

# **NOTE DE SYNTHÈSE**

## **LE DROIT A L'OUBLI**

**Responsable scientifique du projet :**

**Maryline Boizard**

**Maître de conférences - HDR**

**Faculté de droit et de science politique, Rennes 1**

**Institut de l'Ouest : Droit et Europe**

**IODE UMR CNRS 6262**

**Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de  
recherche Droit et Justice**

**Février 2015**

## **SOMMAIRE**

SOMMAIRE.....	2
1. Problématique et objectifs de la recherche.....	3
2. Justification des choix méthodologiques.....	4
3. Principales conclusions de la recherche .....	5
4. Pistes de réflexion ouvertes, reformulations opérées .....	8

## 1. PROBLEMATIQUE ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

L'intérêt économique des données concernant chacun d'entre nous n'est plus à démontrer. C'est encore plus vrai à l'ère du numérique et d'Internet où l'on passe à une massification de l'exploitation des données. Les enjeux financiers sont colossaux et génèrent nécessairement des conflits car l'exploitation qui est faite de ces données peut heurter les droits fondamentaux de la personne. Dans ce contexte, dès 1978, le législateur français réagissait en adoptant une loi dite informatique et libertés, destinée à assurer la protection des personnes contre l'exploitation abusive des données à caractère personnel. D'autres textes ont suivi, notamment à l'échelon européen. Au fil des années, a néanmoins émergé une revendication spécifique, celle d'un « droit à l'oubli », qui avec l'arrivée de la digitalisation, s'est finalement étendue à un « droit à l'oubli numérique ». Comment expliquer le recours à un concept qui n'est pas consacré juridiquement ? Doit-on considérer que le droit positif n'offre pas les garanties suffisantes à la préservation des droits et libertés fondamentaux ? Faut-il y voir un concept mou, non juridique ou bien une notion standard qui serait un critère d'appréciation du respect des droits fondamentaux ? Convient-il d'aller encore plus loin en traduisant les demandes d'un droit à l'oubli comme le souhait de voir apparaître sur la scène juridique un nouveau droit subjectif autonome ?

Il existe plusieurs dispositifs juridiques qui ne sont pas désignés expressément comme étant des dispositifs de droit à l'oubli mais qui indirectement en sont inspirés ou y aboutissent parce qu'ils protègent les individus contre les débordements et les abus dans l'usage et la conservation des informations les concernant. A l'heure actuelle, le juge, saisi d'une demande tendant à faire admettre un droit à l'oubli qui n'est pas consacré par les textes, à moins de commettre un déni de justice pour lequel il serait assurément sanctionné, ne peut pas refuser de trancher le litige sous prétexte qu'il ne dispose pas de fondements légaux adéquats. Il a donc recours à des outils juridiques préexistants afin d'apporter la réponse qu'il estime la plus juste possible. Or précisément, malgré le caractère inédit de certaines problématiques, le droit français et le droit international – en ce compris le droit de l'Union européenne – offrent au juge un certain nombre d'instruments, non spécialement pensés pour résoudre ces conflits nouveaux, mais qui permettront d'apporter une solution pertinente à certains différends dans lesquels le plaideur s'appuie sur un droit à l'oubli.

Nous avons donc considéré que ce n'est que dans l'hypothèse où nous estimerions que les outils juridiques actuellement disponibles, incluant ceux visés par la CNIL, n'apportent pas de solution totalement satisfaisante à ces situations inédites et problématiques, qu'il

conviendrait d'envisager la création d'un droit à l'oubli autonome par rapport aux droits préexistants.

La problématique était donc de savoir si les dispositifs juridiques actuels offrent les moyens de mettre en œuvre un droit à l'oubli tel qu'il vient d'être défini, ou s'il convient d'aller plus loin que les prévisions actuelles et d'adopter des mesures propres à assurer un droit à l'oubli.

Pour fournir une réponse à ces questions, nous avons procédé en trois étapes. Tout d'abord, nous avons fait état de l'appréhension du droit à l'oubli dans notre société. Ensuite, nous avons cerné les contours d'un éventuel droit à l'oubli. Enfin, nous avons envisagé comment, au-delà des principes, un droit à l'oubli pouvait être rendu effectif.

## **2. JUSTIFICATION DES CHOIX METHODOLOGIQUES**

Compte tenu de ses multiples implications, l'étude du droit à l'oubli devait être réalisée par une équipe pluridisciplinaire de juristes travaillant dans des disciplines différentes du droit, d'un sociologue et d'informaticiens spécialisés dans la protection de la vie privée.

► **La première étape** de l'étude a été consacrée à la réalisation d'un recensement et d'une analyse des différentes manifestations dans le droit positif du droit à l'oubli dans différents champs disciplinaires du droit à l'échelon national et européen.

En parallèle, les informaticiens ont réalisé un état de l'art par une identification précise des techniques mises en œuvre pour capturer informatiquement les données personnelles et les différents modes de diffusions mais également les techniques d'effacement des données. Ces travaux devaient en principe intervenir en fin de projet mais les chercheurs en informatique nous ont fait tout de suite comprendre que la sécurisation absolue des données était impossible. Cet élément a été déterminant dans notre démarche et l'a beaucoup influencée pour la rendre plus réaliste.

Dans le même temps, la sociologue a effectué une étude de terrain destinée à sonder les intéressés quant à leur perception d'un droit à l'oubli qui est très médiatisé mais dont chacun a sa propre idée.

L'enquête était destinée à modéliser les différentes logiques d'usage des TIC et notamment d'Internet et du mobile afin de fournir aux juristes une typologie des situations existantes.

Cette première étape, à la fois théorique et pratique, a été valorisée par l'organisation d'un séminaire d'étude, le 15 mars 2013 sous la forme d'un workshop, au cours duquel ont été présentés puis discutés les résultats de ces travaux de recherche et par l'organisation d'une conférence ouverte à tous publics, le 21 mai 2013 à la Cantine numérique de Rennes.

Nous avons à l'issue de cette étape une idée assez précise de ce qu'aurait pu être un droit à l'oubli sans pour autant parvenir à en définir aisément les contours et les limites.

► **La seconde étape** de l'étude a été plus prospective. Elle s'est davantage appuyée sur les projets de texte en cours. Notre objectif était de déterminer l'étendue du droit à l'oubli et les modalités concrètes de sa mise en œuvre.

La réflexion juridique visait à dégager des pistes permettant de rendre effectif le droit à l'oubli en tenant compte des limites (techniques, juridiques et sociétales) et en étudiant les outils pertinents à mettre en œuvre pour consacrer un éventuel droit à l'oubli.

### **3. PRINCIPALES CONCLUSIONS DE LA RECHERCHE**

Le droit à l'oubli est une idée séduisante mais la nécessité de consacrer un droit à l'oubli autonome ne nous semble pas si évidente. La question du droit à l'oubli numérique est certes l'un des enjeux majeurs de la protection des citoyens et du respect du droit à la vie privée, voire de l'existence d'un droit à l'erreur et de la possibilité de se racheter ou plus simplement, d'un droit à la tranquillité.

Néanmoins, le droit à l'oubli existe déjà, du moins implicitement. La loi informatique et libertés, la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le droit au respect de la vie privée, sans le prévoir explicitement, comportent des prérogatives y conduisant. La jurisprudence tant française qu'européenne a su s'en accommoder et répondre aux cas critiques. Ces différents dispositifs demeurent, malgré les évolutions du numérique et la très grande accessibilité à Internet, des textes de large portée. C'est vrai tout particulièrement de la loi Informatique et libertés eu égard à la définition de son champ d'application que ce soit au regard de la notion de données à caractère personnel, de traitement ou de responsable de traitement. Elle est susceptible de couvrir de larges champs et d'offrir aux individus une protection pertinente, l'arrêt rendu par la CJUE le 13 mai 2014 l'atteste.

Précisément, cette décision est déterminante au regard du concept de droit à l'oubli car elle met le doigt sur ce qui, de notre point de vue, constitue la spécificité du droit à l'oubli par rapport au droit à la protection des données personnelles en général.

Premièrement, qu'il s'agisse du numérique ou non, les demandes judiciaires tendant à bénéficier d'un droit à l'oubli sont toujours liées à *la diffusion* d'une information concernant une personne. C'est le fait de *rendre publique* une information qui se trouve donc au cœur de la problématique du droit à l'oubli. On rappellera que le régime de protection des données personnelles couvre bien la diffusion en ce qu'elle constitue un traitement de données.

Deuxièmement, à notre avis, créer un droit à l'oubli n'aurait de sens et d'intérêt que s'il s'agit de lutter contre la diffusion d'un *contenu licite*. En effet, la victime d'une diffusion de contenus illicites est protégée par d'autres prérogatives qui ont fait la preuve de leur efficacité. Le droit à l'honneur et à l'intégrité morale (et l'action en diffamation), les droits de propriété intellectuelle (et l'action en contrefaçon), le droit au respect de la vie privée (et l'action en responsabilité délictuelle) ou encore, le droit à la protection des données personnelles (par le droit de rectification ou d'opposition par exemple).

On constate toutefois que ce dernier dispositif ne distingue pas selon le caractère licite ou non des données. C'est là tout son intérêt au regard de la problématique du droit à l'oubli. Il apparaît donc bien comme un instrument juridique capable d'offrir un droit à l'oubli.

Troisièmement, toujours dans cette volonté d'identifier la spécificité du droit à l'oubli, l'intérêt de consacrer un tel droit était étroitement lié à la possibilité d'obtenir par ce biais, une prérogative permettant de s'opposer à tout type de traitement, y compris donc, *aux traitements a priori licites des données*. En effet, si le droit à l'oubli s'appliquait uniquement aux traitements illicites, tels que définis par le droit positif en vigueur, qu'apporterait-il de nouveau ? Ce critère peut effrayer de prime abord. Si le droit à l'oubli s'appliquait aux traitements licites, l'individu reprendrait la maîtrise de tout type de traitement possible et imaginable. En réalité, d'une part, le traitement dont il est question serait un traitement licite au départ mais qui devient illicite parce qu'il n'est pas (plus) conforme à la volonté de la personne concernée et qu'aucune obligation légale n'impose leur traitement. Il ne s'agit pas là d'une hypothèse nouvelle à ceci près que la volonté de l'individu de ne plus permettre le traitement d'une donnée est aujourd'hui enfermée dans des limites strictes qu'il conviendrait d'assouplir avec une mise en balance des différents droits en présence – spécialement droit à l'oubli d'un côté et liberté d'expression et droit à l'information de l'autre – sans préjuger de celui qui l'emporte, puisque, jusqu'à la décision Google Spain c/ AEPD, la mise en balance conduisait à privilégier le droit à l'information – . D'autre part, si l'on reprend la première caractéristique du droit à l'oubli décrite ci-dessus, cette crainte ne se justifie plus. L'un des objectifs principaux

du droit à l'oubli vise à permettre aux usagers de s'opposer à la diffusion. Il peut venir au soutien du droit à l'effacement, comme par exemple, l'effacement réel des données laissées sur les réseaux sociaux, mais le droit à l'oubli ne saurait se résumer à un droit à l'effacement des données. Il en résulte qu'une donnée personnelle qui a été traitée licitement par un opérateur pourrait, au bout d'un certain temps, justifier la mise en œuvre du droit à l'oubli qui consisterait à ne plus permettre pour l'avenir de lier la personne concernée à cette donnée sans que cette dernière soit effacée.

Il reste alors à identifier l'opérateur qui décide du sort des données ? D'un point de vue juridique et technique, il convient d'être réservé quant à la possibilité de créer un droit à l'oubli numérique à la charge des moteurs de recherche car cela conduirait à demander aux moteurs de recherche d'agir au cas par cas sur des contenus dont ils n'ont pas nécessairement la maîtrise. Dans la mesure où la décision implique de déterminer d'abord la nature licite ou illicite du contenu, il conviendrait d'organiser un mécanisme de subsidiarité. Au premier chef, seraient visés les auteurs et/ou les éditeurs. A titre subsidiaire, si ces derniers s'abritaient derrière le caractère licite du contenu pour refuser de l'effacer, l'utilisateur devrait saisir une autorité indépendante de contrôle – en France, la CNIL – qui se prononcerait sur le bienfondé de la demande de déréférencement. Dans l'hypothèse où l'utilisateur ne contesterait pas le caractère licite de l'information le concernant, il pourrait s'adresser directement à la CNIL en vue d'un déréférencement par le moteur de recherche.

Les conclusions rendues par l'avocat général dans l'affaire Google Spain C/ AEPD pouvaient laisser à penser que le droit positif ne permettait pas la mise en œuvre d'une telle solution sans la création d'un droit à l'oubli autonome. La décision rendue par la CJUE, à revers de ces conclusions, a montré au contraire que la directive de 1995 permettait d'offrir cette protection aux individus. Si le règlement pour la protection des données personnelles est adopté, la solution sera encore plus nette puisque l'article 17 permet le déréférencement qu'il dissocie bien de l'effacement des données.

Il s'ensuit que le dispositif de protection des données à caractère personnel, par sa portée et les dispositifs de mise en œuvre qu'il propose nous paraît répondre de manière satisfaisante à la problématique du droit à l'oubli qu'il n'y a pas lieu d'ériger au rang de droit subjectif autonome. Ainsi que nous le soulignons en conclusion de la deuxième partie, dans cette approche, le droit à l'oubli doit être envisagé comme un concept générique couvrant différents dispositifs techniques et juridiques concourant à la protection de la personne à travers ses données et dont la mise en œuvre favorise la tranquillité de la personne et limite les intrusions malsaines dans sa vie.

D'un point de vue formel, mais non dépourvu de conséquences au fond, le législateur pourrait consacrer le droit à l'oubli dans une disposition générale introductive qui érigerait le droit à l'oubli au rang des fondements de la protection des données à caractère personnel.

#### **4. PISTES DE REFLEXION OUVERTES, REFORMULATIONS OPEREES**

Le 30 mai 2014, la société Google annonçait qu'elle mettait à disposition des internautes un formulaire destiné à permettre une désindexation. Il s'agit a priori d'une procédure relativement complexe qui souffrira d'un nombre croissant de demandes. Cette expérience devrait enrichir la réflexion sur la manière dont la désindexation sera menée. Il sera également intéressant de voir quelle est la réaction des autres moteurs de recherche. En outre, pour le moment, la procédure ne couvre que le territoire européen. Il restera à voir si cela fait des émules sur les autres continents.

Les autorités européennes de protection des données réunies au sein du G29 ont, quant à elles, décidé de confier au sous-groupe « Futur de la vie privée » du G29 l'analyse des conséquences de l'arrêt de la CJUE, lequel a défini des lignes directrices pour permettre aux autorités européennes de protection des données d'adopter une approche commune dans la mise en œuvre pratique de cet arrêt. Grâce à ces lignes directrices, les autorités pourront coordonner leurs réponses aux plaintes qui leur sont adressées lorsque des moteurs de recherche ne donnent pas suite favorable à une demande d'effacement. Il sera intéressant d'examiner la manière dont ces procédures seront menées. Google a engagé des démarches consultative dans plusieurs capitales européennes afin d'élaborer un rapport qui a été publié le 6 février 2015. C'est symptomatique de la volonté de cet acteur mondial du numérique de continuer à contrôler le marché en s'autorégulant, démarche qui, nous l'avons démontré, n'est pas sans inconvénient.

Nous n'avons pas inclus le volet économique dans le rapport alors que cela avait été envisagé au début de nos recherches. Nous avons eu des échanges avec des économistes mais les approches économiques sont souvent parcellaires et ne correspondent pas spécifiquement à la problématique que nous avons dégagée. Dans le cadre de nos participations aux ateliers sur la protection de la vie privée, nous avons toutefois trouvé que les réflexions des économistes sur la *privacy by design* pouvaient constituer un terrain d'étude juridique à développer à l'avenir.

Plusieurs membres de l'équipe sont allés au Canada pendant la durée du projet. Des contacts ont été pris mais les échanges sont restés informels. Globalement, ces échanges ont montré que le Canada privilégiait une approche très libérale de la protection des données,

n'hésitant pas à qualifier le droit à l'oubli de « liberticide ». En outre, les contacts pris avec l'équipe grenobloise nous ont permis de savoir qu'ils avaient prévu d'effectuer une recherche sur le droit canadien si bien que nous avons estimé qu'il n'était pas utile d'aller plus avant dans cette direction.

Enfin, nous organiserons un colloque à Rennes, le 6 mars 2015.