



A2014.10.24-0001 / 1999-00120

17.11.2014/WJ

## **CEDIDAC**

**Colloque du 20 novembre 2014, UNIL Lausanne**

### **Droit à l'oubli : du mythe à la réalité**

#### **Le droit à l'oubli : la perspective européenne**

Jean-Philippe Walter

*« Sans oubli, il ne saurait y avoir de bonheur, de belle humeur, d'espérance, de fierté, de présent. »<sup>1</sup>*

#### I. Introduction

Le 13 mai dernier, la Cour de justice de l'Union européenne rendait un arrêt de principe dans une affaire opposant Google Espagne aux autorités espagnoles qui n'a laissé personne indifférent et qui continue à faire des vagues dans les stratosphères du monde numérique. Cet arrêt, qui consacre un droit au déréferencement ou à la désindexation sur les moteurs de recherche a relancé le débat autour du droit à l'oubli

---

<sup>1</sup> Friedrich Nietzsche, *Généalogie de la morale*, Paris 1996, p. 68, cité par Louis-Xavier Rano, La force du droit à l'oubli, dans *Droit-NTIC*, 12.09.2006, [www.droit-ntic.com](http://www.droit-ntic.com)



et à la relation entre le droit à la protection des données et à la vie privée et l'exercice d'autres droits, notamment la liberté d'expression ou le droit à la mémoire.

Alors que certains nient même le concept de droit à l'oubli, il convient de rappeler en introduction que de tout temps, l'homme, homo sapiens a réclamé pour lui ce droit d'être oublié, si nécessaire à pouvoir se développer, progresser, se reconstruire et se réhabiliter, sans que son passé ronger son futur. « L'oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme et refuser un droit à l'oubli, c'est nourrir l'homme du remord qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue. »<sup>2</sup> En droit pénal, une condamnation n'est pas gravée éternellement et dans nos casiers judiciaires, une inscription sera radiée après un certain nombre d'années suivant la gravité de l'infraction et de la peine qui lui est associée. Il en va de même en matière de poursuite et faillite. Les règles de prescription et de péremption sont aussi un reflet de ce droit à l'oubli.

Dans le contexte du droit à la protection des données, l'ensemble des législations en la matière prévoit que les données ne doivent pas être conservées au-delà de ce qui est nécessaire à réaliser les finalités pour lesquelles les données ont été collectées et permettent aux personnes concernées d'obtenir dans certaines conditions l'effacement de leurs données. C'est l'expression du droit à l'oubli selon lequel des données personnelles ne peuvent être traitées à l'infini et sans limitation de temps, afin d'éviter un « fichage » permanent de tout un chacun et donc légitimer le contrôle permanent sur les individus. Le droit à l'oubli découle aussi du droit à l'autodétermination informationnelle selon lequel toute personne doit avoir la maîtrise sur les données qui la concernent. L'individu ne doit pas être victime durant toute sa vie du fait que des données sont enregistrées et traitées à son insu<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> P. Kayser, La protection de la vie privée, 2<sup>e</sup> éd. Paris – Marseille 1990, cité par Louis-Xavier Rano, La force du droit à l'oubli, dans Droit-NTIC, 12.09.2006, [www.droit-ntic.com](http://www.droit-ntic.com)

<sup>3</sup> Jean Frayssinet, Informatique, fichiers et libertés, Paris 1992, p. 74 ; Louis-Xavier Rano, La force du droit à l'oubli, dans Droit-NTIC, 12.09.2006, [www.droit-ntic.com](http://www.droit-ntic.com)



## II. Conseil de l'Europe

### A. Convention européenne des droits de l'homme

Le texte de référence et point de départ demeure la Convention européenne des droits de l'Homme dont l'article 8 consacre le droit de toute personne au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Comme tout autre droit, ce droit au respect de la vie privée n'est pas absolu et il est à mettre en relation avec l'exercice d'autres droits, et dans le contexte du droit à l'oubli, notamment l'article 10 qui régit la liberté d'expression, y compris la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. La Convention prévoit qu'il ne peut y avoir d'ingérence dans l'exercice de ces droits que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. La jurisprudence de la CEDH a permis de préciser la portée du droit à la vie privée, notamment en relation avec le traitement de données à caractère personnel et de définir le cadre à respecter en cas d'ingérence d'une autorité publique. La Cour a souligné « que la garantie offerte ... par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables, et qu'il existe une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la vie privée. »<sup>4</sup>

Ainsi la Cour, notamment dans l'arrêt *S. et Marper c. Royaume Uni* du 4 décembre 2008<sup>5</sup>, rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la per-

---

<sup>4</sup> Arrêt du 9 janvier 2012 dans l'affaire *Alkaya c. Turquie*, considérant 28, <http://www.echr.coe.int>

<sup>5</sup> <http://www.echr.coe.int>



sonne. Elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8. Au-delà du nom, la vie privée et familiale peut englober d'autres moyens d'identification personnelle et de rattachement à une famille... L'article 8 protège en outre un droit à l'autonomie, l'épanouissement et le développement personnels et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. Cette notion recouvre également le droit de vivre en paix, loin de toute attention non voulue.<sup>6</sup> La notion de vie privée comprend par ailleurs des éléments se rapportant au droit à l'image. Elle peut également couvrir des informations de nature publique<sup>7</sup>.

Pour la Cour, « le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite. » Pour pouvoir déterminer si les données à caractère personnel conservées touchent un des aspects de la vie privée, il est nécessaire de tenir compte du contexte particulier dans lequel les informations ont été collectées et conservées, de la nature des données traitées, de la manière dont elles sont traitées et des conclusions qui peuvent en être tirées<sup>8</sup>. En relation avec la publication d'informations, la Cour précise encore que l'enregistrement de données et le caractère systématique ou permanent de l'enregistrement sont susceptibles de faire entrer en jeu le droit au respect de la vie privée même si les données concernées sont dans le domaine public ou sont disponibles d'une autre manière.<sup>9</sup> La Cour opère néanmoins une distinction entre une personne privée inconnue du public et une personne publique, qui si elle a droit également au respect de sa vie privée, doit tolérer des ingérences plus marquées notamment en relation avec la diffusion ou la publication des données la concernant, pour autant qu'un juste équilibre soit maintenu entre le droit à la protection de la vie

---

<sup>6</sup> Arrêt *Alkaya* précité,, considérant 28 et jurisprudence citée.

<sup>7</sup> Arrêt du 13 novembre 2012 dans la cause *MM c Royaume Uni*, cons187 et jurisprudence citée

<sup>8</sup> Arrêt *Marper* précité, c. 67.

<sup>9</sup> C. 82.



privée et le droit à la liberté d'expression. La balance réside dans la contribution de l'information publiée au débat d'intérêt général ; tel n'est par contre pas le cas si l'information a pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public<sup>10</sup>.

De manière constante, la Cour souligne qu'une ingérence doit être prévue par la loi, c.à.d. avoir une assise en droit interne et « être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu ... de régler sa conduite » et « doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes. »<sup>11</sup> En ce sens, il est important que les mesures prises fassent l'objet de règles claires et détaillées fixant un minimum d'exigences concernant en particulier la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès de tiers, les procédures de destruction des données de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire<sup>12</sup>. La Cour précise d'autre part qu'une ingérence au droit à la vie privée peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un but légitime ; elle doit cependant répondre à un besoin social impérieux et en particulier respecter le principe de proportionnalité et reposer sur des motifs pertinents et suffisants<sup>13</sup>. « La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale »<sup>14</sup> Des garanties appropriées doivent dès lors être prévues pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel non-conforme : « la nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique. » : les données doivent être pertinentes, non

---

<sup>10</sup> Arrêt Alkaya précité, cons. 35 et jurisprudence citée, notamment Arrêt du 24 septembre 2004 dans l'affaire Von Hannover c. Allemagne, considérants 58ss.

<sup>11</sup> Arrêt Marper, cons. 95

<sup>12</sup> Cons. 99

<sup>13</sup> Cons. 101

<sup>14</sup> Cons. 103 et jurisprudence citée ; Arrêt du 18 septembre 2014 dans l'Affaire Brunet c. France, cons. 35



excessives par rapport aux finalités poursuivies, et conservées pour une durée qui ne dépasse pas celle nécessaire aux finalités de leur collecte<sup>15</sup>. Il s'agit de rechercher l'équilibre entre l'intérêt public ou privé à conserver des données et l'intérêt des personnes concernées à ce que les données ne soient pas conservées au-delà de ce qui est nécessaire. La personne concernée doit pouvoir faire effacer les données et la justification de la conservation des données ne peut être laissée au libre arbitre du responsable du traitement, mais devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle indépendant<sup>16</sup>. La Cour admet également qu'une information litigieuse peut nuire à la réputation d'une personne et rendre sa vie plus difficile, notamment si l'information est susceptible d'être diffusée. Dès lors, elle reconnaît que la personne peut avoir un intérêt considérable à ce qu'une information soit biffée. Dans l'arrêt *Khelili contre Suisse* qui concernait l'inscription dans le dossier de la requérante de la mention « prostituée », la Cour souligne ainsi qu'« eu égard à l'importance primordiale de la présomption d'innocence dans une société démocratique, elle ne saurait accepter que le maintien de la mention « prostituée » comme profession de la requérante, qui n'a jamais été condamnée pour exercice illicite de la prostitution ... puisse passer pour répondre à un « besoin social impérieux » au sens de l'article 8 de la Convention. »<sup>17</sup> La vigilance doit être des plus élevée quant à la protection de la vie privée face aux progrès techniques d'enregistrement et de reproduction de données personnelles d'un individu<sup>18</sup>

Il convient de rappeler que l'article 8 comporte non seulement l'obligation de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence arbitraire au droit au respect de la vie privée et familiale (obligations négatives), mais aussi des obligations positives par l'adoption de mesures visant au respect effectif du droit à la vie privée également dans les rela-

---

<sup>15</sup> Arrêt *Marper*, considérant 103

<sup>16</sup> Cons. 119, voir aussi Arrêt *MM c Royaume Uni*

<sup>17</sup> Arrêt du 18 octobre 2011 dans l'affaire *Khelili c. Suisse*, c. 63ss-

<sup>18</sup> Arrêt du 24 septembre 2004 dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne*, considérant 70 et jurisprudence citée.



tions entre individu ; il conviendra d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (effet « Drittwirkung » de la CEDH)<sup>19</sup>.

Bien qu'à notre connaissance, la CEDH ne se soit jamais prononcée expressément sur la question du droit à l'oubli, on peut néanmoins déduire de sa jurisprudence en relation avec l'article 8 que si la question lui était soumise, elle conclurait à l'existence d'un tel droit. On retiendra ainsi de sa jurisprudence que :

- La conservation des données est en effet une ingérence au droit à la vie privée et elle doit répondre à un intérêt légitime l'emportant sur le respect de ce droit.
- Elle ne peut être permanente et durable et les données devraient être effacées ou détruites lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la finalité pour lesquelles elles ont été collectées.
- L'individu peut légitimement demander leur effacement, notamment si les données sont périmées ou inexactes.
- Par rapport à des données publiées, une distinction doit cependant être opérée entre des données se rapportant à une personne privée inconnue du public et une personne publique qui ne pourra se prévaloir d'un droit à l'effacement si l'information a été publiée sur des faits en lien avec une activité publique ou si tout en relevant de la vie privée est pertinente et apte à alimenter l'intérêt général. Si cet intérêt n'existe pas ou n'existe plus ou si la publication vise à satisfaire la curiosité d'un certain public, la personne publique devrait également pouvoir se prévaloir d'un droit à l'effacement.
- L'appréciation de la légitimité d'une demande d'effacement ne peut enfin être laissée dans les seules mains du responsable de traitement, mais doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle indépendant.

---

<sup>19</sup> Voir notamment Arrêt du 12 novembre 2013 dans l'affaire Söderman c. Suède, considérant 7 ; Arrêt dans l'affaire Mosley contre Royaume Uni du 10 mai 2011, considérant 106 ; Arrêt du 24 juin 2004 dans l'affaire Von Hannover c. Allemagne, considérant 57.



## B. Convention 108<sup>20</sup>

### 1. De lege lata

La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel a été adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 17 septembre 1980 et ouverte à la signature le 28 janvier 1981. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1985. Elle a été complétée par un protocole additionnel du 8 novembre 2001 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données. Ces deux textes sont les deux seuls textes internationaux contraignants en matière de protection des données, ayant de surcroît une vocation universelle puisqu'ouverts à l'adhésion d'Etats non-membres du Conseil de l'Europe. A ce jour, 47 des 45 Etats membres du Conseil de l'Europe, dont la Suisse, ont ratifié la Convention ; l'Uruguay est devenu le 1<sup>er</sup> août 2013 le premier Etat tiers partie à la Convention et le Maroc devrait rejoindre le club cette année encore.

La Convention avec son protocole additionnel s'articule autour de trois axes :

- Les principes de base de la protection des données, y compris les droits et les prétentions des individus ;
- La réglementation des flux transfrontières de données
- La mise en œuvre au plan national, avec notamment l'exigence d'une autorité de contrôle indépendante et au niveau international avec le comité consultatif de la convention et les obligations de coopération entre les Parties.

La Convention concrétise le droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la CEDH, tout en le conciliant avec la liberté d'information, notamment le droit à la libre circulation des données sans considération de frontières de l'article 10 CEDH. Comme l'énonce son article 1, la Convention a pour but de garantir, sur le territoire

---

<sup>20</sup> RS 0.235.1





de chaque Partie, à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant. La Convention couvre l'ensemble des traitements automatisés de données personnelles concernant des personnes physiques, sans considération de nationalité ou de domicile, effectués dans le secteur privé et dans le secteur public. La Convention n'est pas d'application directe et les Parties doivent prendre dans leur droit interne, les mesures nécessaires pour donner effet à ses dispositions (article 4).

La Convention énonce les principes de base qui forment le noyau dur de la protection des données. Ainsi les 5 principes de l'article 5 que sont le principes de loyauté et de licéité, le principe de finalité, le principe de proportionnalité, le principe d'exactitude des données et le principe de conservation limitée déterminent à quelle condition, dans quelle mesure et dans quel cadre des données personnelles peuvent être traitées et collectées afin d'éviter des traitements illimités, inconsiderés et disproportionnés rendant illusoire le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'autodétermination individuelle en matière d'information. Ces principes doivent être repris et concrétisés dans les législations nationales. Dans le cadre du droit à l'oubli, en relation avec le principe de licéité, trois principes en particulier jouent un rôle déterminant. Il s'agit tout d'abord du principe de proportionnalité de l'article 5, lettre c selon lequel les données faisant l'objet d'un traitement doivent être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles ont été enregistrées. Il s'agit ensuite du principe d'exactitude de l'article 5, lettre d selon lequel les données doivent être exactes et si nécessaires mises à jour. Il s'agit enfin de l'article 5, lettre e qui prévoit que les données ne doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées que pour une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Il en ressort que des données personnelles ne peuvent être traitées et conservées indéfiniment, sans but déterminé et légitime (article 5, lettre b) et que dès lors le responsable de traitement devrait déterminer des durées de conservation des données.



Cela implique qu'elles devraient ensuite être effacées ou détruites ou alors conservées sous une forme anonyme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées. Demeurent réservées les dérogations possibles au sens de l'article 9 de la Convention lorsque cela est prévue par la loi et constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique notamment pour la protection des droits et libertés d'autrui, y compris la liberté d'expression.

L'article 8 de la Convention énonce également des droits pour les personnes concernées et notamment le droit d'accès aux données qui les concernent, ainsi que le droit d'obtenir la rectification ou l'effacement lorsque les données sont traitées en violation des dispositions de protection des données. Ainsi, une personne peut sur cette base réclamer du responsable de traitement l'effacement de données qui sont traitées de manière illicite et notamment ne sont plus nécessaires à la finalité pour lesquelles elles ont été collectées, sont inexactes ou ne correspondent plus à la réalité. Dans la mesure où le responsable ne peut invoquer un motif prépondérant légitimant le traitement et la conservation des données, il devra prendre les mesures nécessaires à donner suite à la requête de la personne concernée. En cas de refus, celle-ci doit, conformément à l'article 8, lettre d pouvoir disposer d'un recours. Elle doit également pouvoir, conformément à l'article 1, alinéa 2, lettre b, du protocole additionnel, saisir une autorité de contrôle indépendante.

## 2. Modernisation de la Convention 108

La Convention 108 et son protocole additionnel sont en cours de révision. Un projet de modernisation a été préparé par le comité consultatif de la Convention qui a achevé ses travaux par l'adoption d'un texte le 29 novembre 2012 à l'issue de sa 30<sup>e</sup> réunion plénière. Le texte est actuellement examiné par un comité ad'hoc mis en place par le comité des Ministres. Ce comité, le CAHDATA, doit élaborer un protocole d'amendement et devrait achever ces travaux lors de sa prochaine réunion au début du mois de décembre. La convention amendée pourrait être adoptée par le



Comité des Ministres durant le 1<sup>er</sup> semestre 2015 et ensuite ouverte à l'acceptation des Parties.

L'objectif de cette mise à jour de la Convention tend à renforcer la protection des personnes au regard de l'évolution technologique, notamment pour leur permettre de mieux maîtriser l'utilisation faite de leurs données personnelles. Il s'agit également de renforcer la crédibilité et l'effectivité de l'instrument d'une part en s'assurant que les Etats qui adhèrent à la Convention remplissent effectivement les conditions requises et d'autre part en mettant en place un mécanisme de suivi. Il s'agit ensuite d'assurer la cohérence et la compatibilité avec le cadre juridique de l'Union européenne et finalement de réaffirmer et de promouvoir la vocation universelle et le caractère ouvert de la Convention.

La Convention révisée doit ainsi garantir à toute personne physique le droit à la protection des données personnelles afin d'assurer le respect de ses autres droits et libertés fondamentales, notamment son droit à la vie privée à l'égard du traitement de ses données. Il ne s'agit pas de créer une hiérarchie des droits, mais de rappeler que le traitement de données à caractère personnel affecte d'autres droits et libertés fondamentales et leur respect passe par la garantie du droit à la protection des données.

La question du droit à l'oubli a été examinée dans le cadre des travaux de modernisation. Le comité consultatif de la Convention est ainsi parvenu à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire d'inscrire un droit spécifique à l'oubli numérique et que les dispositions de la Convention actuelle que j'ai énoncées auparavant, et notamment les principes de proportionnalité, d'exactitude et de conservation limitée, couplée au droit d'effacement et de rectification permettaient à la personne concernée d'obtenir que les données la concernant ne soient pas conservées et traitées indéfiniment. Le projet prévoit néanmoins de préciser le principe de proportionnalité en introduisant le principe de minimisation des données selon lequel il faut dans toute la mesure du possible renoncer à traiter des données personnelles ou du moins les limiter au strict



nécessaire. Il prévoit également d'étendre le catalogue des droits des personnes concernées en introduisant le droit de s'opposer au traitement : toute personne devrait pouvoir s'opposer à tout moment à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement, à moins que le responsable du traitement ne démontre des motifs légitimes prépondérants justifiant un tel traitement. Ces motifs doivent prévaloir sur les intérêts, les droits et les libertés fondamentales de la personne concernée. Les critères énoncés dans la jurisprudence de la CEDH permettront d'assurer la pondération des différents intérêts et droits en présence.

### III. Union européenne

#### A. Directive 95/46/CE<sup>21</sup>

Au sein de l'Union européenne, outre la Convention 108, le traitement de données personnelles est régi notamment par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Cette directive précise et amplifie les dispositions de la Convention 108. Elle régit l'ensemble des traitements de données personnelles du secteur public et privé, à l'exception des traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal (article 3, chiffre 2). Ces domaines sont régis par la Convention 108 et pour certains complétés par d'autres dispositions du droit européen, comme la convention d'application des accords de Schengen ou la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale<sup>22</sup>.

A l'instar de la Convention 108, la directive contient des dispositions fixant les principes fondamentaux à respecter lors du traitement des données à caractère person-

---

<sup>21</sup> JO L 281 du 23.11.1995, p. 31

<sup>22</sup> JO L 350 du 30.12.2008, p. 60.



nel. Elle régit les droits des personnes concernées, fixe les obligations des responsables de traitement, règle la surveillance, organise la coopération entre autorités de protection des données, notamment au travers d'un Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le Groupe de l'article 29 qui regroupe l'ensemble des représentants des autorités nationales de protection des données des pays membres de l'Union européenne et régit les flux transfrontières de données.

Concernant la problématique du droit à l'oubli, la directive ne contient pas une disposition spécifique. Toutefois comme dans la convention 108, l'application des principes de licéité, finalité, de proportionnalité, d'exactitude et de conservation limitée débouche sur une obligation du responsable du traitement de ne traiter les données que pour l'un des motifs de légitimation énoncé à l'article 7 de la directive, resp. 8 s'il s'agit de données sensibles et de ne pas conserver les données de manière illimitée et indéterminée. Ainsi, l'article 6 requiert que les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. En outre, les données doivent être exactes et, si nécessaires, mises à jour. L'article 6, lettre d précise encore que « toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées. Enfin aux termes de l'article 6, lettre e) les données doivent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elle sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement ». La disposition réserve – et c'est important dans le contexte de la balance entre le droit à l'oubli et le droit à la mémoire ou à la connaissance – les finalités historiques, statistiques ou scientifiques qui justifient une conservation des données au-delà de la période nécessaire à la réalisation de la finalité initiale pour lesquelles les données ont été collectées, pour autant que des garanties appropriées soient mises en place.



Parmi les droits de la personne concernée, la directive permet à la personne de demander la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la directive. Cela concerne non seulement les situations où les données sont incomplètes ou inexactes, mais aussi le cas où le traitement ne repose pas sur un motif de légitimation ou ne respecte pas les principes de base, dont la proportionnalité ou la conservation limitée.

De plus la directive prévoit expressément en son article 14 un droit de la personne concernée de « s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national. » En cas d'opposition justifiée, le traitement n'est plus possible sur ces données. Le droit d'opposition est inconditionnel si les données sont collectées et traitées à des fins de marketing.

## B. Projet de règlement

Avec l'adoption du Traité de Lisbonne, le champ de compétence de l'Union européenne s'est étendu et en particulier la distinction entre les différents piliers a disparu. Ainsi le domaine de la police et de la justice est passé dans la compétence communautaire. Du point de vue de la protection des données, cela a des conséquences importantes. En effet au sein de l'Union européenne, la protection des données est un droit fondamental consacré à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux et à l'article 16, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité de Lisbonne) qui donne la compétence aux instances européennes de fixer les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données, y compris dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. L'un des objectifs de ce nouveau cadre juridique est de renforcer la protection des



données en Europe et d'assurer une plus grande cohérence et effectivité des normes de la protection des données applicables dans l'ensemble de l'Union européenne afin de répondre au défi du nouvel environnement numérique et globalisé, de permettre aux personnes physiques d'exercer une maîtrise effective sur leurs données et de faciliter la libre circulation des flux de données au sein de l'Union européenne. Il devrait doter l'Europe de règles claires et uniformes afin de garantir la sécurité juridique et alléger les charges administratives pesant sur les responsables de traitement. Ainsi la directive 95/46/CE devrait être remplacée par un règlement européen et une directive régissant la protection des données dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale se substituer à la décision cadre en la matière. L'adoption de ces textes interviendra au plus tôt à fin 2015.

La Commission européenne propose dans le cadre de cette réforme « de clarifier le droit à l'oubli, c'est-à-dire le droit en vertu duquel les personnes peuvent obtenir l'arrêt du traitement des données personnelles les concernant et l'effacement de celles-ci lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à des fins légitimes. »<sup>23</sup>. Ainsi, l'article 17 « droit à l'oubli numérique et à l'effacement » du projet de règlement proposé par la commission prévoit que « toute personne a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'effacement de données à caractère personnel la concernant et la cessation de la diffusion de ces données, en particulier en ce qui concerne des données à caractère personnel que la personne concernée avait rendues disponibles lorsqu'elle était enfant. Ce droit vise en outre les situations où :

- les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées,
- La personne concernée a retiré son consentement
- Le délai de conservation est échu et il n'y a pas de motif légal de traitement des données,
- La personne concernée s'est opposée au traitement

---

<sup>23</sup> Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, COM (2010) 609 final 4 nov. 2010, p. 20



- Le traitement n'est pas conforme à d'autres exigences du règlement.

Lorsque les données ont été publiées par le responsable du traitement, le responsable de traitement est d'autre part tenu d'informer les tiers qui traitent ces données d'une demande d'effacement des liens permettant d'accéder à ces données ou de copie ou reproduction de ces données.

L'effacement doit intervenir sans délai. Toutefois, le règlement aménage des exceptions si la conservation des données est nécessaire :

- À l'exercice du droit à la liberté d'expression
- Pour des motifs d'intérêt général liés à la santé publique
- À des fins de recherches historique, statistique et scientifique
- Au respect d'obligation légale de conserver les données

En outre en lieu et place de l'effacement, le responsable de traitement peut limiter le traitement des données :

- Pendant une durée lui permettant de vérifier l'exactitude des données
- Lorsque les données doivent être conservées à des fins de preuve
- Lorsque la personne exige la limitation de l'utilisation au lieu de l'effacement et que le traitement est illicite
- La personne concernée demande le transfert des données à un autre système de traitement automatisé.

Dans ce cas de limitation, les données ne doivent plus être traitées sauf pour des fins probatoires, avec le consentement de la personne concernée, pour protéger les droits d'une autre personne ou pour un objectif d'intérêt général.

Ce droit est complété par un droit de portabilité des données (art. 18).





Le Parlement européen a examiné le projet de règlement et adopté de nombreuses propositions d'amendement qui seront examinées dans la procédure de trilogue lorsque le Conseil européen aura rendu sa copie. En ce qui concerne le droit à l'oubli, le Parlement propose d'abandonner cet intitulé et de parler uniquement de droit à l'effacement selon lequel toute personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement :

- L'effacement des données la concernant,
- La cessation de leur diffusion
- L'obtention de tiers de l'effacement de tous liens vers ces données ou de toute copie ou reproduction de celles-ci.
- 

Comme dans la version de la commission, il ne s'agit pas d'un droit sans condition. L'effacement est possible à certaines conditions. Le Parlement suit en ce sens les propositions de la commission en y ajoutant le cas où un tribunal ou une autorité a rendu une décision d'effacement. Le Parlement propose également de renoncer au droit de portabilité des données.

### C. Arrêt de la CJUE du 13 mai 2014

Le 13 mai 2014, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu un arrêt de principe<sup>24</sup> qui revêt une importance significative pour le droit à la protection des données notamment dans le cadre de l'Internet et du monde numérique. Dans cet arrêt qui répond à une demande de décision préjudicielle de l'Espagne suite à une décision de l'Agence espagnole de la protection des données ordonnant à Google de prendre les mesures nécessaires pour retirer les données d'un plaignant de son index et d'empêcher l'accès à ces données à l'avenir. Cette requête concernait en particulier la suppression des liens à partir du moteur de recherche de Google vers deux pages

---

<sup>24</sup> Arrêt du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12 ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 27 TFUE, introduite par l'Audiencia Nacional (Espagne), dans la procédure Google Spain SL, Google Inc contre Agencia de Protección de Datos et Mario Costeja González, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&jur=C,T,F&num=C-131/12&td=ALL>



d'un quotidien espagnol datant de 1998 dans lesquelles figurait une annonce, mentionnant le nom du plaignant, pour une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale. La Cour précise l'interprétation de plusieurs dispositions de la directive 95/46/CE et reconnaît le droit de toute personne de demander la suppression des liens générés par les moteurs de recherche sur Internet. La décision de la Cour ne porte pas sur la requête d'effacement des pages concernés par le quotidien espagnol, l'agence espagnole ayant rejeté cette requête au motif que la publication avait été ordonnée par le Ministère du travail et des affaires sociales et avait eu pour but de conférer une publicité maximale à la vente. Cet arrêt est faussement interprété comme reconnaissant un droit à l'oubli général. Il porte en effet sur la reconnaissance d'un droit au déferement ou désindexation de pages internet.

La Cour rappelle que « l'opération consistant à faire figurer, sur une page Internet, des données à caractère personnel est à considérer comme un tel traitement<sup>25</sup>. Elle constate qu'un exploitant de moteur de recherche qui recherche de manière automatisée, permanente et systématique des informations sur Internet, collecte des données. Ces données sont ensuite extraites, enregistrées et organisées dans le cadre de programme d'indexation. Elles sont conservées sur les serveurs du moteur de recherche et par la suite communiquées ou mises à disposition des internautes sous forme de listes des résultats de leurs recherches. On est donc en présence d'un traitement de données personnelles au sens de la directive 95/46/CE<sup>26</sup>.

La Cour estime ensuite que l'exploitant du moteur de recherche, en l'occurrence Google, doit être considéré comme un responsable de traitement. Elle rejette ainsi l'argument de l'entreprise selon lequel elle n'a pas connaissance des données personnelles et n'exerce aucun contrôle sur ces données. Pour la Cour, l'exploitant du moteur de recherche « détermine les finalités et les moyens de cette activité et ainsi du traitement de données à caractère personnel qu'il effectue, lui-même, dans le

---

<sup>25</sup> Considérant 26

<sup>26</sup> Considérants 28 et 41



cadre de celle-ci. »<sup>27</sup> « En outre, il est constant que cette activité des moteurs de recherche joue un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées. »<sup>28</sup> La Cour relève également que de par l'organisation qui est faite des données et lorsque la recherche est faite par le nom de la personne concernée, l'utilisateur obtient « par la liste des résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvable sur Internet leur permettant d'établir un profil plus ou moins détaillé de la personne concernée. »<sup>29</sup>

A juste titre, la Cour relève que l'activité du moteur de recherche est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données ; cette affectation s'ajoute à celle causée par les éditeurs de site web. L'ingérence peut-être même plus importante que la publication initiale par l'éditeur de la page web<sup>30</sup>. Il est ainsi de la responsabilité du moteur de recherche de se conformer aux exigences du droit à la protection des données<sup>31</sup>, indépendamment de la responsabilité de l'éditeur.

La Cour examine ensuite si un moteur de recherche doit effacer et déréférencer les données lorsque la page source n'a pas été effacée ou du fait que l'éditeur n'ait pas indiqué qu'une information ne devait pas être indexée. Elle rappelle que la directive confère à toute personne concernée un droit à la rectification, à l'effacement ou au verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme, notamment en raison du caractère incomplet ou inexact des données ou du non respect des autres conditions de licéité imposées au traitement (non respect des principes du traitement, absence de motifs de légitimation). Elle jouit, sous certaines conditions égale-

---

<sup>27</sup> Considérant 33 et 41

<sup>28</sup> Considérant 36

<sup>29</sup> Considérant 37

<sup>30</sup> Considérant 87

<sup>31</sup> Considérant 38



ment d'un droit d'opposition au traitement<sup>32</sup>. La Cour souligne également que vu le caractère ubiquitaire de l'accès à l'information, « une protection efficace et complète des personnes ne pourrait être réalisée si celles-ci devaient d'abord ou en parallèle obtenir l'effacement des informations les concernant auprès des éditeurs de sites web »<sup>33</sup>. « Dans ce contexte, (le) responsable de traitement doit prendre toutes les mesures raisonnables pour que les données qui ne répondent pas aux exigences de cette disposition soient effacées ou rectifiées »<sup>34</sup>. Par rapport à l'existence ou à l'absence de motif de légitimation qui peut être opposé à la personne concernée qui exerce son droit à l'effacement ou son droit d'opposition, la cour relève que seul un intérêt légitime du responsable du traitement ou d'un tiers, au sens de l'article 7, lettre f de la directive peut entrer en ligne de compte dans la mesure où cet intérêt prévaut l'intérêt ou les libertés et les droits fondamentaux de la personne concernée. Cela présuppose une pondération des droits et des intérêts en présence<sup>35</sup>. Face à une demande d'effacement ou à l'exercice du droit d'opposition, cette pondération permet de tenir compte de la situation concrète de la personne concernée et en cas où le responsable de traitement ne donne pas suite, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle ou l'autorité judiciaire.

Dans sa pondération, la Cour constate qu' « un traitement de données à caractère personnel, tel que celui en cause au principal, réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi établir un profil plus ou moins détaillé de

---

<sup>32</sup> Considérants 70 et 75

<sup>33</sup> Considérant 84

<sup>34</sup> Considérant 72

<sup>35</sup> Considérant 74



celle-ci. En outre, l'effet de l'ingérence dans lesdits droits de la personne concernée se trouve démultiplié en raison du rôle important que jouent Internet et les moteurs de recherche dans la société moderne, lesquels confèrent aux informations contenues dans une telle liste de résultats un caractère ubiquitaire. »<sup>36</sup>. La Cour conclue qu'au vu de la gravité potentielle de cette ingérence, elle ne peut pas être justifiée par le seul intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche. Par contre, la Cour admet que la « suppression des liens de la liste de résultats pourrait, en fonction de l'information en cause, avoir des répercussions sur l'intérêt légitime des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à celle-ci. »<sup>37</sup> Là encore, il convient de pondérer les intérêts des utilisateurs et les droits de la personne concernée. Pour ce faire, il faudra tenir compte de la nature de l'information en question et de sa sensibilité pour la vie privée de la personne concernée, ainsi que de l'intérêt du public à disposer de cette information. Cet intérêt peut évoluer, notamment en fonction du rôle joué par la personne dans la vie publique<sup>38</sup>. Dans cette pondération, les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme pour mettre en balance le droit à liberté d'expression et celui au respect de la vie privée me paraisse pouvoir également être pris en considération en fonction des circonstances du cas à apprécier. Il s'agit en particulier de « la contribution à un débat d'intérêt général, de la notoriété de la personne visée, de l'objet du reportage, du comportement antérieur de la personne concernée, du mode d'obtention des informations et leur véracité, le contenu, la forme et les répercussions de la publication et les circonstances de la prise des photos, ainsi que la gravité des sanctions imposées. »<sup>39</sup>

La Cour relève également que la pondération des intérêts en cause peut diverger selon que le traitement est effectué par l'exploitant du moteur de recherche ou qu'il est le fait de l'éditeur des pages webs, car les intérêts légitimes et l'intensité de l'ingérence peuvent être différents<sup>40</sup>. Cela amène la cour à conclure que lorsque les

---

<sup>36</sup> Considérant 80 et jurisprudence citée

<sup>37</sup> Considérant 81

<sup>38</sup> Considérant 81

<sup>39</sup> Arrêt du 12 juin 2014 dans l'Affaire Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France, considérant 50 et jurisprudence citée.

<sup>40</sup> Considérants 86s.



conditions régissant le droit à l'effacement ou à l'opposition au traitement sont remplies, « l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite. »<sup>41</sup>

La Cour rappelle que l'effacement est justifié lorsque les données sont :

- Inexactes ou pas mises à jour
- Inadéquates, non pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement,
- Conservées pendant une durée excédant celle nécessaire, à moins que leur conservation s'impose à des fins historiques, statistiques ou scientifiques<sup>42</sup>

Dans le cas d'espèce au vu de la sensibilité des informations contenues dans les annonces pour la vie privée de la personne concernée et du fait que la publication initiale est ancienne, la Cour estime que la personne concernée justifie d'un droit à ce que ces informations ne soient plus liées à son nom au moyen d'une telle liste de résultats. Il n'existe apparemment également aucun intérêt prépondérant du public à avoir, dans le cadre de recherche à l'aide d'un moteur de recherche, accès à ces informations<sup>43</sup>. Tel ne serait pas le cas aux yeux de la Cour « s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question. »<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Considérant 88.

<sup>42</sup> Considérants 92ss

<sup>43</sup> Considérant 98.

<sup>44</sup> Considérant 99.



Contrairement à ce que d'aucuns craignent, cet arrêt ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et d'opinion, ni ne remet en cause l'accès à l'information à des fins historiques ou de recherches scientifiques. L'arrêt ne s'est en effet pas prononcé sur l'effacement des données à la source. Il concerne uniquement le déréférencement des données dans un moteur de recherche et fixe les critères à prendre en considération pour admettre une telle demande de déréférencement. Cela n'exclut pas que dans un autre cas l'intérêt du public au nom de la liberté d'expression ou d'opinion l'emporte. Il convient aussi de souligner que l'information d'origine ne relève pas de la liberté d'expression, car il s'agit d'une publication officielle en application de la loi faite dans un quotidien et non d'un article d'un organe de presse.

#### IV. Conclusion

Tant le droit matériel du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne que la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE reconnaissent, sans le qualifier explicitement de droit à l'oubli, un droit de toute personne à obtenir la rectification ou l'effacement des données qui la concerne, ainsi qu'un droit de s'opposer au traitement de ces données lorsque certaines conditions sont remplies. Ce droit à l'oubli n'est pas absolu et il doit être pondéré avec d'autres droits ou intérêts légitimes. Il revêt plusieurs aspects, à savoir le droit de ne pas être recherché par son nom, le droit de correction ou de suppression des données et le droit d'opposition. Il impose au responsable de traitement de veiller à l'exactitude des données, de ne traiter que les données nécessaires et de ne pas les conserver indéfiniment et de manière indéterminée sous une forme permettant d'identifier la personne concernée.

Avec l'apparition d'Internet et l'explosion du monde numérique et virtuel, dans lequel l'information circule et paraît vouloir demeurer à jamais, le respect du droit à l'oubli peut certes paraître illusoire et inapplicable. La puissance des moteurs de recherche permet en effet de retrouver rapidement et aisément des informations que l'on croyait perdues dans les méandres de la mémoire infinie de l'internet. Accepter cependant un tel constat et renoncer à un élément fondamental du droit à la protection des don-



nées, reviendrait dès lors à consacrer la fin du droit à la vie privée et au-delà à l'exercice d'autres droits et libertés fondamentales. « La disponibilité instantanée des données, conjuguée à leur conservation illimitée, rendent plus que jamais nécessaire l'instauration d'un droit à l'oubli numérique. »<sup>45</sup> L'une des forces de l'arrêt de la CJUE est de rappeler que les principes fondamentaux de la protection des données sont applicables quel que soit l'environnement dans lequel s'opère le traitement des données personnelles. Il n'y a pas et il ne doit pas y avoir de zone de non droit que ce soit dans le monde réel ou dans le monde virtuel, si tant est que la distinction soit encore possible. Ainsi, « le droit à l'oubli est évoqué principalement, s'agissant d'Internet, comme un droit à ce que les éléments relatifs au passé d'une personne qu'ils soient exacts, inexacts ou devenus obsolètes puissent être retirés des contenus en ligne, ou rendus difficilement accessibles, afin de pouvoir sortir de la mémoire collective et tomber dans l'oubli. »<sup>46</sup> « Améliorer la mémoire a des avantages, mais pose problème. Si nous, nous oublions ce que nous avons pensé, dit ou fait dans notre passé mais que d'autres, comme Google, ne l'oublient pas, alors Google a un pouvoir sur nous. Il vous connaît mieux que vous-même. Le pouvoir de l'information, comme n'importe quel autre pouvoir, sera exercé. »<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Alain Bensoussan, Le droit à l'oubli, un droit de l'homme numérique, 21.07.2014, <http://blog.lefigaro.fr/bensoussan/2014/07/le-droit-a-loubli-un-droit-de-lhomme-numerique>

<sup>46</sup> Jean-Christophe Duton, Virgine Becht, Le droit à l'oubli numérique : un vide juridique ?, Journal du Net, 24.02.2010, <http://www.journaldunet.com>

<sup>47</sup> Viktor Mayer-Schönberger, dans Libération du 12 novembre 2009.