant la vie privée à la liberté d'expression, la Cour affirme rapidement qu'elle ne s'écartera pas de son *modus operandi* classique, faisant application de six critères distincts :

- la contribution à un débat d'intérêt général ;
- la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage ;
- le comportement antérieur de la personne concernée ;
- le mode d'obtention des informations et leur véracité ;
- le contenu, la forme et les répercussions de la publication ;
- la gravité de la mesure imposée.

Ainsi, pour la Cour, « les critères qui doivent être pris en compte quand est concernée la mise en ligne ou le maintien à disposition d'une publication archivée sont en principe les mêmes que ceux utilisés par la Cour dans le cadre d'une publication initiale. Certains d'entre eux peuvent toutefois revêtir plus ou moins de pertinence eu égard aux circonstances de l'espèce et au passage du temps » (§ 104). En affirmant cela, la Cour admet que l'élément temporel, celui-là même qui caractérise le droit à l'oubli, est une composante essentielle de son raisonnement. Elle n'en fait cependant pas un critère supplémentaire à part entière, mais l'utilise comme un curseur lui permettant de donner plus ou moins de poids aux critères traditionnels.

Il est intéressant de souligner que la Cour européenne, en listant ces critères, renvoie non seulement vers plusieurs de ses arrêts antérieurs, mais aussi vers un des arrêts précités de la Cour de justice et relatif au droit au déréférencement de données judiciaires (§ 94). Selon cette décision, l'exploitant d'un moteur de recherche doit mettre en balance les intérêts en présence, en tenant compte de

³⁷ 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. La loi a, depuis, été abrogée et remplacée non seulement par le R.G.P.D., mais aussi 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 juillet 2018.

l'ensemble des circonstances de l'espèce « telles que notamment la nature et la gravité de l'infraction en question, le déroulement et l'issue de ladite procédure, le temps écoulé, le rôle joué par cette personne dans la vie publique et son comportement dans le passé, l'intérêt du public au moment de la demande, le contenu et la forme de la publication ainsi que les répercussions de celle-ci pour ladite personne »³⁸. La Cour européenne renvoie donc à des critères qui ne sont pas totalement identiques, et qui s'inscrivent dans un cadre réglementaire différent.

La Cour européenne n'a en outre pas suivi plusieurs décisions belges (et notamment les décisions prises dans la procédure au fond de la présente affaire) qui ont développé huit balises permettant d'analyser des demandes d'oubli³⁹ :

- une première divulgation licite de l'information, quel que soit le support de diffusion ;
- une nouvelle divulgation de l'information, quel que soit le support de diffusion ;
- l'écoulement d'un certain laps de temps entre les deux divulgations ;
- la personnalité éventuellement publique de la personne visée ;
- l'existence d'un intérêt contemporain (une valeur d'actualité) permettant de justifier la nouvelle divulgation ;
- l'existence d'un intérêt historique qui caractérise l'information ;
- le caractère judiciaire de l'information divulguée ;
- l'intérêt à la resocialisation de la personne visée⁴⁰.

Une rapide comparaison de ces trois ensembles de critères fait ressortir des différences. Il y a bien cependant certaines similarités entre les critères des juges de Strasbourg et des juges de Luxembourg. Quant aux critères belges, ils

³⁸ C.J.U.E., Gde Ch., *GC, AF, BH, e.a. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, préc., § 77. Cet arrêt fait lui-même référence à l'arrêt suivant : Cour eur. dr. h., arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, 28 juin 2018.

³⁹ Ces critères ont ensuite été repris et davantage formalisés par la doctrine. Voy., notamment, A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné : après le moment du compte rendu vient le moment du silence », in Ph. Gérard et Fr. Ost (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 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.

⁴⁰ Ce dernier critère n'en est en réalité pas un. En effet, le fait même d'introduire une demande d'oubli participe à une volonté de pouvoir être pleinement réintégré dans la société, après avoir commis des faits pénalement réprimés. Dans la jurisprudence belge, cet élément fait d'ailleurs souvent l'objet de développements très limités, voire inexistant.

paraissent plus particuliers. Pourtant, l'analyse de l'arrêt *Hurbain c. Belgique* permet de déceler plusieurs points de rencontre.

10. Critère 1 : la contribution à un débat d'intérêt public. La Cour, d'emblée, analyse la question du débat d'intérêt public, compte tenu de l'écoulement du temps. Elle affirme qu'«[e]n ce qui concerne la question de l'existence d'un débat d'intérêt général que l'écoulement du temps n'a pas fait disparaître [...], la Cour tient à souligner que, par essence, des archives contribuent différemment à un débat d'intérêt public» (§ 105). Elles sont utiles à l'enseignement, les recherches historiques ou la contextualisation d'événements actuels. Tenant compte de cela, il faut, nous dit la Cour, adapter le poids à accorder à ce critère.

Ces précisions font entrer dans le critère du débat d'intérêt général les critères belges de l'intérêt historique et de l'intérêt contemporain (via la contextualisation d'événements actuels). Ces trois composantes peuvent en réalité être considérées comme trois temps qui se succèdent. Guillaume Lécuyer affirme à ce propos que «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»⁴¹. Cette citation prend tout son sens dans le cadre du droit à l'oubli.

Le raisonnement de la Cour, en l'espèce, peut paraître déroutant. Elle affirme que le temps n'a pas pour effet de faire disparaître l'intérêt général, sans que l'on puisse comprendre si cette précision est un principe général ou s'il s'agit d'un constat propre à l'affaire. D'autant plus qu'elle affirme assez rapidement que la mention de l'identité du médecin dans les archives numériques ne contribue en aucun cas au débat d'intérêt général sur les dangers de la circulation routière, l'information ne revêtant aucune valeur d'actualité.

Cet arrêt n'apporte, sur ce point, pas plus de précision quant à l'impact du facteur temporel sur l'existence de l'intérêt général, son éventuel renforcement ou sa possible atténuation. Il confirme un constat déjà fait par Quentin Van Enis, l'auteur estimant que «l'influence du passage du temps sur la mission de la presse et sur l'intérêt public d'un propos ne se laisse pas facilement saisir dans la jurisprudence de la Cour»⁴². Or, cette influence est évidemment tout à fait essentielle dans le contexte du droit à l'oubli.

⁴¹ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2006, p. 440, n° 365.

⁴² Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., p. 200, n° 140.

11. Critère 2: la notoriété de la personne visée et l'objet de l'article. Une personne publique doit accepter plus facilement des atteintes à sa vie privée compte tenu de sa notoriété. C'est en substance ce qu'affirme la Cour européenne depuis de très longues années, ajoutant çà et là quelques précisions en fonction du type de notoriété (politique, judiciaire, artistique, etc.). Ce critère est tout à fait transposable au droit à l'oubli, les juridictions belges le prenant d'ailleurs en compte.

Le facteur temporel pourrait aussi jouer un rôle sur l'existence, le maintien ou la disparition du caractère public d'une personne. La Cour en a tout à fait conscience lorsqu'elle admet «qu'une personne qui a, par le passé, fait l'objet d'une condamnation pénale ne puisse jamais se prévaloir du droit à l'oubli, sans quoi ce droit serait vidé de sa substance» (§ 109). La Cour non seulement reconnaît ici la spécificité du droit à l'oubli (par rapport au droit à la vie privée), mais cherche aussi à s'assurer qu'une personne condamnée puisse être réintégrée dans la société, refusant clairement qu'internet puisse être le réceptacle du casier judiciaire virtuel. La notoriété peut parfaitement «décliner avec l'écoulement du temps», conférant alors à cette personne «le droit de retrouver le statut de simple personne inconnue du public» (§ 110). C'est un véritable droit qui paraît être ici consacré par les juges européens de Strasbourg. C'est, à notre connaissance, la première fois que la Cour propose une telle affirmation, traduisant en ses termes la philosophie même du droit à l'oubli.

Appliquant ces précisions au cas d'espèce, la Cour admet sans hésitation que le médecin visé par l'article disponible n'a aucune fonction publique et que la seule médiatisation dont il a été l'objet s'est faite par l'article litigieux. À aucun moment, il n'a donc acquis le statut de personnage public.

Il est enfin intéressant de constater que, sous couvert d'une analyse de la notoriété de la personne, la Cour procède en réalité à une application de plusieurs critères proposés par la jurisprudence belge. Ainsi, le raisonnement mêle des considérations liées à la notoriété, à l'écoulement du temps, au type d'informations diffusées (en l'espèce, judiciaires), et à la resocialisation de la personne condamnée.

12. Critère 3: le comportement de la personne visée à l'égard des médias. La Cour ne s'attarde pas sur ce critère, estimant que le médecin n'a eu et pris aucun contact avec les médias. Cet élément, en l'espèce, n'a pas d'intérêt. En revanche, il a été l'un des facteurs décisifs dans l'arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, les requérants n'ayant eu de cesse de prendre contact et d'utiliser les médias pendant et après les procédures judiciaires menées à leur rencontre.

Indirectement, cet élément, absent de la liste dressée par les juridictions belges, pourrait être intégré au critère de la resocialisation. Il présente une réelle per-

tinence. Une personne qui use – et abuse – des médias en s'exposant délibérément pourrait devoir admettre que ses prétentions d'oubli soient plus limitées, sans que ce principe ne soit évidemment absolu. C'est ici la transcription, dans le contexte de l'affaire, d'un précepte bien établi de la jurisprudence de la Cour.

13. Critère 4: le mode d'obtention des informations et leur véracité. Les quelques lignes proposées par la Cour européenne traduisent l'absence totale de pertinence de ce critère dans le cadre d'une demande de droit à l'oubli. Comme précisé ci-avant, la licéité des informations de même que la façon dont elles ont été obtenues ne sont absolument pas remises en cause. Ce n'est pas l'objectif d'une telle demande. Ce critère devrait donc être abandonné dans le contexte d'une demande d'oubli.

14. Critère 5: le contenu, la forme et les répercussions de la publication. Trois éléments sont repris sous ce cinquième critère.

Premièrement, le contenu de la publication, autrement dit le type d'information, critère lui aussi retenu par la jurisprudence belge. En l'espèce, il s'agit d'un fait de roulage relaté dans la presse. Il n'est même pas question d'une procédure judiciaire et/ou d'une condamnation. Or, il faut remarquer qu'une partie importante du raisonnement tant de la Cour européenne que des juridictions belges se fonde sur le caractère judiciaire d'une information et sur le passé pénal d'une personne. Dans l'arrêt commenté, la Cour n'en dit pas davantage. En tout état de cause, il paraît clair que le droit à l'oubli ne peut être limité aux seules informations judiciaires⁴³. Rien ne permet de considérer qu'une telle limitation est d'application dès lors notamment que les fondements de la demande d'oubli sont le droit à la vie privée et le droit de la responsabilité civile extracontractuelle⁴⁴.

Deuxièmement, la forme de la publication. La Cour pointe le fait que la nouvelle publication est faite sur internet et intégrée dans les archives numériques. Elle reconnaît l'impact important que peuvent avoir ces archives, leur portée étant « beaucoup plus importante et les conséquences sur la vie privée des personnes nommées d'autant plus graves, ce qui est encore amplifié par

⁴³ Est-ce cela qu'a voulu dire le juge Pavli, dans son opinion séparée de l'arrêt commenté, en affirmant que la présente affaire concerne « le droit d'une personne à ne pas être confrontée à un 'cassier judiciaire virtuel' permanent, qui est l'un des aspects de ce que l'on désigne désormais comme 'le droit à l'oubli' » ? Le droit à l'oubli présenterait plusieurs aspects, ne se limitant éventuellement pas aux seules données judiciaires. Ou, le juge Pavli a-t-il ici voulu faire référence aux différentes mises en œuvre de l'oubli, voyant l'expression « droit à l'oubli » comme le réceptacle de différentes procédures fondées sur différentes bases légales ?

⁴⁴ On peut ici distinguer ce constat du régime protecteur des données à caractère personnel dans lequel il existe des dispositions et un régime propre à certaines catégories particulières de données, à savoir les données sensibles, médicales et judiciaires.

les moteurs de recherche» (§ 115). La Cour transpose à l'environnement des archives un raisonnement qu'elle a déjà proposé pour des publications faites par la presse écrite et d'autres sur internet. L'on peut éventuellement considérer que la Cour, en affirmant cela, reconnaît que la publication initiale et la reprise de cette publication sur internet constituent deux divulgations distinctes, ayant des effets différents, et impliquant des régimes distincts. Une façon, certes plus indirecte, de confirmer les deux premiers critères belges⁴⁵.

Troisièmement, les répercussions de la publication. La Cour soutient que l'analyse de la juridiction de fond qui affirmait que le maintien d'une information en ligne est «de nature à porter indéfiniment et gravement atteinte à la réputation» (§ 121) ne saurait «être considérée comme arbitraire ou manifestement déraisonnable» (§ 122). Et d'ajouter qu'«une personne devrait avoir la possibilité de reconstruire sa vie sans être confrontée par des membres du public à ses erreurs du passé» (§ 122). En disant cela, elle révèle en fait les motivations de toute personne souhaitant obtenir l'oubli.

15. Critère 6: la gravité de la mesure imposée au requérant. Enfin, le dernier facteur analysé par la Cour est relatif à la mesure imposée par les juridictions belges à l'éditeur du site internet, à savoir l'anonymisation⁴⁶. Celle-ci est pleinement validée, perçue comme une solution de compromis: l'information demeure en ligne, amputée de l'identité précise du médecin. Les deux droits fondamentaux paraissent être raisonnablement sauvegardés.

La Cour passe en revue d'autres modes de réparation (rectification de l'information, ajout d'une balise de désindexation, déréférencement) pour les juger inadéquats. Elle justifie l'anonymisation en faisant une distinction claire entre la version originale de l'article, publiée dans une version papier, et archivée sur ce même support, et la version archivée numériquement, qui fait office de nouvelle divulgation⁴⁷. Ainsi, «la Cour accorde une grande importance au fait que la nature de la mesure imposée permet en l'espèce d'assurer l'intégrité de l'ar-

⁴⁵ Ainsi que l'un des enseignements de l'arrêt *Google Spain*, lequel déduit la nouvelle divulgation «de l'effet de l'outil de recherche qui met 'en une' une information qui, sinon, serait invisible sur la Toile» (É. CRUYSMANS et 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).

⁴⁶ Au stade de la proportionnalité, ce critère est propre au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Devant les juridictions de fond belges, l'anonymisation est en effet le mode de réparation choisi, mais n'entre pas préalablement dans la balance des intérêts entre le droit à l'oubli et le droit à la liberté d'expression. La Cour européenne doit, elle, se prononcer sur la validité de cette mesure de réparation, objet de la condamnation du requérant. Il est donc normal que la gravité de l'anonymisation soit examinée dans le cadre de la proportionnalité.

⁴⁷ C'est, à nouveau, une reconnaissance de l'existence de deux divulgations différentes.

ticle archivé en tant que tel, puisqu'il s'agit uniquement d'anonymiser la version mise en ligne de l'article, le requérant étant autorisé à garder les archives numérique et papier d'origine. [...] Ce n'était donc pas l'article même, mais son accessibilité sur le web du journal *Le Soir*, qui était affectée par la mesure» (§ 129). Certes, le raisonnement peut paraître un peu artificiel et simpliste face à l'importance que présente aujourd'hui internet dans l'accès à l'information. Il permet cependant de contenter le plus grand monde : l'éditeur de presse, la personne visée par les informations, les internautes souhaitant accéder à l'article archivé numériquement et accessible gratuitement et en version anonymisée, et d'éventuels chercheurs qui pourraient prendre contact avec l'éditeur pour accéder à une version non anonymisée.

Conclusion

16. L'oubli consacré? La Cour conclut à l'absence de violation du droit à la liberté d'expression. Elle fait une remarque supplémentaire essentielle en toute fin d'arrêt : «la conclusion à laquelle elle parvient ne saurait être interprétée comme impliquant une obligation pour les médias de vérifier leurs archives de manière systématique et permanente» (§ 134)⁴⁸. On ne peut condamner un média parce qu'il n'a pas pris l'initiative d'anonymiser certaines informations. En revanche, on peut éventuellement le condamner s'il refuse de faire droit à une demande d'oubli qui lui est parvenue et que la mise en balance des intérêts en présence aurait dû l'amener à anonymiser. Certains estimeront que les médias ne sont pas outillés pour exécuter cette mise en balance. Cet argument ne tient cependant pas la route : les médias effectuent quotidiennement cette balance lorsqu'ils s'interrogent sur la pertinence de publier une information qui pourrait éventuellement porter atteinte à la vie privée ou à la réputation d'une personne. La Cour européenne le confirme à travers le raisonnement qu'elle propose dans cet arrêt *Hurbain c. Belgique* en s'appuyant sur les critères traditionnels utilisés dans l'opposition du droit à la vie privée et du droit à la liberté d'expression. Cet exercice d'équilibriste constitue quasiment une partie inhérente du travail des médias.

L'arrêt qui, précisons-le, a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne, reprend les critères *Von Hannover*, en considérant que l'importance à donner à chaque critère peut varier compte tenu du facteur

⁴⁸ Un tel refus de consacrer une obligation générale de surveillance des contenus (ici, des archives) est un principe que l'on retrouve aussi dans le régime de responsabilité des plateformes en ligne.

temporel. Dans son opinion séparée, le juge Pavli considère que «l'approche méthodologique choisie par la majorité dans l'application au cas d'espèce des critères *Von Hannover* est [...] discutable» (§ 2). Nous le rejoignons, certains éléments du raisonnement n'ayant tout simplement aucun intérêt. Le fait que soit en cause le maintien en ligne d'information, c'est-à-dire la reprise d'une information déjà licitement publiée, implique nécessairement que le litige ne peut être abordé de façon identique à un conflit relatif à une publication initiale. Sans considérer qu'aucun des critères n'est valable, il eut fallu que la Cour n'apporte pas simplement l'une ou l'autre nuance, mais admette de modifier et/ou supprimer certaines de ces balises. La Cour a maintenant rendu plusieurs arrêts sur cette problématique, ceci justifiant d'autant plus qu'elle propose une évolution plus substantielle de son *modus operandi*. À l'instar du juge Pavli, l'on peut craindre que «les critères *Von Hannover* n'aient atteint les limites de leur utilité dans ce contexte» (§ 17)⁴⁹. C'est là faire aussi le constat – avec la Cour – d'une certaine difficulté de faire évoluer le champ des droits fondamentaux dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence qui en découle. La prudence ne doit cependant pas aboutir à l'immobilisme.

Quant à la conclusion à laquelle arrive la Cour européenne, celle d'une absence de violation de l'article 10, elle ne peut que réjouir lorsqu'on est attaché à considérer qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux. L'anonymisation paraît, dans cette affaire, être la solution idoine pour ménager les intérêts tirés de la liberté d'expression et ceux découlant du droit à l'oubli. Le juge Pavli, dans son opinion séparée, remet en cause cette conclusion, considérant qu'il aurait été préférable d'obtenir une mesure de déréférencement. Il indique que «[m]ême si le déréférencement demeure une atteinte significative à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, il aurait été moins lourd pour le requérant et moins attentatoire aux droits découlant de l'article 10» (§ 20). Il ajoute que l'anonymisation ne devrait

⁴⁹ Il ajoute ceci : «L'utilisation des critères *Von Hannover*, avec les critères similaires mais non identiques établis dans l'arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne* [...], pour résoudre tous les conflits allant de l'atteinte à la vie privée aux litiges en matière de diffamation, en passant maintenant par les questions d'auto-détermination informationnelle, a suscité des critiques tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la Cour. Il a, par exemple, été argué que les affaires en matière de diffamation se distinguent des atteintes à la vie privée sur de nombreux aspects importants, et qu'au moins certains des critères énoncés dans l'arrêt *Von Hannover* ne sont pas tout à fait pertinents dans le contexte de la réputation ni transposables à celui-ci. Je suis assez réceptif à cet argument étant donné qu'il peut être quelque peu rigide, voire trop ambitieux d'essayer d'appliquer les mêmes critères à l'éventail de conflits très variés qui peuvent survenir entre des intérêts protégés respectivement par l'article 8 et par l'article 10. Ceci est d'autant plus vrai que l'étendue et la diversité des griefs dont la Cour a admis qu'ils relevaient de l'article 8 ne cessent de croître» (§ 16).

être possible que lorsque le déréférencement ne permet « pas de remédier au préjudice de la publication en ligne » (§ 21). Un tel raisonnement surprend en ce qu'il obligerait à se tourner prioritairement vers les moteurs de recherche, et donc vers la réglementation en matière de données à caractère personnel. Il méconnaît aussi une partie des enseignements de l'arrêt *Google Spain*, reconnaissant clairement l'existence de deux responsabilités aux conséquences distinctes : celle d'un éditeur et celle d'un moteur de recherche.

Enfin, malgré les critiques que l'on peut faire, l'arrêt *Hurbain c. Belgique* témoigne d'une évolution qui va dans le bon sens. Il reconnaît pleinement que le temps peut impacter l'intérêt général ou la notoriété d'une personne. C'est un facteur clé et déterminant du droit à l'oubli. L'objectif de cette prérogative est bel et bien pris en compte par les juges européens de Strasbourg, ces derniers n'entrant finalement pas dans les controverses liées à l'appellation exacte d'une prérogative juridique particulière. L'anonymisation est ici consacrée comme un moyen proportionnel, dans les circonstances de l'espèce, pour garantir le droit à la vie privée. Le droit de pouvoir retrouver, après un certain laps de temps, un statut de simple citoyen, déshabillé de toute notoriété, est lui aussi clairement admis. C'est tout de même, pour la Cour, une façon à peine voilée de consacrer le droit à l'oubli.

Conditions d'abonnement pour 2022

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 263 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 305,40 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 347,80 € TVAC

Abonnement électronique : 210 € TVAC

Prix au numéro : 70 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T. : +32 (0)10 42 02 93

F. : +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2022/10.622/3

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

L'illégalité nuancée de la surveillance numérique : la réponse des juridictions belge et française à l'arrêt <i>La Quadrature du Net</i> de la Cour de justice de l'Union européenne par <i>Cécile de Terwangne</i>	3
Le musellement de l'opposition parlementaire en Turquie au regard des droits fondamentaux par <i>Andy Joustien et Frédéric Bouhon</i>	29
Indices d'un régime autoritaire en Grèce pendant la période 2010-2019 par <i>Petros J. Pararas</i>	63
Panorama d'une année de contentieux français « invisible » devant la Cour européenne des droits de l'homme par <i>Thibaut Larrouturnou</i>	71

JURISPRUDENCE

La présomption <i>Bosphorus</i> après l'arrêt <i>Bivolaru et Moldovan</i> de la Cour européenne des droits de l'homme : un bouclier de papier ? (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Bivolaru et Moldovan</i> c. France, 25 mars 2021) par <i>Sébastien Platon</i>	91
<i>Whistleblowing</i> : des frontières fluctuantes (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Halet</i> c. Luxembourg, 11 mai 2021) par <i>Valérie Junod</i>	113
La Cour européenne des droits de l'homme face à la surveillance de masse (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt <i>Big Brother Watch</i> et autres c. Royaume-Uni, 25 mai 2021) par <i>François Dubuisson</i>	123
La liberté d'expression du salarié sous la protection de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Melike</i> c. Turquie, 15 juin 2021) par <i>Christophe Pettiti</i>	143
Le droit à l'oubli devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'intégration d'une composante temporelle dans un litige vie privée/liberté d'expression (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Hurbain</i> c. Belgique, 22 juin 2021) par <i>Édouard Cruysmans</i>	161
Pluralisme des statuts de conjugalité imposé aux plus récalcitrants des Européens (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Fedotova</i> et autres c. Russie, 13 juillet 2021) par <i>Marie Lamarche</i>	183
Bibliographie	197
Revue des revues	207
Informations diverses	211

