

LE DROIT À L'OUBLI

Note de synthèse

Coordinateur du projet de recherche

David Dechenaud, *professeur à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques.*

Avec le concours de

Julie Arroyo, *attachée temporaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques.*

Jean-Michel Bruguière, *professeur de droit privé et de sciences criminelles, Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques, directeur du CUERPI.*

Marie-Laurence Caron-Fasan, *professeur en sciences de gestion, Institut d'administration des entreprises de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre d'études et de recherches appliquées à la gestion.*

Hafida Belrhali-Bernard, *professeure de droit public à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques.*

Latifa Chelbi, *attachée temporaire d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques, CUERPI.*

Aurélien Faravelon, *attaché temporaire d'enseignement et de recherche, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches Philosophie, langage et cognition et laboratoire informatique de Grenoble.*

Amélie Favreau, *maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Institut universitaire de technologie de Grenoble, Centre de recherches juridiques, CUERPI.*

Fabien Girard, *maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques.*

Sophie Guicherd, *docteur en droit privé et sciences criminelles, Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques.*

Nicolas Lesca, *professeur en sciences de gestion, Université Lyon 1, Centre d'études et de recherches appliquées à la gestion.*

Artémi Rallo, *directeur honoraire de l'Agence espagnole de protection des données personnelles.*

Bruno Rasle, *délégué général de l'Association française des correspondants à la protection des données à caractère personnel.*

Cécile de Terwangne, *professeur à la Faculté de droit de Namur, Centre de recherche interdisciplinaire en information, droit et société.*

François Viangalli, *maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre d'études sur la sécurité internationale et les coopérations européennes.*

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche « Droit et Justice » (convention n° 212-02.02.26)

Février 2014

Introduction¹

La présente recherche est une réponse faite à un appel à projet lancé par le GIP « droit et justice » en 2011. La Mission souhaitait que soit réalisée une étude portant sur une notion mal définie, et non consacrée par le droit positif. L'appel faisait état de la difficulté à donner un contenu normatif au « droit à l'oubli », compte tenu de la subjectivité du concept même d'oubli. C'est donc par référence à d'autres principes définis par le droit français que le « droit à l'oubli » renvoi, et en particulier au droit au respect de la vie privée. L'appel à projet en déduisait que le « droit à l'oubli » est « une notion non juridique recouvrant plusieurs droits juridiquement (plus ou moins) protégés ». Dans un contexte alors marqué par les projets de refonte de la directive européenne 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, la Mission de recherche proposait de s'intéresser à plusieurs questions:

- le droit à l'oubli doit-il constituer un droit autonome et fondamental?
- le droit à l'oubli doit-il être une simple déclinaison du droit à la protection de la vie privée ?
- quel serait le contenu du droit à l'oubli?
- quelles seraient ses limites?
- quelles seraient ses incidences juridiques?

La réponse apportée à cet appel à projet fait l'objet de cet ouvrage. L'équipe a fait le choix de proposer une approche large de la question, sans la limiter aux seules questions relatives à la protection des données personnelles. La présentation de la problématique et objectifs de la recherche (I) précédera l'explication des choix méthodologiques et du terrain de la recherche (II), puis quelques éléments de conclusion (III). Cette recherche étant loin d'épuiser le sujet, des pistes de recherches et quelques perspectives seront ensuite présentées (IV).

I- Problématique et objectifs de la recherche

L'étude du droit à l'oubli conduit à s'interroger sur la manière dont l'oubli est saisi par le droit. Au moment où un projet de règlement européen « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnelles et à la libre circulation de ces données » est au centre de toutes les préoccupations, il aurait été possible d'orienter l'ensemble de la réflexion sur le droit à l'oubli numérique. Le choix a précisément été celui de ne pas avoir une approche aussi limitée du sujet. En effet, la problématique du droit à l'oubli numérique peut difficilement être détachée de considérations qui dépassent la seule question de l'informatique et de l'Internet (droit au respect de la vie privée, liberté d'expression et droit à l'information, etc.). En outre, le droit à l'oubli n'étant pas en lui-même consacré par le droit sous

¹ David Dechenaud, Professeur de droit privé et sciences criminelles à la Faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ)

cette dénomination, l'étudier ne pouvait pas se concevoir sans le replacer dans un environnement juridique plus large. La **problématique** retenue était donc celle de déterminer les fondements du droit à l'oubli, ses manifestations en droit positif et d'engager une réflexion sur le droit prospectif (v. réponse à l'appel à projet).

Les travaux menés ont rapidement permis de se convaincre que la question du droit à l'oubli dans le champ du numérique présente une nette spécificité. Cependant, une approche plus large de la question, faisant notamment appel aux expériences étrangères, montre qu'une étude ne portant que sur le droit à l'oubli numérique aurait été parcellaire pour ne pas dire étriquée. Les **objectifs des travaux** étaient donc triples.

S'agissant du cas particulier du *droit à l'oubli numérique*, la recherche présente l'historique du projet de règlement européen et du concept de « droit à l'oubli » qui s'avère être essentiellement destiné à fournir une visibilité politique contemporaine à une question déjà ancienne. Cela n'a pas empêché le déferlement des groupes de pression qui ont fait feu de tout bois envers ce projet de texte qui se trouve, dans son dernier état, assez largement privé de sa substance quant au « droit à l'oubli ». Le rapport s'est donné pour objectif, sur ce point, de mettre en lumière les véritables enjeux juridiques de ce projet de règlement.

La recherche a également pour but d'aborder la question de *l'oubli au-delà du seul univers numérique et au-delà de son appréhension juridique*. La possibilité, pour un sujet de droit, de voir un certain nombre d'informations le concernant être effacées, a été étudiée à la fois dans le domaine du droit informatique et liberté en vigueur, du droit administratif, et des droits de la personnalité. À ce sujet, le but était de faire ressortir la place que le droit concède aux revendications qui tendent à obtenir l'oubli de certaines informations, dans une société aussi préoccupée par le devoir de mémoire. La recherche aborde également la question au prisme des sciences de gestion et de l'informatique : elle est donc pluridisciplinaire.

Enfin, la recherche aborde aussi la problématique de l'oubli *au-delà du droit français*. La considération qu'une société accorde à la question de l'oubli dépend sans aucun doute de *l'environnement culturel considéré*, ce que l'étude du droit des États-Unis d'Amérique, du droit anglais et du droit espagnol avait pour objectif de démontrer.

II- Choix méthodologiques et terrains de recherche

Afin d'atteindre ces trois objectifs, le choix méthodologique effectué a été celui d'une approche résolument pluridisciplinaire. Le terrain de recherche n'est donc pas limité à la seule règle de droit. Ce choix de retenir plusieurs terrains de recherche a orienté de manière décisive la façon dont le rapport est présenté : le travail est véritablement collectif, ce qui conduit à mettre en avant des regards croisés sur une thématique unique.

A-Terrain de recherche : approche pluridisciplinaire, approche collective

Le choix de ne pas se cantonner à l'unique étude de la règle de droit français générale et abstraite a orienté l'ensemble de la recherche effectuée, et en explique à la fois la richesse et les faiblesses. La richesse se manifeste précisément au moment de présenter le terrain de la recherche. La problématique et les objectifs des travaux menés permettent d'appréhender la question du droit à l'oubli de manière globale, en donnant une réponse qui se veut complète : la recherche porte à la fois sur le droit privé, le droit public, l'informatique, la gestion des systèmes d'information. Elle aborde la question au prisme du droit national, mais aussi européen, et étudie l'exemple de trois droits étrangers (États-Unis d'Amérique, Angleterre, Espagne). Les terrains de recherche varient selon le champ disciplinaire dans lequel s'inscrivent les travaux qui ont été réalisés.

B-Choix méthodologiques : approche collective, regards croisés

Cette richesse quant aux terrains de recherche retenus est à l'origine d'une faiblesse quant à la méthode de travail et, en conséquence, à la présentation du rapport. En effet, les différents terrains de recherche ont été abordés par des chercheurs aux compétences différentes, examinant la problématique au prisme de leur discipline d'appartenance. Le rapport présente donc, successivement, les différents aspects de la question. Cette construction du rapport n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser, une solution de facilité. Elle est apparue inévitable en ce qu'il est impossible de prétendre fusionner, dans un ensemble unique, des questions aussi diverses que celle de l'oubli dans le domaine des archives publiques ou celle du rôle du délégué à la protection des données personnelles. Telle est la conséquence de la pluridisciplinarité qu'on dit souvent être peu familière aux chercheurs juristes : accepter de dérouler la thématique abordée sous ses différents angles, sans chercher à présenter, d'une manière qui se révélerait nécessairement très artificielle, ces approches comme n'en faisant qu'une. L'oubli est probablement protéiforme, et la revendication d'un droit à l'oubli aussi.

III- Conclusions de la recherche : l'émergence d'un « droit à l'oubli », entre utopie et réalité

À l'issue de ce travail de recherche, plusieurs conclusions se dégagent. Elles ne peuvent être présentées ici de manière exhaustive, précisément car la méthode de travail choisie consistait à faire une étude dans plusieurs champs disciplinaires différents (v. *supra*). En conséquence, il est impossible de parvenir à dresser une synthèse unique, qui serait nécessairement réductrice. Elle se présenterait comme une juxtaposition de plusieurs conclusions, sans parvenir à donner une image fidèle du résultat des travaux conduits par les différents chercheurs dans leurs domaines respectifs de travail. Ainsi, l'ouvrage se présente en une succession de contributions présentant l'état du droit et des réflexions dans chaque discipline. Telle est la richesse d'une recherche collective en droit : permettre au lecteur de confronter les points de vue et les analyse sans prétendre les compiler, de manière nécessairement réductrice, en une conclusion globale. Assurément, l'exercice serait plus simple si, comme en sciences du vivant, il suffisait de se prononcer objectivement sur l'efficacité d'un médicament après plusieurs années d'observation clinique !

Malgré cela, il est bien sûr possible de retirer de cette recherche un certain nombre de conclusions et de pistes de travail, répondant en cela aux questionnements soulevés par l'appel à projet (v. introduction).

- En premier lieu, le « **droit à l'oubli** » est un **concept dont l'existence ne paraît pas indispensable** pour assurer la protection des personnes en matière de traitements de données à caractère personnel.
- En deuxième lieu, **l'effectivité des dispositifs** existants qui tendent à la protection de l'oubli devrait être une **préoccupation majeure** des autorités nationales et européennes.
- En troisième lieu, la recherche de l'oubli se heurte et se heurtera toujours à des **intérêts opposés** avec lesquels il convient de **l'équilibrer**.

A-Le droit à l'oubli, un concept à l'utilité non avérée

Le droit à l'oubli relève davantage du slogan législatif que d'une notion juridique précisément définie. Le rapport montre que le **droit au respect de la vie privée**, dont les contours méritent d'être renouvelés, serait pleinement satisfaisant pour parvenir à la protection envisagée. Procéder différemment aurait pour effet d'isoler artificiellement la question dite du « droit à l'oubli » de celle de la protection des droits de la personnalité. La recherche propose de clarifier, pour l'avenir, les rapports qu'entretiennent les dispositions de la loi « informatique et libertés » et les dispositions du Code civil. L'articulation entre ces dernières dispositions, qui constituent le droit commun, et la loi de 1978, qui n'est rien moins que l'application du droit commun à une matière particulière, ne sont plus satisfaisants en ce début de XXI^e siècle. L'étude du droit anglais permet également de s'en convaincre, compte tenu de l'approche qui est faite outre-Manche du droit à l'oubli au travers du concept de « *privacy* ».

Concernant la législation spécifique, dans le domaine de la protection des données personnelles, le rapport propose de consacrer le **droit à l'autodétermination informationnelle** plutôt que de formaliser un droit à l'oubli. Le droit à l'autodétermination informationnelle, bien connu des juristes allemands, est un véritable concept juridique à la différence du « droit à » l'oubli qui n'en est pas un. Le droit ne saurait garantir l'oubli, qui ne se décrète pas. En revanche, il est en mesure d'accorder au sujet de droit des prérogatives qui lui permettent d'obtenir l'effacement ou l'anonymisation de données personnelles qui le concernent, ce qui rend l'oubli possible. C'est donc autour de ce droit à l'autodétermination informationnel que mérite d'être repensé l'arsenal législatif français. Cet arsenal, aujourd'hui essentiellement contenu dans la loi « informatique et libertés », est déjà très complet : il est apparu à l'équipe de recherche et aux praticiens du droit qu'elle a rencontrés qu'il conviendrait avant tout d'assurer l'effectivité du droit en vigueur avant de penser à créer de nouvelles garanties dont l'applicabilité est tout sauf... garantie.

B-L'effectivité des dispositifs tendant à la protection de l'oubli

Il s'agit de la seconde préoccupation qui ressort du rapport. D'une manière générale, cette effectivité de l'oubli, qu'il se traduise par un droit à l'autodétermination informationnelle, par le droit au respect de la vie privée ou par des dispositions spécifiques propres à certains domaines (archives publiques), est une difficulté majeure qui ne trouve pas de solution satisfaisante en se cantonnant au niveau national ou européen.

Sur le plan national et européen, le rôle des différents acteurs qui veillent à la mise en oeuvre des règles existantes est mis en lumière. Le Correspondant informatique et liberté (ou délégué à la protection des données personnelles) est l'une des pierres angulaires du dispositif s'agissant de l'autodétermination informationnelle dans le champ informatique. Le recours à des instruments préventifs, comme les chartes dites « de bonnes pratiques », semble également être un élément non négligeable alors que l'application effective de la règle de droit est loin d'être avérée. Par ailleurs, le coût de l'effacement ou de l'anonymisation des données étant plus important que celui de leur conservation, une analyse économique de la question juridique paraît difficilement contournable. La conception technique des systèmes d'information doit être faite, en amont, en tenant compte de l'obligation de pouvoir ensuite assurer la traçabilité et la suppression des données qu'ils contiennent. La recherche n'a pas permis d'identifier l'existence d'instruments de « *soft law* » suffisants en la matière, et le rapport invite donc les acteurs des secteurs professionnels concernés à y remédier.

Sur le plan international, les questions de droit international privé, le pragmatisme dont il convient de faire preuve sur le plan technologique et l'expérience déjà très nuancée de l'application réelle, en droit positif, des dispositions de la loi « informatique et libertés » sont abordés dans le rapport. La question de l'oubli ne se pose qu'au sujet d'informations préalablement rendues publiques. Or, le développement des technologies de communication, notamment numériques, conduit à une dispersion sans cesse plus importante des lieux de stockage des données concernées. L'effectivité du droit en la matière suppose une approche mondialisée. C'est alors que resurgit l'importance décisive du système juridique dans lequel s'intègre la règle de droit considérée : à la lecture du rapport, le lecteur se convaincra qu'il est difficile d'imaginer rapprocher les conceptions européenne et américaine de la question, à court ou moyen terme. L'étude du droit des États-Unis d'Amérique prouve que les perspectives d'évolution y restent très limitées, si bien que les différences d'approches entre les deux continents paraissent avoir vocation à perdurer. Une telle conclusion semble bien pessimiste. Elle incite surtout les États à accepter l'idée que, sur ce sujet comme sur bien d'autres, il n'est désormais plus possible d'avoir une approche isolationniste, sous peine d'élaborer des législations non efficaces et donc, au final, de perdre son temps à construire des textes qui ne produiront pas les effets escomptés.

C- L'oubli, la mémoire et le droit

La revendication sociale d'une possibilité de voir certaines informations personnelles être oubliées, aussi légitime soit-elle, se heurte inévitablement à d'autres intérêts avec lesquels il convient de la concilier. Le rapport le démontre à la fois sur le plan philosophique et juridique. L'approche philosophique révèle toute l'ambiguïté des rapports qu'entretiennent le désir d'oubli

et le souhait de mémoire dans la société. On ne s'étonnera alors pas de trouver, dans le rapport, des manifestations juridiques du « droit à » l'oubli et du « devoir » de mémoire.

Cette recherche d'équilibre est juridiquement délicate et constitue le point d'achoppement le plus important entre la tradition française, d'une part, et celles d'autres États dont les États-unis d'Amérique, d'autre part. Liberté d'expression *versus* droit au respect de la vie privée ou droit à l'autodétermination informationnelle : la confrontation semble universelle, mais la détermination du point d'équilibre ne l'est pas. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'approche régionale permette de lever toutes les difficultés. Ainsi, le projet de règlement européen paraissait vouloir privilégier le droit à la protection de la vie privée en consacrant le droit à l'oubli, tandis que le droit du Conseil de l'Europe apporte une protection particulièrement élevée à la liberté d'expression.

Ainsi, beaucoup d'**intérêts publics** sont en cause : il faut aussi composer avec la nécessaire conservation des archives, ou les exigences d'ordre public qui conduisent à la création de fichiers policiers et judiciaires, par exemple. Il existe, par ailleurs, un certain nombre d'**intérêts privés** qui ne peuvent pas, non plus, être ignorés : la continuité des activités économiques, la nécessité de préconstituer des preuves en matière civile et commerciale notamment, etc. La distinction entre ces intérêts publics et privés ne révèle pas une opposition : on pense, en particulier, à la liberté du commerce et de l'industrie ayant mené le développement d'activités économiques faisant de la gestion de ces données l'objet même de leur commerce.

IV- Pistes de recherche et perspectives

À l'issue de ces réflexions croisées, plusieurs pistes de réflexions (non exhaustives) peuvent être proposées, en lien avec chacune des trois conclusions précédemment présentées.

A- Le droit à l'oubli, un concept à l'utilité non avérée

- **Repenser l'articulation** des articles du **Code civil** se rapportant à la protection de la vie privée, les **dispositions de la loi « informatique et libertés »** relatives aux données personnelles et les **autres textes** garantissant des possibilités d'effacement de telles données.
- **Reconnaître le droit à l'autodétermination informationnelle**, réunissant de nombreuses prérogatives actuellement prévues par la loi de 1978 en faveur des personnes dont les données personnelles font l'objet d'un traitement informatique.
- S'interroger sur les moyens de protéger l'oubli qui serait revendiqué par des **personnes morales**.

B- L'effectivité des dispositifs tendant à la protection de l'oubli

- Renforcer le rôle des Correspondants informatique et libertés (Délégués à la protection des données personnelles) et, plus généralement, **améliorer l'effectivité du dispositif existant** en droit positif avant d'envisager son extension.
- **Favoriser le recours à des instruments** de « *soft law* » (chartes de bonnes pratiques, principes déontologiques), pour les acteurs du numérique et au-delà d'eux (médias, par exemple).
- Engager une réflexion relative au droit de la protection des données personnelles **au-delà du seul cadre de l'Union européenne**.

C- L'oubli, la mémoire et le droit

- Prévoir, par un texte spécifique, l'interdiction de faire mention de faits relevant du **passé judiciaire d'un individu**, ou *a minima* exiger leur anonymisation.
- Contraindre les entreprises de presse à **contextualiser les informations** qu'elles diffusent, y compris rétroactivement pour la presse en ligne en mettant à jour des articles antérieurs.
- **Recourir** de manière plus massive à l'**anonymat** ou au **pseudonymat**, qu'il s'agisse d'une obligation imposée aux gestionnaires de systèmes d'information ou d'une incitation adressée aux sujets de droit (notamment les internautes).
- Engager une réflexion au sujet de la **désindexation**