



**HAL**  
open science

## Protection des données personnelles: les difficultés de la mise en oeuvre du droit européen au déréférencement

Olivia Tambou

### ► To cite this version:

Olivia Tambou. Protection des données personnelles: les difficultés de la mise en oeuvre du droit européen au déréférencement. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2016, 2016 (2). hal-01408535

**HAL Id: hal-01408535**

**<https://hal.science/hal-01408535>**

Submitted on 5 May 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## ARTICLE

*La mise en œuvre du droit au déréférencement illustre les enjeux du pluralisme juridique à l'ère numérique. D'une part, l'affaire Google Spain s'inscrit dans une tendance actuelle de revendications d'extraterritorialité juridictionnelle et normative. D'autre part, la mise en œuvre du droit au déréférencement témoigne à quel point les États ne détiennent plus le monopole de la production du droit. La corégulation actuelle du droit au déréférencement entre Google et les autorités de protection des données nationales n'apparaît pas pleinement satisfaisante. L'absence de consensus sur l'étendue mondiale ou européenne du droit au déréférencement, l'impossibilité d'appliquer uniformément une balance d'intérêts, notamment entre le droit au respect de la vie privée et de la protection des données et l'intérêt du public à être informé, rendent souhaitable la création d'un cadre de traitement plus transparent et pluraliste.*

# Protection des données personnelles : les difficultés de la mise en œuvre du droit européen au déréférencement

249

**Olivia Tambou**  
Maître de conférences à l'Université Paris-Dauphine,  
PSL Research University,  
olivia.tambou@dauphine.fr

## Introduction

Le numérique apporte chaque année son lot de créations de vocabulaire. Depuis l'arrêt *Google Spain c/ Costeja*<sup>1</sup>, le terme de déréférencement (« de-listing » en anglais) a vu le jour pour qualifier un nouveau droit. Il s'agit de demander à un moteur de recherche de supprimer des liens comportant son nom pour accéder à une page dans laquelle des données personnelles sont révélées. Les contours de ce nouveau droit sont ambigus. Le droit au déréférencement est très proche d'autres droits plus anciens, tels que le droit à l'effacement, le droit d'opposition, le droit à l'oubli.

Le droit au déréférencement est une forme particulière de droit d'opposition qui s'exerce auprès d'un moteur de recherche et non pas auprès de l'éditeur du site internet divulguant les données personnelles. La consécration d'un tel droit a été nécessaire pour couvrir l'hypothèse où la divulgation des données personnelles correspond en réalité à une obligation légale licite. L'émergence d'un droit au déréférencement est une conséquence collatérale de la numérisation des journaux et en particulier des journaux officiels. Le droit au déréférencement ne correspond pas complètement à un véritable droit à l'oubli<sup>2</sup>. Ce dernier concept plus large laisse entendre qu'une donnée doit nécessairement avoir une durée de vie limitée afin de rendre supportable la vie en société. Le concept juridique tel que la prescription repose depuis longtemps sur cette idée. La notion de droit à

l'oubli a néanmoins pris une autre dimension à l'ère digitale où personne n'a envie de se voir rappeler perpétuellement les erreurs de son passé facilement trouvable sur internet. Le droit au déréférencement peut ainsi se définir comme une composante d'un droit à l'oubli numérique<sup>3</sup>. Il implique l'effacement de liens comportant des données personnelles dès lors que ceux-ci portent atteinte au droit fondamental de la protection des données à caractère personnel.

D'origine jurisprudentielle, le droit au déréférencement n'apparaît pas de façon explicite dans le règlement général de la protection des données (ci-après « RGPD »)<sup>4</sup>. L'article 17 est désormais intitulé « Droit à l'effacement (\"droit à l'oubli\") ». Cette approche atteste de la volonté du législateur de rattacher le droit au déréférencement à une forme de droit à l'oubli numérique. La formulation choisie permet de distinguer deux composantes dans le droit au déréférencement. D'une part, il s'agit d'un droit-procédure permettant d'obtenir la suppression des liens comportant des données à caractère personnel auprès d'un responsable de traitement. D'autre part, l'article 17.2 *bis* impose aux responsables de traitement ayant rendu publiques les données à caractère personnel de prendre « des mesures raisonnables [...] permettant d'informer les responsables du traitement qui traitent des données en question que la personne concernée ait demandé l'effacement par ces responsables de traitement de tout lien vers ses données à caractère personnel ou toute copie ou

- (1) CJUE 13 mai 2014, aff. 131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Mario Costeja González e.a.*, ECLI:EU:C:2014:317.
- (2) Pour une analyse pluridisciplinaire du droit à l'oubli en France, cf. M. Boizard, *Le droit à l'oubli, recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*, févr. 2015, accessible sur [www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/le-droit-loubli-2/](http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/le-droit-loubli-2/). Pour une analyse du droit à l'oubli en Espagne et dans certains autres pays européens, cf. A. Rallo, *El derecho al olvido en Internet Google versus España*, Cuadernos y Debates, centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2014.
- (3) Pour sortir de cette ambiguïté sémantique, certains auteurs anglo-saxons ont recours au terme de « Right of Relevancy » (droit à la pertinence) ou « Right to preserve Obscurity », cf. J. Brill, *Privacy in the Age of Omniscience Approaches in the United States and Europe*, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/581751/140911mentorgroup.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/581751/140911mentorgroup.pdf). Cf. égal. R. Pazos, *El mal llamado « derecho al olvido » en la era de Internet (The Misnamed « Right to be Forgotten » in the Internet Era)* (November 10, 2015). Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX, n° 2183, noviembre de 2015. Available at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2689967>, qui parle de droit à l'obscurité digitale « derecho a la obscuridad digital ».
- (4) Règl. (UE) 2016/679 du 27 avr. 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/49, JOUE L 119, p. 1-88.

reproduction de celle-ci ». Autrement dit, un responsable de traitement tel que Google devra aussi contacter l'éditeur du site web original pour l'informer du déréférencement. L'éditeur dispose ainsi d'un droit d'information, mais pas d'une obligation de déréférencement.

Le RGPD n'aborde pas véritablement la manière dont ce droit au déréférencement doit être mis en œuvre. Il laisse cela aux mains des autorités de protection des données tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle européenne. Si cette approche est judicieuse, la mise en œuvre du droit au déréférencement est loin d'être évidente.

Un an après l'arrêt *Google Spain c/ Costeja*, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a mis en demeure le moteur de recherche Google de procéder aux déréférencements de liens portant atteinte à la protection des données personnelles sur la totalité de ses déclinaisons nationales (« google.com », .fr, .ca, etc.)<sup>5</sup>. Le 30 juillet 2015, la société californienne a fait part de son désaccord<sup>6</sup> en contestant publiquement la légitimité de la position de la CNIL. Face à cette revendication d'un droit au déréférencement mondial, Google a tranché pour la mise en œuvre d'un droit au déréférencement purement européen. Fidèle à sa posi-

tion, la société californienne a récemment décidé unilatéralement de bloquer l'accès des Européens aux autres déclinaisons nationales mondiales de son moteur de recherche afin qu'ils ne puissent pas utiliser cette voie pour retrouver les URLs (*Uniform Resource Locator*) européennes déréférencées<sup>7</sup>. Cette avancée n'a pas été jugée suffisante par la CNIL qui vient de sanctionner Google à 100000 euros d'amende<sup>8</sup>.

Google a désormais saisi le Conseil d'État pour trancher son différend avec la CNIL.

Deux ans après sa consécration par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le droit au déréférencement continu d'alimenter les controverses. Aussi est-il nécessaire au préalable de revenir sur cette affaire. Un citoyen espagnol souhaitait que Google retire des liens hypertextes menant à une page d'un journal comportant une annonce légale relatant le non-paiement d'une ancienne dette de sécurité sociale, lorsque son nom était tapé dans le moteur de recherche. Cette information portait atteinte à sa réputation et constituait une violation de son droit à la protection de ses données personnelles.

L'apport de cet arrêt très largement commenté<sup>9</sup> est triple.

- (5) Décis. n° 2015-047 du 21 mai 2015 mettant en demeure la Sté Google Inc. [www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/deliberations/Bureau/D2015-047\\_MED\\_GOOGLE\\_INC.pdf](http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/deliberations/Bureau/D2015-047_MED_GOOGLE_INC.pdf), consulté le 3 sept. 2015.
- (6) P. Fleischer, *Implementing a European, not a global right to be forgotten*, 30 juill. 2015, <http://googlepolicyeuropa.blogspot.co.uk/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>, consulté le 3 sept. 2015.
- (7) Cf. [www.lemonde.fr/pixels/article/2016/01/26/google-va-modifier-la-facon-dont-il-applique-le-droit-a-l-oubli\\_4854185\\_4408996.html](http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/01/26/google-va-modifier-la-facon-dont-il-applique-le-droit-a-l-oubli_4854185_4408996.html) ; <http://googlepolicyeuropa.blogspot.fr/2016/03/adapting-our-approach-to-european-right.html>.
- (8) Cf. <https://www.cnil.fr/fr/droit-au-dereferencement-la-formation-restreinte-de-la-cnil-prononce-une-sanction-de-100000-eu>.
- (9) V. É. Cruysmans et A. Strowel, *Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données « inadéquates, non pertinentes ou excessives »*, *Journ. tribunaux* 2014, p. 457-459 ; C. Castets-Renard, *Google et l'obligation de déréférencer les liens vers les données personnelles ou comment se faire oublier du monde numérique*, *RLDI* 2014. 68-75 ; E. Kelsey, *Case Analysis Google Spain SL and Google Inc. v. AEPD and Mario Costeja González - Protection of personal data, freedom of information and the « right to be forgotten »*, *European Human Rights Law Review* 2014, p. 395-400 ; J. Clainche, *CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel*, *RLDI* 2014. 92-103 ; A. Casanova, *La consécration d'un droit à l'oubli... principalement pour les anonymes*, *RLDI* 2014. 87-92 ; J.-F. Henrotte, *Arrêt Google Spain, la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli*, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2014, p. 1183-1191 ; P. Van den Bulck, *Arrêt Google Spain, l'étendue du droit à l'oubli*, *JDE* 2014. 289-290 ; J. Steven, *The Right to Privacy Catches Up with Search Engines : The Unforgettable Decision in Google Spain v. AEPD Computer and Telecommunications*, *Law Review* 2014, p. 130-133 ; B. Hardy, *Application dans l'espace de la directive 95/46/CE : la géographie du droit à l'oubli*, *RTD eur.* 2014. 879 ; D. Forest, *Google et le « droit à l'oubli numérique » : genèse et anatomie d'une chimère juridique*, *RLDI* 2014. 76-86.

Premièrement, la CJUE a clarifié le statut des moteurs de recherche. Elle a affirmé que les moteurs de recherche sont des responsables de traitement de données personnelles dans la mesure où ils collectent des données personnelles, les enregistrent et les organisent. Cette activité repose sur des choix qui ne sont pas neutres même si ceux-ci sont souvent le fait d'algorithmes ou de robots<sup>10</sup>.

Les données personnelles<sup>11</sup> sont des informations qui permettent l'identification d'une personne physique (nom, images, numéro de sécurité sociale, données biométriques, etc.). « Googler », c'est-à-dire taper un nom dans un moteur de recherche, et retrouver ainsi tous les liens vers des pages web comportant des informations relatives à ce nom, implique indéniablement que le moteur de recherche a opéré un traitement de données personnelles. Les moteurs de recherche ne peuvent donc pas être qualifiés d'intermédiaires techniques au regard du traitement des données personnelles qu'ils réalisent. Ils sont pleinement responsables des traitements de ces données personnelles<sup>12</sup>.

Deuxièmement, la Cour a précisé le champ d'application territorial de la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel (ci-après « directive 95/46 »)<sup>13</sup>. Elle a jugé que les activités de régie publicitaire de la société Google Spain étaient indissociables de celles du moteur de recherche Google Search exploité par la société mère Google Inc. dont le siège est en Californie. Le traitement des données personnelles réalisé par le moteur de recherche Google Search est effectué « dans le cadre des activités » de l'établissement Google Spain au sens de l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46. Ces traitements de données personnelles, même techniquement accomplis hors du territoire de l'Union européenne, doivent respecter ladite directive. La solution de la Cour est fondée sur le modèle économique des moteurs de recherche qui repose sur la gratuité d'un service de fourniture d'information financé par la publicité par mots-clés. Elle s'applique à d'autres acteurs numériques qui s'appuient sur le même modèle économique, comme les réseaux sociaux<sup>14</sup>.

- (10) Cette position est proche de celle émise récemment par un juge new-yorkais qui a considéré que le moteur de recherche chinois Baidu agissait comme un éditeur d'informations, ce qui lui laissait la possibilité d'opérer des choix idéologiques dans la manière de mener son activité sur le fondement de la liberté d'expression (Premier amendement de la Constitution américaine). Cf. Zhang v. BAIDU. COM INC., Dist. Court, SD New York 2014, cf. L. Goyal, Freedom of speech gives Baidu right to censorship, judge rules, 15 avr. 2014, <http://blogs.reuters.com/allison-frankel/files/2014/03/zhangvbaidu-opinion.pdf>, qui évoque également un précédent dans l'affaire Search King v. Google, 2003. À la différence de la CJUE, les juges américains se fondent sur l'absence de neutralité des moteurs de recherche pour les exonérer de retirer des liens ou des contenus. Sur toute cette question, cf. A. Callamard, Are courts re-inventing Internet Regulation ?, Discussion Paper May 2015, <https://sipa.columbia.edu/system/files/Callamard%20Are%20Courts%20re-inventing%20Internet%20regulation%20May%202015.pdf>.
- (11) La notion de données personnelles a été utilisée pour la première fois en 1980 dans le cadre des Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel. Cette notion a ensuite été introduite en droit européen par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 oct. 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. En France, cette notion de données personnelles a été explicitement introduite par la L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; la L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, elle, n'évoquait que la notion de données nominatives. Pour une approche récente et complète de la notion de données personnelles, cf. J. Eynard, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace*, Michalon, 2013.
- (12) Pour une analyse du droit au déréférencement autour de la théorie du risque créé par l'amplification des résultats et l'élaboration de profils par les moteurs de recherche, responsabilité spéciale distincte de la responsabilité des intermédiaires techniques et ainsi autonomes de la responsabilité des éditeurs de contenus, cf. J.-M. Bruguière, Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement (Retour sur l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014), *Responsabilité civile et assurances*, mai 2015, p. 15.
- (13) Dir. 95/46/CE 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, JOCE n° L 281, p. 31. Suite à l'arrêt *Google Spain*, le groupe de l'art. 29 (G29) qui réunit l'ensemble des autorités nationales de protection des données a mis à jour son avis sur le droit applicable, cf. Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in *Google Spain*, adopté le 16 déc. 2015, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp179\\_en\\_update.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp179_en_update.pdf), consulté le 8 mars 2016.

Troisièmement, la Cour a considéré que lorsqu'un référencement constituait une violation de la protection des données personnelles d'un individu, le moteur de recherche avait l'obligation de supprimer ces listes de résultats permettant de relier le nom d'une personne à des pages web, elles-mêmes porteuses d'une violation des données personnelles de l'individu.

La CJUE a ainsi consacré un droit au déréférencement qui permet à la victime de se tourner directement vers le moteur de recherche afin d'obtenir la suppression de l'accès à l'information révélant ses données personnelles. L'information demeure en ligne, mais elle sera plus difficilement trouvable du fait de la disparition des liens dans le moteur de recherche.

Selon ses détracteurs, le droit au déréférencement est un vain bouclier pour protéger notre défunte vie privée mise à mal par les trois « Big » : Big Data<sup>15</sup>, Big

Brother<sup>16</sup>, voire Big Other<sup>17</sup>. Son absence d'effectivité tout autant que son absence de caractère opérationnel sont décriées<sup>18</sup>. L'impact néfaste de ce droit au regard de nos principes démocratiques, notamment la liberté d'expression et d'information, est aussi au cœur des attaques. Enfin, de nombreux commentateurs critiquent le fait que la balance entre l'intérêt du public pour une information et le respect de la protection des données soit confiée à une entreprise privée.

Pourtant, les statistiques relatives à la mise en œuvre du droit au déréférencement livrent plusieurs enseignements. Premièrement, le nombre important de demandes de déréférencement confirme que ce droit répond à un véritable besoin social<sup>19</sup>. Les requêtes sont originaires de l'ensemble des pays de l'Espace économique européen. La France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Espagne et l'Italie arrivent néanmoins en tête des

- (14) Cf. CJUE 6 oct. 2015, aff. C-362/14, *Schrems*, concernant Facebook. Plusieurs autorités nationales de protection des données se sont déclarées compétentes pour imposer le respect de leur droit national à Facebook Inc., cf. *Recomm.* n° 04/2015 du 13 mai 2015, spéc. p. 13, de la Commission de la protection de la vie privée belge. Cf. CNIL, Décis. n° 2016-007 du 26 janv. mettant en demeure les Stés Facebook Inc. et Facebook Ireland, et not. notre tribune, La CNIL donne une leçon de droit européen à notre ami américain Facebook, *Dalloz actualité*, Le droit en débats, 23 févr. 2016. En outre, la clause prévue dans les conditions générales de la société Facebook selon laquelle seules les juridictions californiennes sont compétentes en cas de conflits avec un utilisateur européen a été déclarée abusive, cf. TGI Paris, ord., 5 mars 2015, n° 12/12401, X. cf. *Sté Facebook Inc*, comm. G. Loiseau ; Facebook, la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes est abusive, *Communication Commerce électronique* n° 6, juin 2015, comm. 51. La cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement, cf. Paris, 12 févr. 2016. Sur la question de l'application du droit au déréférencement, voire plus globalement d'un droit à l'oubli aux réseaux sociaux et not. Facebook, cf. M. Boizard, Facebook forever, les réseaux sociaux peuvent-ils être contraints de nous oublier, *Communication Commerce électronique*, avr. 2015. Étude 7, ou encore A. Giurgiu, Challenges of Regulating a Right to Be Forgotten with a particular reference to Facebook, *Masaryk University Journal of Law and Technology* 2013, p. 361, [http://www.doctorate-posdru.ulbsibiu.ro/media/phd/file\\_31b\\_bdi\\_journal\\_full\\_article\\_000317.pdf](http://www.doctorate-posdru.ulbsibiu.ro/media/phd/file_31b_bdi_journal_full_article_000317.pdf).
- (15) La notion de Big Data renvoie à la collecte de données massives grâce à l'usage d'algorithmes informatiques. Le Big Data manque ainsi une rupture avec le passé en raison de ce que certains appellent les 3 Vs : le Volume des données traitées, la Variété des données traitées et la Vitesse à laquelle ces données peuvent être désormais traitées. Pour un aperçu des enjeux du Big Data au regard de la vie privée, v. I. S. Rubinstein, *Big Data The End of Privacy or a New Beginning International Data Privacy Law Advance Access*, janv. 2013, p. 1-14.
- (16) L'expression « Big Brother » issue d'un personnage de fiction du roman 1984 de Georges Orwell est utilisée ici dans son sens commun pour qualifier les intrusions ou pratiques portant atteintes aux libertés fondamentales, en priorité à la vie privée du fait de l'État ou d'administration. Elle renvoie au concept de cybersurveillance massive pour des raisons d'ordre public et en particulier suite aux scandales autour de l'affaire *Snowden et Prism*. Sur ces questions, v. M. Milanovic, *Human Rights and Foreign Surveillance Privacy in Digital Age*, *Harvard International Law Journal* 2015, p. 81-146.
- (17) Cette notion est apparue plus récemment dans la doctrine afin de dépasser l'approche souvent trop technologique de la notion de Big Data pour faire émerger l'idée que nous vivons dans un monde du capitalisme de surveillance dans lequel la collecte massive des données sur les autres par un organisme intelligent qu'elle appelle Big Other aboutit à exiler les personnes de leurs propres comportements afin de créer de nouveaux marchés reposant sur des prédictions et des modifications comportementales. V. Shoshana Zuboff, *Big Other surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, *Journal of Information Technology* 2015, p. 75-89.
- (18) Pour un aperçu de ce type de critiques, cf. EU Data Protection law, « a right to be forgotten », 2<sup>nd</sup> Report of the Session 2014-5 of the European Union Committee of the House of Lords, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/lducom/40/40.pdf>, consulté le 8 août 2015.
- (19) Pour voir les statistiques données par Google, cf. [www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/](http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/).

pays dans lesquels les demandes ont été les plus importantes. Deuxièmement, le nombre important de déréférencements opérés par Google atteste que ce droit répond aussi à un besoin juridique et permet de rendre plus effective la protection des données personnelles. 58,6 % des demandes ont donné lieu à un déréférencement. Troisièmement, le nombre de cas dans lesquels Google et les autorités nationales de protection des données personnelles auraient été en désaccord semble relativement limité<sup>20</sup>.

De là à dire, tel Shakespeare, « beaucoup de bruit pour rien », il n'y a qu'un pas que nous ne franchirons pas. La récente saisine du Conseil d'État illustre bien que la mise en œuvre du droit au déréférencement n'est pas un long fleuve tranquille.

L'objet de cet article est d'analyser ces difficultés attendues à travers le prisme du pluralisme juridique.

Selon Jean-Guy Belley, la notion de pluralisme juridique en droit décrit « la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »<sup>21</sup>. Grâce à internet, les individus appartenant à des systèmes juridiques différents sont interconnectés. Dans ce contexte de la Globalisation 3.0 décrit par Friedman<sup>22</sup>, les conflits de lois, le chevauchement des compétences sont inévitables.

La théorie du pluralisme juridique sert à mieux comprendre pourquoi les acteurs peinent à définir le champ d'application de ce droit au déréférencement, tant du

point de vue géographique que matériel (I). L'idée même du pluralisme repose, en effet, sur des revendications normatives plurielles, chaque acteur proposant des points de vue alternatifs qui ne pourront acquérir une valeur normative dans les autres ordres juridiques, que si les valeurs qu'ils portent sont acceptées comme étant légitimes.

La théorie du pluralisme part du postulat que les États ne détiennent pas le monopole de la production du droit. Cela permet d'intégrer des acteurs non étatiques comme créateurs légitimes de normes. Analysé sous cet angle, le conflit opposant la CNIL à l'entreprise Google prend un autre sens. Il pose la question fondamentale de la reconnaissance des entreprises en tant que productrices de droit. Il est aussi possible de s'interroger sur la normativité d'une décision prise par une autorité nationale de protection des données ainsi que, plus globalement, sur la participation des acteurs de la régulation à l'interprétation d'une règle de droit. En effet, l'arrêt *Google Spain* a pu fort poétiquement être comparé à une « cathédrale du Moyen Âge »<sup>23</sup>, c'est-à-dire à un édifice partiellement construit laissant à d'autres acteurs le soin de l'interpréter, de l'exécuter au cas par cas.

Plus prosaïquement, le pluralisme juridique invite à dépasser la question de la validité des normes, pour se poser celle de leur effectivité. À quoi sert-il d'élaborer des règles de droit fortement protectrices si, du fait du pluralisme juridique, elles ne sont pas effectives, car non

(20) En juin 2015, il a pu être évalué à 2000 le nombre de plaintes déposées auprès des autorités nationales de protection des données dans l'UE. En 2015, la CNIL a reçu 450 plaintes de personnes physiques qui s'étaient vus opposer un refus à la suite d'une demande de déréférencement auprès d'un moteur de recherche. La CNIL est intervenue auprès des moteurs de recherche pour leur demander un déréférencement dans 30 % des dossiers traités. Elle a reçu de leur part 76 % de réponses favorables. Pour une étude de la mise en œuvre du droit au déréférencement en Espagne, cf. M. Peguera, In the Aftermath of Google Spain. How the « Right to Be Forgotten » is Being Shaped in Spain by Courts and the Data Protection Authority (July 1, 2015), *International Journal of Law and Information Technology* 2015, available at SSRN, <http://ssrn.com/abstract=2669081>.

(21) J.-G. Belley, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la théorie et de la sociologie du droit*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993.

(22) T. L. Friedman, *The world is flat 3.0 a Brief History of the twenty-first Century*, Paperback 2007.

(23) C. Kuner, The Court of Justice of the EU Judgment on Data protection and Internet Search Engines, LSE Law, Society and Economy Working Paper 2015, p. 20, <http://ssrn.com/abstract=2496060>, consulté le 3 sept. 2015.

reconnues par les autres acteurs producteurs de normes sociales ou juridiques ?

Cette question permet de transiter vers une approche plus normative, celle de la gouvernance de ce pluralisme juridique. Certains auteurs ont revendiqué l'idée d'un « pluralisme ordonné », tantôt pour avancer l'idée d'un rapprochement des droits<sup>24</sup>, tantôt pour asseoir de manière

prescriptive le pouvoir des juges comme ultimes pacificateurs des conflits susceptibles d'intervenir entre les ordres juridiques<sup>25</sup>.

L'analyse du droit au déréférencement nous invite à choisir une voie intermédiaire, celle de la nécessité d'élaborer un nouveau cadre pour la mise en œuvre du droit au déréférencement (III).

## I - La difficile délimitation du champ d'application du droit au déréférencement

L'objet de cette partie est de démontrer l'absence de consensus autour du champ d'application, tant géographique (A) que matériel (B), du droit au déréférencement.

### A - L'absence de consensus sur l'étendue du champ d'application géographique

Il serait réducteur de lire le conflit opposant la CNIL à Google comme étant représentatif de la confrontation claire entre deux blocs, l'un européen et l'autre américain. Le premier revendiquerait une application mondiale du droit au déréférencement. Le second tolérerait une application purement européenne du droit à l'oubli. Une analyse un peu plus poussée atteste qu'il n'y a ni consensus pour un droit au déréférencement global, ni consensus pour un droit au déréférencement européen.

#### 1 - L'absence de consensus pour un droit au déréférencement global

Cette absence de consensus prend deux formes. D'une part, il n'y a pas de

consensus européen pour un droit au déréférencement global. D'autre part, plusieurs éléments mettent à mal l'impression de consensus américain contre un droit au déréférencement.

##### a - L'absence de consensus européen sur un droit au déréférencement global

Dans sa lettre de mise en demeure, la CNIL évoque deux arguments pour revendiquer la mise en œuvre d'un droit au déréférencement global. Premièrement, elle se fonde sur le droit en vigueur, en particulier la directive 95/46 transposée dans les articles 38 et 40 de la loi du 6 janvier 1978, consacré au droit d'opposition et au droit de suppression des données. Si elle cite dans ce contexte l'arrêt *Google Spain*, c'est pour rappeler l'insistance de la CJUE à mettre en œuvre une protection effective des données personnelles qui ne puisse être contournée pour des raisons de champ d'application territorial. Mais la CJUE s'était simplement appuyée sur l'article 4 de la directive pour en déduire l'application du droit européen de la protection des données personnelles au moteur de recherche traité par Google Inc., parce que rentrant dans le cadre des activités de Google Spain. De son côté, la CNIL en déduit un

(24) M. Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; *Les forces imaginantes du droit* (II), Seuil, 2006.

(25) P. Brunet, L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010, p. 195-213.



fondement juridique supplémentaire pour revendiquer un déréférencement mondial. Autrement dit, l'unité juridique de Google imposerait un traitement uniforme des données et un déréférencement unique global. Dans l'esprit de la CNIL, la mise en œuvre du déréférencement ne devrait donc pas dépendre d'un choix d'organisation interne de Google qui a été mis en place en 1997 et qui consiste à se déclinier par noms de domaines nationaux (« google.fr » en 2000, « google.uk », etc., et non plus uniquement « google.com »).

Cette interprétation du droit repose sur une lecture créative de l'arrêt de la CJUE, mais en aucun cas sur une position clairement établie par le juge. En effet, comme d'autres auteurs<sup>26</sup> ont su le remarquer, la CJUE s'était abstenue de prendre position sur l'étendue du champ d'application territorial du droit au déréférencement.

L'absence de position claire de la CJUE explique sans doute que cette question ait été au cœur de stratégies normatives, d'une part, des autorités nationales de protection des données personnelles et, d'autre part, de Google, à travers la mise en place de son comité officiellement chargé de l'aider à dresser des lignes directrices pour la mise en œuvre du droit au déréférencement.

Ainsi, tout naturellement, les lignes directrices sur la mise en œuvre de l'arrêt *Google Spain* (ci-après « lignes directrices ») adoptées par les autorités nationales de protection des données au

sein du groupe de travail dit « de l'article 29 » (ci-après « G29 ») constituent le second argument invoqué par la CNIL dans sa décision de mise en demeure<sup>27</sup>. Pourtant, là encore, la lecture attentive de ce texte laisse planer quelques ambiguïtés. Il est précisé « limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient means to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including.com »<sup>28</sup>.

La phrase finale pourrait être interprétée comme ouvrant la voie à une application relative à l'ensemble des domaines nationaux pertinents incluant le « .com ». Autrement dit, « google.com » étant le site originel et facilement accessible, car en langue anglaise, pourrait en plus des domaines nationaux être systématiquement compris dans le champ d'application territorial pour garantir son effectivité, sans pour autant impliquer un droit au déréférencement global.

Cette lecture laisse apparaître que d'autres voies pouvaient être empruntées pour respecter l'arrêt de la CJUE qui impose uniquement une protection effective du droit au déréférencement. La détermination exacte du champ d'application géographique du droit au déréférencement pourrait d'ailleurs faire l'objet d'une future question préjudicielle devant la CJUE.

- (26) En ce sens, cf. C. Kuner, article préc., p. 11 ; B. Van Alsenoy et M. Koekoek, The extra-territorial reach of the EU's « right to be forgotten », ICRI Working Paper January 2015, p. 15 ; D. J. B. Svantesson, The Google Spain case part of a harmful trend of jurisdictional overreach, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper 2015, <http://ssrn.com/abstract=2625908>, consulté le 3 sept. 2015, spéc. p. 7.
- (27) Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on « Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez » C-131/12, 26 nov. 2014, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf), consulté le 3 sept. 2015.
- (28) P. 3 et p. 9, il est rappelé que « Although concrete solutions may vary depending on the internal organization and structure of search engines, de-listing decisions must be implemented in a way that guarantees the effective and complete protection of these rights and that EU law cannot be easily circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient means to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the judgment. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including.com ».

L'étendue géographique du droit au déréférencement est susceptible d'être délimitée selon plusieurs critères. Des critères objectifs reposant sur la technologie, tels que les noms de domaines du moteur de recherche (« google.fr », « google.uk », etc.), mais aussi le lieu géographique à partir duquel a été émise la recherche. Il existe en effet des techniques, dites « de géoblocages », qui permettent de limiter l'accès à certaines pages web en fonction du lieu où la requête est faite. Ainsi, certaines informations peuvent être rendues inaccessibles depuis la France alors qu'elles le seront depuis les USA. Cette technique est appliquée par Google depuis mars 2016<sup>(29)</sup>. Elle a néanmoins ses limites. Elle peut être contournée par certains logiciels assez simples à installer qui permettent de ne pas donner sa localisation réelle. La licéité de cette approche a été explicitement rejetée par la CNIL dans sa délibération précitée qui condamne la société Google à 100 000 euros d'amende<sup>(30)</sup>.

Des critères plus subjectifs pourraient s'appuyer sur une analyse plus fine de l'impact/intérêt géographique pour l'information que l'on s'apprête à déréférencer. Cette approche propose une mise en œuvre empirique reliant finalement le champ d'application territorial au champ d'application matériel. Cette démarche constitue l'un des arguments forts utilisés par les partisans d'une application nationale du droit au déréférencement, comme on le verra ultérieurement.

#### ***b - L'absence de consensus américain contre un droit au déréférencement global***

Au-delà des critiques réservées à l'arrêt *Google Spain*, la lecture de la doctrine

américaine permet de détecter deux tendances. D'une part, la revendication pour un droit au déréférencement applicable également sur le sol américain. D'autre part, une volonté de certains chercheurs de développer des analyses permettant de démontrer la possible coexistence entre un droit au déréférencement européen et le droit américain.

Dans une note du 7 juillet 2015, l'association Consumer Watchdog<sup>(31)</sup> a adressé formellement une plainte à la Federal Trade Commission contre Google du fait que le moteur de recherche ne permette pas à ses utilisateurs américains de déposer une demande de déréférencement au sens du droit existant dans l'Union européenne. L'association dénonce notamment l'absence d'équité. En effet, Google offre un droit au déréférencement aux Européens, tout en excluant cette possibilité pour les Américains. Cela paraît à l'association précitée d'autant plus inacceptable que, d'une part, Google est une entreprise américaine et que, d'autre part, l'expérimentation européenne atteste qu'un tel droit peut être mis en œuvre par la société sans que cela soit une charge trop lourde.

Il reste difficile d'estimer l'ampleur réelle de la revendication américaine pour un droit au déréférencement à l'aune des sondages qui sont très contradictoires. Certains estiment à neuf américains sur dix le nombre de partisans d'un droit au déréférencement<sup>(32)</sup>, alors que d'autres attestent que la question divise fortement les Américains, voire qu'une importante majorité est contre<sup>(33)</sup>.

La pression sociale exercée sur Google l'a néanmoins amenée à opérer d'elle-

(29) Cf. note 7 préc.

(30) Cf. note 8 préc.

(31) Consumer Watchdog, complaint regarding Google's Failure to offer « Right To Be Forgotten » in the US, 7 juill. 2015, [www.consumerwatchdog.org/resources/trftcrfbf070715.pdf](http://www.consumerwatchdog.org/resources/trftcrfbf070715.pdf), consulté le 21 août 2015.

(32) Cf. <https://www.epic.org/privacy/survey/>.

(33) Cf. encore récemment, le débat organisé par intelligence² Debates le 11 mars 2015 sur The U.S. Should Adopt the "Right to Be Forgotten" Online, avec comme partisan du droit à l'oubli P. Nemitz et le professeur E. Posner et les opposants au droit à l'oubli A. Mc Laughlin et le professeur J. Zitrain. Si les votes des internautes étaient à 50 % pour, 50 % contre, le vote de la salle après le débat est plutôt dans le sens d'une majorité de contre.

même le retrait de liens vers certains contenus à l'échelle mondiale, dans le cadre de sa politique de responsabilité sociétale. Cette possibilité avait été mise en place même avant l'affaire *Google Spain*<sup>34</sup>. Ainsi, parmi les informations personnelles susceptibles d'être supprimées, figurent notamment certains numéros d'identification<sup>35</sup>.

Le 19 juin 2015, la société californienne a également accepté de mettre en place un formulaire pour lutter contre la diffusion d'images ou de vidéos sexuelles à des fins de vengeance et sans autorisation des personnes concernées, ce que les Anglo-saxons appellent le « Revenge-porn »<sup>36</sup>. Cette politique de retrait de ce type de contenu ou de l'accès à ce type de contenu semble progressivement se généraliser à d'autres acteurs d'internet<sup>37</sup>.

Autrement dit, le débat sur le besoin social d'un droit au déréférencement n'est pas purement européen. La loi californienne, dite « Eraser Law »<sup>38</sup>, témoigne que même les législateurs ne sont pas restés hermétiques à ce besoin social. Entrée en vigueur en janvier 2015, cette loi fédérée impose aux opérateurs d'internet de permettre qu'une personne mineure puisse retirer des contenus qu'il aurait

mis sur un site. Ce droit se différencie du droit au déréférencement européen sur trois points. D'une part, il ne s'applique qu'aux mineurs californiens, c'est-à-dire aux personnes de moins de 18 ans. Il a donc, sous cet angle, un champ d'application personnel plus réduit. D'autre part, il concerne un ensemble d'opérateurs internet beaucoup plus vaste que les simples moteurs de recherche. Il suffit que ces opérateurs aient une activité dirigée vers un mineur, ou qu'ils aient connaissance que l'un de leurs utilisateurs soit un mineur. Il va donc bien au-delà des seuls moteurs de recherche pour englober des applications web, mobiles, des services en ligne, etc. Enfin, les effets de ce droit californien sont à la fois plus étendus et plus restreints. Il ne s'agit pas simplement de déréférencer, mais aussi de véritablement supprimer le contenu en cause. En revanche, cette possibilité n'est acquise que pour les contenus mis en ligne par l'utilisateur mineur et donc pas par des tiers.

Si le droit au déréférencement et le droit issu de cette californienne « Eraser Law » ne se recoupent pas en tout point, il faut aussi ajouter que la conformité de cette loi au droit constitutionnel fédéral américain<sup>39</sup>, voire son effectivité<sup>40</sup>, sont fortement mises en cause.

- (34) Il s'agit d'un argument fort utilisé par la Commission européenne dans un document intitulé *Myth-Busting the Court of Justice of the EU and the "Right to be Forgotten"*, spéc. p. 6, consulté le 21 août 2015, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_rtbtf\\_mythbusting\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_rtbtf_mythbusting_en.pdf).
- (35) Pour une analyse des informations dont Google accepte la suppression, cf. Allyson Haynes Stuart, *Google Search Results Buried If Not Forgotten*, *North Carolina Journal of Law and Technology*, 2014, p. 463, spéc. p. 468 s., p. 493 s., <http://ncjolt.org/wp-content/uploads/2014/04/Stuart-Final.pdf>, consulté le 24 août 2015.
- (36) Cf. Amit Singhal, « Revenge Porn » and Search, 19 juin 2015, <http://googlepublicpolicy.blogspot.fr/2015/06/revenge-porn-and-search.html>, consulté le 21 août 2015.
- (37) Twitter, Reddit et Microsoft ont également pris des mesures contre le développement de ce phénomène. Cf. P. Guerrier, *Revenge Porn : les groupes Internet américains se mobilisent*, *itespresso*, 23 juill. 2015, [www.itespresso.fr/revenge-porn-groupes-internet-americains-mobilisent-103425.html](http://www.itespresso.fr/revenge-porn-groupes-internet-americains-mobilisent-103425.html), consulté le 21 août 2015.
- (38) Cf. Article 22581 du Senate Bill n° 568 Business and professions Code appelé aussi « Privacy Rights for Minors in the Digital World », [https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=2013201405B568](https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=2013201405B568), consulté le 21 août 2015.
- (39) Pour certains auteurs, cette loi fédérée est contraire au Premier amendement, c'est-à-dire la liberté d'expression : cf. Prof. E. Goldman, *California's New « Online Eraser » Law Should Be Erased*, 24 sept. 2013, [www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/09/24/californias-new-online-eraser-law-should-be-erased/#477fe36c399d](http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/09/24/californias-new-online-eraser-law-should-be-erased/#477fe36c399d), consulté le 19 août 2015 ; S. J. Astringer, *The endless bumper California's latest attempt to protect children online is far out (side) effective*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, p. 271, spéc. p. 291. D'autres mettent en avant son absence de conformité aux règles relatives à la répartition des compétences entre les États fédérés et l'État fédéral, cf. S. J. Astringer, *article préc.*, James Lee, *SB 568 Does California's Online Eraser Button Protect the Privacy of Minors* *University of California Davis Law Review* 2015, p. 1173, spéc. p. 1193. Certains militent pour l'abrogation pure et simple de cette loi californienne, cf. T. Christensen and C. Marler, *Social Media Mistakes and the California Eraser Bill*, *BYU Prelaw Review*, 28, 2014, p. 105, <https://ojs.lib.byu.edu/spc/index.php/PrelawReview/article/viewFile/34170/32008>, consulté le 21 août 2015.

L'« Eraser Law » déplace clairement le débat politique et social vers un débat juridique. C'est aussi le parti pris d'un ensemble de chercheurs dont les écrits tentent de trouver des solutions pour concilier le droit européen et le droit américain. Néanmoins, une partie de cette doctrine<sup>41</sup> va au-delà du simple droit au déréférencement tel qu'il a été consacré dans l'arrêt *Google Spain*. Ils évoquent en réalité la compatibilité d'un véritable droit à l'oubli avec le droit américain. Ainsi, ils anticipent sur l'introduction de ce droit plus large dans le futur règlement général de la protection des données personnelles. En effet, l'article 17 introduit cette expression de « droit à l'oubli » en connexion avec le droit à l'effacement<sup>42</sup>.

Le principal<sup>43</sup> questionnement des auteurs porte sur la compatibilité ou non du droit au déréférencement/droit à l'oubli avec la conception américaine de la liberté d'expression<sup>44</sup>. Dans ce contexte, certains auteurs estiment que le Premier amendement de la Constitution américaine n'est pas un droit absolu qui couperait la route à toute discussion, soit pour l'introduction d'une sorte de droit à l'oubli en droit américain, soit pour une certaine compatibilité d'un droit à l'oubli avec le droit améri-

cain<sup>45</sup>. Certains auteurs proposent ainsi de réduire les contours du droit à l'oubli de manière à le rendre compatible avec le droit américain<sup>46</sup>.

L'argument, selon lequel tout droit à l'oubli et le droit au déréférencement seraient inévitablement contraires à la conception américaine de la liberté d'expression, doit donc être relativisé. Il faut aussi rendre compte de l'absence de consensus pour un droit au déréférencement européen.

## 2 - L'absence de consensus pour un droit au déréférencement européen

La solution actuelle acceptée par Google de mettre en œuvre un droit au déréférencement à l'échelle de ses serveurs nationaux de l'Espace économique européen n'est pas celle qui, dès l'origine, avait la faveur du moteur de recherche. En effet, dans une lettre du 31 juillet 2014<sup>47</sup>, la société californienne estimait, d'une part, que plus de 95 % des utilisateurs ne cherchent qu'à travers leur version nationale, d'autre part, qu'elle redirigeait les utilisateurs européens utilisant le « google.com » systématiquement

(40) Cf. S. Ernst, Does the California Eraser Law withstand Dormant commerce clause scrutiny Does it do any good at all Orange County Lawyer, 2014, p. 14, [http://www.chapman.edu/law/\\_files/faculty/Samuel-Ernst-OC-Lawyer-Magazine-July-2014.pdf](http://www.chapman.edu/law/_files/faculty/Samuel-Ernst-OC-Lawyer-Magazine-July-2014.pdf), consulté le 19 août 2015.

(41) S. C. Bennett, The « Right to Be Forgotten » Reconciling the EU and US Perspectives, Berkeley Journal of International Law, 2012, p. 161 ; L. Siry, Forget Me, Forget Me Not : reconciling two Different Paradigms of the Right to Be Forgotten, Kentucky, Law Journal, 2014-2015, p. 311.

(42) Cf. nos propos dans l'introduction.

(43) Pour des raisons de hiérarchies de normes, nous n'évoquerons pas d'autres arguments liés à la possible contradiction du droit au déréférencement, droit à l'oubli avec des dispositions américaines législatives. Il existe par ex. un débat sur la compatibilité avec la Section 230 du Communications Decency Act (CDA). Sur cette question, cf. article préc., A. Haynes Stuart, spéc. p. 490.

(44) Cf. encore récemment le débat organisé par intelligence<sup>2</sup> Debates le 11 mars 2015 sur The U.S. Should Adopt the « Right to Be Forgotten » Online, avec comme partisan du droit à l'oubli P. Nemitz et le professeur E. Posner et les opposants au droit à l'oubli A. Mc Laughlin et le professeur J. Zittrain. Sur la question plus générale de la différence d'approche entre la conception européenne et américaine de la liberté d'expression, cf. E. Zoller, Propos introductifs. La liberté d'expression « bien précieux » en Europe, « bien sacré » aux États-Unis, in E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, p. 1 ; L. Pech, Liberté d'expression aperçus de droit comparé, J.-Cl. Communication, fasc. 1250.

(45) V. en particulier, article préc., S. C. Bennett, spéc. p. 164 s. pour plus de références sur le débat doctrinal aux USA au regard de la compatibilité ou non avec le droit américain.

(46) Pour une étude exhaustive et récente sur cette question, cf. M. L. Rustad et S. Kulewska, Reconceptualizing the Right to be forgotten to enable transatlantic data flow, Harvard Journal of Law and technology, 2015, p. 351.

(47) Lettre signée de P. Fleischer en réponse à la présidente du G29, disponible sur <https://docs.google.com/file/d/0B88yaa655fT0EwRUFyOENqR3M/edit>, consulté le 24 août 2015, cf. pt 3.

vers le moteur de recherche national. Enfin, Google faisait état d'une tradition en matière de retrait selon une approche nationale en s'appuyant sur l'origine de la demande de retrait et les risques de contrariétés à un droit national spécifique. À l'issue de cette présentation, la société californienne soulignait que prenant en compte la demande de certaines autorités de protection des données, de cohérence entre les États européens pour la mise en œuvre du droit au déréférencement, elle avait accepté d'étendre le droit au déréférencement à l'ensemble de ses versions des pays de l'Espace économique européen.

Autrement dit, cette mise en œuvre européenne est d'emblée présentée comme une concession exprimant la volonté de collaborer avec les autorités nationales de protection en matière de données personnelles. Il s'agit d'une manifestation d'une corégulation entre la société Google et les autorités nationales de protection des données personnelles.

Cette solution de mise en œuvre européenne, bien que privilégiée également par le comité dit « Google », ne fait pas l'unanimité<sup>48</sup>. L'un de ses membres, Luciano Floridi, tout en se ralliant à la position majoritaire pour un déréférencement européen, n'en a pas moins souhaité faire connaître son positionnement pour un déréférencement à l'échelle nationale<sup>49</sup>. Reprenant les éléments précités sur la pratique des utilisateurs des moteurs de recherche, cet auteur met en avant le caractère nécessairement disproportionné d'un déréférencement européen. En effet, l'information en cause n'a le plus souvent qu'un intérêt national. Luciano Floridi en déduit d'une manière pragmatique qu'« un déréférencement paneuropéen n'ajoute simplement rien à un déréférencement

national en termes de protection effective des individus ».

Finalement, si cette option purement nationale n'est pour l'instant pas celle qui a été choisie, elle atteste qu'il n'est pas toujours facile de séparer la question du champ d'application géographique de celle du champ d'application matériel du droit au déréférencement. En effet, cette approche nationale invite à prendre en compte l'intérêt géographique du public pour l'information diffusée. Il s'agit d'effectuer un juste équilibre entre cet intérêt apprécié, en prenant en compte sa dimension spatiale, avec le respect de la liberté d'expression, de la protection de la vie privée et de la protection des données personnelles.

## B - L'absence de consensus sur le champ d'application matériel du droit au déréférencement

Déterminer le champ d'application personnel, c'est définir qui peut réellement bénéficier du droit au déréférencement et contre quels types de moteurs de recherche. Cette question en apparence simple soulève quelques difficultés d'interprétation (1). En outre, les critères matériels devant être utilisés pour la mise en œuvre du droit au déréférencement ne sont pas interprétés de manière uniforme à l'échelle du continent européen (2).

### 1 - L'absence d'interprétation claire du champ d'application personnel

L'arrêt *Google Spain* pose une obligation de déréférencement pour les

(48) The advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, 6 févr. 2015 spéc. pt 5.4, p. 18 s. Pour une analyse plus détaillée de ce rapport, cf. notre tribune, Le rapport du Comité Google : exercice d'autorégulation d'un droit à l'oubli, Dalloz actualité, Le droit en débats, 19 févr. 2015, <http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/rapport-du-comite-google-exercice-d-autoregulation-d-un-droit-l-oubli#.VdsXk5cgy7R>, consulté le 24 août 2015.

(49) L. Floridi, Should You Have The Right To Be Forgotten On Google Nationally, Yes. Globally, n° 2, févr. 2015, [www.huffingtonpost.com/luciano-floridi/google-right-to-be-forgotten\\_b\\_6624626.html](http://www.huffingtonpost.com/luciano-floridi/google-right-to-be-forgotten_b_6624626.html), consulté le 24 août 2015.

moteurs de recherche sans préciser si cette obligation s'impose à tous les moteurs de recherche ou simplement à certains d'entre eux. Autrement dit, cette obligation de déréférencement s'applique-t-elle au-delà des moteurs de recherche Google<sup>50</sup>, Yahoo, Bing ? Chaque site internet est en effet susceptible de générer son propre moteur de recherche. Si cette question n'est pas traitée dans l'arrêt lui-même, le G29 a néanmoins estimé dans ses lignes directrices d'interprétation de l'arrêt *Google Spain* qu'« en principe l'obligation de déréférencement ne devrait pas s'appliquer aux moteurs de recherche ayant un champ d'action limité, en particulier dans le cadre d'outils de recherche dans un site internet ou dans un journal »<sup>51</sup>. Christopher Kuner estime de son côté que l'ancrage de cette obligation dans les droits fondamentaux incite plutôt à une conception large des moteurs de recherche susceptibles d'être concernés. Il suggère d'intégrer dans le champ d'application « une large variété de services en ligne qui procèdent à une fonctionnalité de recherche à large échelle »<sup>52</sup>. Cette obligation pourrait donc s'appliquer aux moteurs de recherche de certains réseaux sociaux mondiaux tels que Twitter ou Facebook.

Plus récemment, la question s'est posée de savoir quelle était l'entité de la société Google responsable du traitement et devant laquelle la demande de déréférencement devait être portée ?

Le Tribunal suprême espagnol<sup>53</sup> a ainsi considéré que seul Google Inc. était le

responsable de traitement. La juridiction a annulé les décisions de l'agence espagnole de la protection des données qui avait qualifié Google España de responsable de traitement. Autrement dit, selon le Tribunal suprême espagnol, l'arrêt *Google Spain* ne pose le principe de l'unité économique du moteur de recherche qu'en ce qui concerne le champ territorial d'application. En revanche, le juge espagnol considère que seul Google Inc. détermine de façon exclusive la finalité, les conditions et les moyens des traitements des données du moteur de recherche. Cette position reste pour l'instant isolée. Elle n'en remet pas moins en cause le traitement actuel des demandes de référencement tel qu'il est opéré par la plupart des autorités nationales de protection des données à caractère personnel.

L'étendue des bénéficiaires de ce droit au déréférencement n'a pas non plus été déterminée de façon claire<sup>54</sup>. Dans ses lignes directrices, le G29 se contente de dire que « selon le droit de l'UE tout le monde a droit au respect de ses données personnelles. En pratique, les autorités nationales de protection se concentreront sur les plaintes qui ont un lien clair avec la personne concernée et l'Union européenne, par exemple lorsque la personne concernée est un citoyen ou un résident d'un État membre de l'UE »<sup>55</sup>. Le critère du lien entre la personne concernée et l'Union européenne est assez vague pour inclure des personnes qui sont des ressortissants de pays tiers. On pense en priorité aux touristes visitant l'Europe. D'autres

(50) De son côté, Google déclare que cette suppression des résultats sur ces sites de recherche concerne recherche Google, recherche d'images, recherche de vidéos et Google Actualités, cf. [https://www.google.com/transparencereport/removals/europeprivacy/faq?hl=fr#does\\_this\\_ruling\\_also\\_apply](https://www.google.com/transparencereport/removals/europeprivacy/faq?hl=fr#does_this_ruling_also_apply), consulté le 1<sup>er</sup> sept. 2015.

(51) Lignes directrices préc., p. 8. Cf. pour une application de cette exclusion au moteur interne de recherche des archives numériques d'un journal, arrêt du tribunal suprême du 15 oct. 2015.

(52) C. Kuner, article préc., note 20, spéc. p. 8.

(53) Cf. Tribunal Supremo sale de lo contencioso Administrativo, jugement 574/2016 du 14 mars 2016, [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-TS-estima-el-recurso-de-Google-Spain-contra-reclamaciones-de-derecho-al-olvido--por-nº-gestionar-el-motor-de-busqueda-](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-TS-estima-el-recurso-de-Google-Spain-contra-reclamaciones-de-derecho-al-olvido--por-nº-gestionar-el-motor-de-busqueda-).

(54) Google précise sur son site qu'il autorise également « les individus à envoyer des demandes pour le compte d'autres personnes, tant qu'ils peuvent prouver qu'ils sont autorisés à le faire d'un point de vue juridique ». Cf. [https://www.google.com/transparencereport/removals/europeprivacy/faq?hl=fr#does\\_this\\_ruling\\_also\\_apply](https://www.google.com/transparencereport/removals/europeprivacy/faq?hl=fr#does_this_ruling_also_apply), consulté le 1<sup>er</sup> sept. 2015.

(55) P. 3, pt 6, traduction de l'auteur.

auteurs considèrent que cette formulation inclut finalement tout ressortissant d'un pays tiers qui simplement utiliserait une version européenne du moteur de recherche Google<sup>56</sup>.

Un tel élargissement du champ d'application personnel pourrait entraîner le risque de *forum shopping*, c'est-à-dire l'utilisation des moteurs de recherche européens dans le seul but de pouvoir être bénéficiaire du droit au déréférencement.

Enfin, la nature exacte des types de recherche couverts par le droit au déréférencement n'est pas claire. Dans son arrêt, la CJUE évoque uniquement « les recherches faites à partir de son nom ». D'autres types de recherche susceptibles de porter atteinte à la protection des données personnelles semblent également pouvoir entrer dans le champ d'application du droit au déréférencement. Ainsi, les autorités de protection des données ont fait savoir récemment qu'elles accepteraient que les recherches relatives aux pseudonymes ou surnoms puissent aussi faire l'objet d'une obligation de déréférencement<sup>57</sup>, « dès lors que la personne concernée peut clairement établir qu'ils sont liés à son identité/nom ».

## 2 - L'impossibilité d'interprétation uniforme des critères de mise en œuvre du droit au déréférencement

La définition des critères relatifs à la mise en œuvre de l'arrêt *Google Spain*

se heurte en Europe à deux types de difficultés. D'une part, l'impossibilité d'interprétation uniforme des critères de mise en œuvre au sein de l'Union européenne (a). D'autre part, la compatibilité de ces interprétations avec la vision de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de liberté d'expression ou d'information pose question (b).

### a - L'impossibilité d'interprétation uniforme des critères au sein de l'Union européenne

La mise en œuvre du droit au déréférencement repose sur une série de critères qui ont fait l'objet d'une interprétation commune par les autorités nationales de protection des données réunies au sein du G29, ainsi que par les membres du comité Google.

Bien qu'ayant un contenu assez proche, la présentation de ces deux documents diffère en raison même de leur objectif. L'interprétation commune des autorités nationales de protection des données est un outil flexible visant à aider chaque autorité nationale dans l'examen des demandes des refus de déréférencement. En revanche, le rapport du comité Google avait officiellement pour objectif de donner des éléments communs pour le traitement des demandes de déréférencement adressées à Google. Aussi donne-t-il des pistes d'amélioration sur la manière dont Google devrait s'organiser en interne pour le traitement de ces demandes de déréférencement<sup>58</sup>.

La mise en œuvre du droit au déréférencement se fait en pratique à travers une analyse de trois champs de questionne-

(56) Cf. article préc. de C. Kuner, p. 12. Il cite l'exemple d'un citoyen chinois. Dans la presse, il a pu être invoqué des cas de déréférencement demandés par des citoyens américains utilisant le « google.uk ». Cf. S. Baker, *Inside Europe's censorship machinery*, Washington post 8 sept. 2014, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/09/08/inside-europes-censorship-machinery/>, consulté le 24 août 2014.

(57) Cf. *Search result delisting criteria*, Information Commissioner's Office (ICO), avr. 2015, spéc. p. 2 : <https://ico.org.uk/media/for-organisations/search-result-delisting-criteria-0-0.pdf>, consulté le 24 août 2015 ; CNIL, *Droit au déréférencement les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes*, 28 nov. 2014, spéc. p. 3, [www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos\\_libertes/Droit\\_au\\_dereferencement-criteres.pdf](http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_libertes/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf), consulté le 25 août 2015, ou encore les lignes directrices préc. du G29, p. 13.

(58) Ce rapport comporte ainsi des éléments relatifs au contenu souhaitable du formulaire de déréférencement ainsi que sur la question de transparence.

ment ouvrant sur l'utilisation au cas par cas d'une multitude de critères. La décision de déréférencer dépend ainsi de la qualité de la personne requérante, des particularités de l'information dont il est demandé le déréférencement et, enfin, du facteur temps<sup>59</sup>. L'ensemble des indices donnés dans ces trois champs d'interrogation doit servir à l'établissement d'une balance entre différents intérêts, notamment l'intérêt du public au maintien de la diffusion de cette information et la protection de la vie privée et de ses données personnelles.

Le rôle joué par la personne requérante dans la vie publique est l'un des premiers éléments à évaluer dans la demande de déréférencement. En effet, la CJUE a considéré que, plus la personne jouait « un rôle dans la vie publique », plus l'intérêt du public à connaître l'information en cause pouvait être justifié.

Les statistiques livrées par Google attestent que peu d'affaires concernent en réalité les personnalités politiques ou publiques<sup>60</sup>. Cette notion est néanmoins au cœur des deux affaires judiciaires relatives à la mise en œuvre du droit au déréférencement aux Pays-Bas<sup>61</sup>. Dans chacune de ces affaires, le rôle joué par la personne dans la vie publique a conduit la juridiction à ne pas accorder le déréférencement des URLs demandées.

La notion de personne jouant un rôle dans la vie publique a été interpré-

tée comme couvrant deux types d'hypothèses. D'une part, les « personnes publiques » et « figures publiques »<sup>62</sup> disposant d'un important degré d'exposition médiatique, telles que les hommes politiques, les dirigeants de grandes entreprises, célébrités dans le monde artistique, des médias et du sport. D'autre part, les personnes qui, en raison de leurs fonctions, sans pour autant être nécessairement célèbres à large échelle, assurent soit une fonction de représentation d'institutions officielles (syndicalistes, religieux, membres d'ordres professionnels, d'associations, d'ONG) ou font autorité dans une certaine communauté (directeur d'école, président d'université ou fonctionnaire occupant des postes importants dans un service public, etc.).

Ce n'est qu'au cas par cas, c'est-à-dire en fonction de l'intensité du rôle joué par la personne dans la vie publique, mais également de la teneur de l'information en cause, que la demande de déréférencement pourra être acceptée ou refusée. Cela dit, même des personnes publiques ont un droit à la vie privée. « Certaines informations relatives à des personnes publiques relèvent par essence de leur vie privée, comme celles en lien avec leur santé ou leur famille et n'ont donc pas vocation à apparaître dans les moteurs de recherche »<sup>63</sup>. La jurisprudence de la CEDH ne permet cependant pas toujours de déterminer avec clarté l'impact du statut de la personne

- (59) Pour une analyse doctrinale détaillée de ce critère du temps dans le droit à l'oubli/droit au déréférencement, cf. P. Korenhof, J. Ausloss, I. Szekely, M. Ambrose, G. Sartor and R. Leenes, *Timing the Right to Be Forgotten. A study into « time » as factor in deciding about retention or erasure of data*, <http://ssrn.com/abstract=2436436>, consulté le 26 août 2015 ; G. Sartor, *The Right to be Forgotten Dynamics of Privacy and Publicity*, in L. Floridi (ed.), *Protection of Information and the Right to Privacy - A New Equilibrium*, p. 1-15, Springer, 2014.
- (60) Selon le « Guardian », 95 % des requêtes concernent des citoyens lambda, 5 % seulement seraient liées à des affaires criminelles, des personnalités politiques ou publiques. S. Tippmann and J. Pwles, *Google accidentally reveals data on « right to be forgotten » requests*, *The Guardian*, 14 juill. 2015, <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/14/google-accidentally-reveals-right-to-be-forgotten-requests>, consulté le 25 août 2015.
- (61) Cf. St. Kulk and F. J. Zuiderveen Borgesius, *Freedom of Expression and « Right to Be Forgotten »*, *Cases in the Netherlands after Google Spain (August 27, 2015)*, *European Data Protection Law Review*, 2015-2, p. 113-125, SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2652171>.
- (62) Dans ces lignes directrices, le G29 renvoi à une définition donnée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe selon laquelle « les personnes publiques sont celles qui exercent des fonctions publiques et/ou utilisent des ressources publiques et, d'une manière plus générale, toutes celles qui jouent un rôle dans la vie publique, qu'il soit politique, économique, artistique, social, sportif ou autre ». Résol. 1165 (1998), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=16641&lang=fr>, consulté le 25 août 2015.
- (63) Droit au déréférencement les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes, doc. préc., spéc. p. 4.



publique au regard de l'intrusion dans sa vie privée.

On peut alors se demander si ce critère de la personne jouant « un rôle dans la vie publique » est pertinent<sup>64</sup>, puisqu'au final ce qui sera déterminant dans la balance des intérêts, ce ne sera pas véritablement le statut de la personne, mais la légitimité de l'intérêt du public à être informé<sup>65</sup>.

Cette dernière problématique est au cœur d'un premier conflit entre Google et une autorité nationale de protection des données dans le cadre de détermination du champ d'application matériel du droit au déréférencement<sup>66</sup>.

Le 18 août 2015, l'autorité britannique, l'Information Commissioner's Office (ci-après « ICO »), a adressé à Google une injonction lui demandant de désindexer des liens vers de nouveaux articles relatant un cas de déréférencement auquel la société s'était soumise<sup>67</sup>. Ce conflit intervient dans un contexte particulier au Royaume-Uni où, s'appuyant sur l'intérêt du public à être informé, un ensemble de médias mène une campagne visant à contourner les effets du droit au déréférencement. L'ensemble des contenus déréférencés

fait l'objet d'une republication sur une page internet dédiée<sup>68</sup>.

Dans le cas opposant Google à l'ICO, la société californienne a estimé que l'article qui avait été référencé et qui évoquait de nouveau un crime de dix ans constituait « une part essentielle de nouvelles histoires relatant un sujet d'intérêt public ». Le moteur de recherche a jugé nécessaire de souligner que selon lui son refus de déréférencement « prenait en compte les nouveaux jugements sur les médias qui permettent de déterminer si une information est ou non pertinente et d'intérêt du public ».

Pour justifier son injonction, l'ICO examine l'affaire sous l'angle de six critères d'interprétation<sup>69</sup>. Le principal désaccord avec la société Google porte sur l'intérêt du public au maintien de la diffusion de cette information. Sur ce point, l'ICO considère que l'atteinte à la vie privée est disproportionnée. Le délit étant mineur il n'est pas sujet au débat public. En outre, il s'agit d'une condamnation pénale de deux ans de réclusion conditionnelle qui est couverte par la loi britannique sur la réhabilitation. Quant à l'argument relatif au contexte journalistique, l'ICO l'écarte en disant que ce n'est pas le contenu des articles qui est

- (64) Twitter par exemple a décidé de ne plus permettre au site internet Poliwoops d'accéder à son interface qui permettait de retrouver les tweets supprimés des hommes politiques, considérant que « tous les utilisateurs devraient pouvoir bénéficier [du droit à l'oubli]. La suppression d'un tweet est une expression de la voix de l'utilisateur ». Cf. L. Ronflaut, Twitter décrète un droit à l'oubli pour les gaffes politiques, Le Figaro, 25 août 2015, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2015/08/25/32001-20150825ARTFIG00230-twitter-decrete-un-droit-a-l-oubli-pour-les-gaffes-des-politiques.php>, consulté le 25 août 2015. Cet exemple récent va dans le sens d'un statut privilégié des demandes de retrait de contenu qui ont été posté par l'utilisateur lui-même.
- (65) Plusieurs auteurs considèrent actuellement que la notion de « public figure » not. utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme ou les juridictions nationales n'a pas d'utilité. Cf. par ex. K. Hughes, Privacy, Reputation and Public Figure doctrine, Working paper présenté au Privacy Forum, Paris, 2015.
- (66) Pour une résolution judiciaire d'un conflit antérieur à l'arrêt *Google Spain* et l'autorité espagnole de protection des données (AEPD) portant sur cette question, cf. le jugement du 5 févr. 2015 de l'audiencia Nacional. La juridiction espagnole considère que c'est à bon droit que l'AEPD avait imposé à Google d'effacer des liens vers un journal officiel listant des candidatures datant de plus de dix ans à des élections municipales. Elle rejette l'argument avancé par Google qui y voyait un intérêt légitime du public à être informé.
- (67) Data protection Act 1998, Supervisory Powers of the Information Commissioner enforcement notice, 18 août 2015, Information Commissioner's office, <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/enforcement-notices/1432380/google-inc-enforcement-notice-18082015.pdf>, consulté le 3 sept. 2015.
- (68) <http://www.telegraph.co.uk/technology/google/11036257/Telegraph-stories-affected-by-EU-right-to-be-forgotten.html> ; <http://boingboing.net/2015/06/28/bbcs-list-of-pages-de-indexe.html> ; <http://www.bbc.co.uk/blogs/inter-net/entries/1d765aa8-600b-4f32-b110-d02fbf7fd379>, pour une critique de cette politique de republication, cf. J. Powles, Why the BBC is wrong to republish « right to be forgotten » links, The Guardian, 1<sup>er</sup> juill. 2015, [www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/bbc-wrong-right-to-be-forgotten](http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/bbc-wrong-right-to-be-forgotten).
- (69) Le rejet du caractère de « personne publique », le caractère sensible de la donnée, l'absence d'actualité de la donnée qui a plus de dix ans.

en cause, mais simplement leur référencement avec le nom de la personne concernée. Autrement dit, ces articles pourront continuer d'être référencés, mais avec d'autres mots-clés.

On le voit, le conflit porte ainsi sur l'interprétation du facteur temps au regard du respect de la vie privée et de la légitimité de l'intérêt du public. L'ICO semble opter pour une vision linéaire de ce facteur, laissant entendre que l'ancienneté de l'information constitue un facteur décisif pour déterminer la pertinence ou non d'une information. Google met en avant une conception plus circulaire, considérant qu'une information ancienne peut néanmoins constituer un intérêt pour le public.

Les futurs conflits dans la mise en œuvre du droit au déréférencement au sein de l'Union européenne pourraient se loger dans cette appréciation de l'intérêt du public à être informé. Un tel intérêt pourrait être interprété de façon plus ou moins large en fonction de la culture des différents pays européens. En effet, comme Lyn François a pu le faire remarquer, le principe de proportionnalité dans le cadre de la liberté d'expression sert à la fois à l'harmonisation des droits nationaux, mais aussi au maintien et à la sauvegarde de la diversité des droits nationaux<sup>70</sup>.

En outre, si la grille d'interprétation du G29 constitue un cadre commun aux autorités nationales de protection des données personnelles, ce cadre n'a aucune valeur juridique auprès des juges nationaux qui seront chargés de régler les conflits éventuels entre une autorité de protection des données et un moteur de recherche. Certains juges nationaux semblent déjà avoir pris

quelques distances dans la manière dont ils entendent mettre en œuvre le droit au déréférencement<sup>71</sup>.

La jurisprudence de la CEDH, voire celle de la Cour de justice de l'Union européenne, constitue-t-elle alors un cadre suffisamment clair et cohérent, susceptible de permettre une application commune, à défaut d'être uniforme, qui puisse guider les juges nationaux ? Il suffit de lire entre les lignes la réponse faite par Google à l'ICO pour comprendre que la réponse à cette question est loin d'être évidente. En effet, Google s'appuie sur un risque de désaccord avec la CEDH qui, dans sa jurisprudence récente, favorise le plus souvent la liberté de la presse face à la protection de la vie privée<sup>72</sup>.

#### ***b - Le risque d'un désaccord d'interprétation avec la Cour européenne des droits de l'homme***

Plusieurs arguments contextuels se doivent préalablement d'être rappelés, car ils constituent autant d'indices d'une possibilité de désaccord entre les deux cours européennes. Premièrement, il a été souligné que la jurisprudence de la CEDH a été influencée par celle de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique<sup>73</sup>, notamment en ce qui concerne sa conception de la liberté d'expression. Or, comme il a pu être déjà évoqué, la compatibilité du droit au déréférencement avec le Premier amendement de la Constitution américaine est souvent mise en cause. Deuxièmement, la protection des données personnelles est le véritable fondement juridique du droit au déréférencement. Or, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux ne trouve pas son pendant dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fonda-

(70) L. François, Les droits nationaux de la liberté d'expression et le principe européen de proportionnalité, Legicom, 2014, p. 101-107.

(71) Cf. article préc., S. Kulk and F. J. Zuiderveen Borgesius, à propos des juridictions néerlandaises qui se fondent sur une conception plus large que la CJUE de la liberté d'expression.

(72) Pour un aperçu général de cette question, cf. G. Philippon, Press freedom, the public interest and privacy, in A. Kenyon (ed.) *Comparative Defamation and Privacy Law*, Cambridge University, May 2016, p. 136.

mentales (Conv. EDH) qui date de 1950. La protection des données personnelles a été incluse dans la protection de la vie privée, sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH<sup>74</sup>. Troisièmement, dans son arrêt *Google Spain*, la CJUE ne se réfère pratiquement pas à la Conv. EDH, ni à la jurisprudence de la CEDH, ce qui a pu être interprété<sup>75</sup> comme un signe de sa tendance actuelle à revendiquer son autonomie<sup>76</sup>. Quatrièmement, l'arrêt *Google Spain* n'évoque pratiquement pas les droits des tiers et notamment le droit des éditeurs de contenus. Rien n'est dit en particulier pour les éditeurs qui pourraient bénéficier d'un régime spécifique parce qu'étant des journalistes professionnels. En effet, si la CJUE aborde la question des éditeurs, c'est essentiellement pour démontrer à quel point leur statut est différent de celui des moteurs de recherche. D'une part, elle affirme que le traitement de données effectué par le moteur de recherche ne bénéficie pas de la dérogation concernant les traitements effectués « aux seules fins de journalisme ou l'expression artistique ou littéraire » inscrite à l'article 9 de la directive 95/46<sup>77</sup>. D'autre part, elle considère que le traitement par le moteur de recherche « est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne concernée que la publication par l'éditeur de cette page

web »<sup>78</sup>. Si elle reconnaît explicitement que les intérêts légitimes de l'éditeur à la diffusion d'un traitement de données à caractère personnel peuvent être différents de ceux des moteurs de recherche, elle n'en tire aucune conséquence au regard de l'obligation de déréférencement du moteur de recherche.

Le risque de désaccord d'interprétation entre la CJUE et la CEDH pourrait se cristalliser sur trois points<sup>79</sup>.

D'une manière générale, la CJUE établit dans l'arrêt *Google Spain c/ Costeja* une hiérarchie entre les droits puisqu'elle affirme que la protection de la vie privée et la protection des données personnelles « prévalent [...] en règle générale, sur ledit intérêt des internautes »<sup>80</sup>. La CJUE ne fait pas beaucoup de cas du droit à recevoir des informations qui est aussi protégé par l'article 10 de la Conv. EDH.

Ensuite, la CEDH pourrait reconnaître que les moteurs de recherche disposent d'un droit à la liberté d'expression qui devrait être pris en compte dans l'exercice d'un droit au déréférencement<sup>81</sup>. Autrement dit, ce n'est pas tant l'intérêt économique du moteur de recherche, mais véritablement sa liberté d'opinion qui devra être mise en balance avec le respect de la vie privée du requérant.

(73) J.-F. Flauss, La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme, RTDH 2005. 313.

(74) Sur le rattachement de la protection des données aux droits fondamentaux, cf. G. González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a fundamental Right of the EU*, Law Governance and technology Series 16, Springer, 2014.

(75) Cf. C. Kuner, article préc., p. 15.

(76) Cf. CJUE 3 sept. 2008, aff. 402/05 et 415/05, *Kadi c/ Conseil et Commission*, Rec. 6351 ; J.-P. Jacqué, CJUE-CEDH 2-0, RTD eur. 2014. 823 ; G. Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, p. 1-49 ; K. Ziegler, Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law the Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights, *Human Rights Law Review*, vol. 9, 2009, p. 288-305. Ou encore H. Labayle, F. Sudre, L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme pavane pour une adhésion défunte ?, RFDA 2015. 3.

(77) CJUE 13 mai 2014, aff. 131/12, *Google Spain*, pt 85.

(78) CJUE 13 mai 2014, aff. 131/12, *Google Spain*, pt 87.

(79) Cf. S. Kulk and F. Zuiderveen Borgesius, *Google Spain v. Gonzalez Did the Court Forget about Freedom of Expression*, *European Journal of Risk Regulation* (2014), p. 389.

(80) CJUE 13 mai 2014, aff. 131/12, *Google Spain*, pt 81.

(81) Pour une analyse détaillée de cette question, cf. J. V. J. van Hoboken, *Search engine freedom on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines*, Thèse, 2012, <http://dare.uva.nl/record/1/392066> ; cf. J. Grimmelmann, *Speech Engines*, University of Maryland King Carey School Law, Legal Studies Research paper 2014, <http://ssrn.com/abstract=2246486>.

Enfin, la CEDH pourrait également être amenée à trancher la question de savoir si les éditeurs de contenu disposent d'un droit à être indexé au titre de leur liberté d'expression qui pourrait être mis en balance avec l'obligation de déréférencement. L'existence d'un tel droit, en particulier pour les journalistes professionnels, pourrait se poser au regard de l'interprétation large que la CEDH fait de la liberté de la presse <sup>82</sup>.

On peut donc légitimement augurer que lorsqu'un tiers se sentira lésé par un déréférencement, il tentera de saisir la CEDH en invoquant la violation de la liberté d'expression. Dans ce contexte, il sera intéressant de voir si la CEDH uti-

lisera la cartouche de la jurisprudence *Bosphorus* <sup>83</sup> pour aplanir les difficultés d'interprétation, ou si elle se montrera plus revendicative.

La CJUE pourrait aussi être saisie par les juridictions nationales à travers des questions préjudicielles pour clarifier certains points de friction possibles avec d'autres droits fondamentaux contenus dans la Charte qui sont absents de l'arrêt. On pensera en priorité à l'article 11 sur la liberté d'expression et d'information, mais également à l'article 16 sur la liberté d'entreprise <sup>84</sup>. L'affaire *Google Spain* pourrait donc être la prochaine illustration des difficultés du pluralisme constitutionnel européen <sup>85</sup>.

## II - La nécessité d'un nouveau cadre pour la mise en œuvre du droit au déréférencement

L'analyse de la difficile délimitation du champ d'application du droit au déréférencement livre deux conclusions. D'une part, l'Union européenne ne peut revendiquer à elle seule l'application d'un droit au déréférencement mondial dont elle délimiterait unilatéralement les contours. D'autre part, la mise en œuvre du droit au déréférencement ne peut être laissée à un seul moteur de recherche situé en position dominante. L'objet des prochains développements sera de dépasser ces constats en évoquant deux voies possibles : celle d'une

nouvelle approche à géométrie variable pour éviter les conflits de juridictions (A) et celle d'un nouveau cadre de traitement permettant la mise en œuvre du droit au déréférencement (B).

### A - Une nouvelle approche à géométrie variable

La mise en œuvre du droit au déréférencement mondial s'accommode mal du principe de la territorialité des juridic-

267

(82) Sur l'articulation, entre le droit au déréférencement et les droits des éditeurs, cf. arrêt du 15 oct. 2015 du tribunal suprême espagnol. Si la juridiction considère que la presse numérique n'a pas l'obligation de supprimer les noms des personnes ayant fait l'objet de condamnations pénales dans ses archives numérisées, elle impose néanmoins aux journaux de prendre des mesures pour que ces données personnelles ne soient pas indexées dans les moteurs de recherche. Cette obligation est limitée au cas où les personnes concernées en font la demande. Cf. également les arrêts contradictoires rendus récemment par la Cour de Cassation belge le 29 avr. 2016 et la Cour de Cassation française le 12 mai 2016 ; Etienne Wery, Le droit à l'oubli peut-il aller jusqu'à entraîner la modification des archives de presse ?, [www.droitbelge.be/news\\_detail.asp?id=866](http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=866).

(83) CEDH 30 juin 2005, req. n° 45036/98, *Bosphorus Airways c/ Irlande*, J.-P. Jacqué, Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence « Solange II » de la Cour européenne des droits de l'homme, RTD eur. 2005. 756.

(84) En ce sens, cf. M. Peguera, The Shaky Ground of the Right to be delisted, <http://ssrn.com/abstract=2641876>, spéc. p. 50.

(85) Sur cette question, cf. D. Dero Bugny, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2015, coll. Droit de l'Union européenne ; P. Brunet et É. Dubout, Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne.

tions<sup>86</sup>, principe qui renvoie à celui de la souveraineté des États.

B. Van Alsenoy et M. Koekoek ont proposé de résoudre ce paradoxe par la consécration de ce qu'ils appellent « le principe juridictionnel de la sagesse »<sup>87</sup>. Ce principe demande aux acteurs de mettre en balance « le besoin d'effectivité et le principe de non-intervention ». L'objectif est de s'assurer que l'effectivité du droit au déréférencement ne soit pas remise en cause par d'autres États pour qui le déréférencement de la donnée personnelle se heurterait à des principes juridiques supérieurs.

Selon cette approche, la mise en œuvre du droit au déréférencement se ferait à géométrie variable, en prenant compte différents critères. Premièrement, l'intérêt des autres États au regard de la donnée personnelle dont on demande le déréférencement. Deuxièmement, l'impact que pourrait avoir un déréférencement local ou mondial au regard de l'effectivité de la protection de la vie privée de la personne concernée. Troisièmement, l'existence ou non d'une certaine harmonisation sur la question de la légalité du déréférencement pour ce type de cas. Quatrièmement, la présence d'autres facteurs consacrant l'existence d'un lien avec d'autres États.

Dans l'affaire *Google Spain*, par exemple, l'information relative à la dette de sécurité sociale d'un citoyen espagnol, M. Costeja, avait été mise en ligne dans un journal espagnol. Elle aurait pu n'avoir d'intérêt que pour un seul

État, l'Espagne. Dans ce cas, l'effectivité de la protection de la vie privée de M. Costeja aurait sans doute pu être atteinte par un simple déréférencement national. En revanche, dans d'autres hypothèses, le champ d'application du droit au déréférencement pourrait être mondial. La récente affaire *Equustek Solutions Inc. v. Jack* est souvent citée en exemple de ce que pourrait être une application de cette « théorie du principe juridictionnel de sagesse ». Dans cette affaire, dite aussi « l'affaire Canadienne Google », un tribunal de première instance de la Colombie-Britannique<sup>88</sup> a demandé à la société californienne de bloquer l'accès à un ensemble de sites à l'échelle mondiale à travers son moteur de recherche. Il s'agissait d'un cas de contrefaçons vendues sur un site web dont il a été demandé le déréférencement mondial. La cour d'appel<sup>89</sup> saisie afin de statuer sur la compétence des juridictions canadiennes pour demander un tel déréférencement mondial a invoqué non seulement l'existence « d'un lien réel et substantiel » avec la Colombie-Britannique, mais aussi vérifié que cette compétence « respectait raisonnablement le droit des autres cours ou nations »<sup>90</sup>.

De son côté, Dan Jerker B. Svantesson<sup>91</sup> appelle à une approche qui prend aussi en compte le type de contenu dont il est question afin de déterminer le champ d'application du déréférencement. Il propose un modèle de code de conduite pour déterminer le champ d'application géographique pour le droit au déréférencement. Dans l'article 3 de ce

(86) Il existe une littérature abondante sur l'extraterritorialité, cf. en particulier N. Maziau, L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, JCP Entreprise et Affaires, juill. 2015, p. 1343, qui souligne à quel point l'extraterritorialité de la norme interprétée par le juge est en pleine expansion ; D. J. B. Svantesson, The extraterritoriality of EU Data privacy Law - Its theoretical justification and its practical effect on U.S. Businesses, Stanford Journal of International Law, 2014, p. 53-102 ; C. Kuner, Data protection law and International Jurisdiction on the Internet, Part 1, International Journal of Law and Information Technology, Vol. 18, p. 176, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1496847>, consulté le 5 sept. 2015.

(87) B. Van Alsenoy et M. Koekoek, article préc., p. 24.

(88) [www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2014/2014bcsc1063/2014bcsc1063.html](http://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2014/2014bcsc1063/2014bcsc1063.html). Pour un commentaire de cette décision, cf. article préc. de D. J. B. Svantesson, spéc. p. 4.

(89) [www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/14/10/2014BCSC1063.htm](http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/14/10/2014BCSC1063.htm).

(90) Pts 91 s.

(91) D. J. B. Svantesson, article préc., spéc. p. 17.

code, il suggère l'insertion de différents contenus qui seraient susceptibles de faire l'objet d'un déréférencement global, par exemple les contenus sexuels impliquant des mineurs, la diffusion de contenu sexuel sans l'autorisation des protagonistes (« revenge porn »), etc.

Si l'on prend l'hypothèse de l'affaire dite « *Mosley* » qui concernait la diffusion sans son consentement de vidéos sur ses ébats sexuels, alors qu'il était président de la Fédération internationale de l'automobile, l'échelle de la mise en œuvre du droit au déréférencement sera plus complexe à déterminer. L'effectivité de la protection de la vie privée de M. Mosley appelle nécessairement à un déréférencement à l'échelle mondiale. Mais peut-on considérer qu'un tel déréférencement tombe dans un champ d'harmonisation entre les États sur ce que l'on appelle le « revenge porn » ? Le fait que M. Mosley puisse être considéré comme une « personne ou une figure publique » ne jouera-t-il en défaveur d'un droit au déréférencement au profit d'un intérêt du public à être informé dans certains États ? Il a souvent été souligné qu'aux États-Unis, le droit d'une « personne publique » à bénéficier d'une vie privée est extrêmement réduit<sup>92</sup>.

D'autres auteurs considèrent alors que le droit au déréférencement devrait se décliner selon la manière dont l'information en cause a été publiée. Ainsi, ils prennent en compte le fait que l'information originelle ait été ou non mise en ligne par la personne concernée<sup>93</sup>, ou encore qu'elle soit ou non véridique.

Un arrêt d'une cour néerlandaise<sup>94</sup> a pu être invoqué à l'appui de cette approche, car le juge y affirme que les informations fausses ne bénéficieraient pas de la même protection que les informations véridiques.

L'objectif de ces auteurs relève néanmoins d'une tentative de redéfinir le droit à l'oubli en anticipant sur la future réforme européenne de la protection des données plus que d'une tentative de faciliter, de modéliser les problèmes actuels soulevés par le droit au déréférencement.

Toutes ces approches ont pour point commun d'insister sur la nécessité d'une mise en œuvre plus fine, plus circonstanciée, nécessitant un réel examen au cas par cas. Ces auteurs ont aussi pour objectif d'assurer un droit au déréférencement qui soit effectif. Le saut qualitatif proposé pour légitime qu'il puisse paraître n'est pas envisageable dans le cadre actuel de traitement de la mise en œuvre des déréférencements.

## B - Un nouveau cadre de traitement du droit au déréférencement

La mise en œuvre du déréférencement est premièrement, et principalement, entre les mains du moteur de recherche le plus utilisé, Google. La première critique du système actuel est relative à son manque de transparence.

(92) Sur cette question, article préc., M. L. Rustad et S. Kulevska, spéc. p. 402. La classification qu'ils opèrent (cf. note suivante) conduirait par ex. au non-déréférencement dans une hypothèse de l'affaire *Mosley*. Ils suggèrent également que le formulaire de requête pour déréférencement puisse contenir des informations permettant de déterminer si l'on a affaire à une personne privée, une personne publique ou une figure publique. Cf. p. 414.

(93) M. L. Rustad et S. Kulevska proposent de reconceptualiser le droit à l'oubli en évoquant trois types de suppressions possibles. La première concernerait la suppression des informations qui ont été postées par la personne concernée elle-même. La seconde viserait les contenus qui ont été mis en ligne par la personne elle-même et ensuite republiés par d'autres personnes. Enfin, la troisième catégorie concerne des informations publiées par un tiers. L'obligation au déréférencement n'est en réalité concernée que par la deuxième et la première qui sont justement celles pour lesquelles des difficultés réelles persistent, spéc. p. 389.

(94) Cf. P. Sanchez, A. J. D. Lipton, *The Right to be Forgotten : Who Decides What the World Forgets*, spéc. p. 386, et aussi article préc. de S. Kulk and F. J. Zuiderveen *Borgesius, Freedom of Expression and « Right to Be Forgotten »*, *Cases in the Netherlands after Google Spain*.

## 1 - La nécessité d'un cadre de traitement plus transparent

Deux ans après l'arrêt *Google Spain*, peu d'éléments ont été rendus publics sur l'organisation interne de Google pour le traitement des demandes de déréférencement. Quinze jours après l'arrêt, Google a mis en ligne un formulaire disponible en vingt-cinq langues permettant à toute personne d'exercer son droit au déréférencement dans l'Union européenne. La société a élargi sa politique de transparence en intégrant une nouvelle page web sur « les demandes de suppression de contenus liés à la vie privée dans les résultats de recherche dans l'Union européenne »<sup>95</sup>. Cette page précise bien qu'il s'agit des déréférencements opérés à l'issue de l'arrêt *Google Spain*. Elle comporte essentiellement des statistiques régulièrement mises à jour concernant le nombre de demandes de suppression d'URLs, avec la possibilité d'avoir des données chiffrées pays par pays et quelques illustrations. Mais il n'existe aucun accès même anonymisé à l'ensemble des décisions prises par Google ainsi qu'à leur motivation<sup>96</sup>. Enfin, la liste des sites les plus affectés constitue le troisième type d'informations délivré sur cette page dédiée à la mise en œuvre du droit au déréférencement. Sans surprise, on y apprend que Facebook est le site qui a fait l'objet du plus de demandes de déréférencement et qu'une dizaine de sites représentent à eux seuls plus de 8 % des URLs supprimées. Parmi eux figurent les annuaires<sup>97</sup> Twitter et YouTube.

Enfin, Google a aussi mis en ligne un ensemble de documents plus techniques

relatifs au droit au déréférencement. D'une part, la lettre envoyée au G29 en juillet 2014 détaillant sa procédure de traitement et notamment la manière dont il fait la balance des intérêts pour décider ou non de la suppression des résultats de recherche<sup>98</sup>. D'autre part, l'ensemble des retranscriptions des sept réunions publiques européennes du comité consultatif d'experts qu'il a mis en place de novembre 2014 à février 2015 ainsi que le rapport rendu par ce comité à l'issue de ces consultations. En revanche, il n'y a pas eu depuis le mois de février 2015 de position formelle de la société californienne sur le sort qu'elle entendait réserver aux recommandations délivrées dans ce rapport.

Seuls quelques articles de presse<sup>99</sup> ont expliqué que le traitement des demandes est opéré par une équipe dédiée d'une centaine de personnes. Toutefois, ces informations ne sont plus à jour. Il semble aujourd'hui que le traitement des demandes soit centralisé dans un service au sein de Google Inc. Mais, jusqu'à présent, Google se refuse à livrer des informations sur l'organisation interne des traitements.

Il est possible de s'interroger sur la véritable stratégie recherchée par Google dans le choix de la communication de ces éléments et la non-communication d'autres aspects de sa mise en œuvre du droit au déréférencement. Ainsi, ce n'est que par une fuite accidentelle dans le code source du site web de Google que « The Guardian » a pu révéler que 95 % des requêtes individuelles adressées à Google proviennent d'individus lambda<sup>100</sup>.

(95) <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy?hl=fr>.

(96) Voici un ex. donné pour la France, « Un prêtre condamné pour possession de pornographie enfantine nous a demandé de retirer des articles portant sur sa peine et son bannissement de l'Église. Nous n'avons pas supprimé les pages correspondantes des résultats de recherche ». Consulté le 1<sup>er</sup> sept. 2015.

(97) G. Champeau, Droit à l'oubli sur Google, le 118712 d'Orange parmi les plus visés au monde, 31 août 2015, Numerama, [www.numerama.com/magazine/34062-droit-a-l-oubli-sur-google-le-118-712-d-orange-parmi-les-plus-vises-au-monde.html](http://www.numerama.com/magazine/34062-droit-a-l-oubli-sur-google-le-118-712-d-orange-parmi-les-plus-vises-au-monde.html), consulté le 1<sup>er</sup> sept. 2015.

(98) Cf. en particulier la lettre de Google préc. adressée au G29 le 31 juill. 2014.

(99) Cf. sur l'ensemble de cette question, E. Lee, Recognizing Rights in Real Time : The Role of Google in the EU Right to Be Forgotten, UC Davis Law Review 2016, p. 1017, [http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/3/Articles/49-3\\_Lee.pdf](http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/3/Articles/49-3_Lee.pdf).

Cette absence de transparence sur la manière dont Google met en œuvre le droit au déréférencement a d'ailleurs fait l'objet d'une lettre ouverte de la part de quatre-vingts universitaires demandant à ce que la mise en œuvre de ce droit puisse faire l'objet d'un vrai débat public<sup>101</sup>.

Edward Lee a, dans un article très stimulant, tenté d'analyser juridiquement le rôle joué par Google dans la mise en œuvre du droit au déréférencement. Il y voit la naissance d'une « agence administrative privée »<sup>102</sup>. Il définit ce concept comme « [...] des entités ayant ou non un but lucratif et des organisations non gouvernementales – qui exécutent des fonctions destinées à servir un large public par une délégation de pouvoir formelle ou informelle du gouvernement »<sup>103</sup>. Sa théorie des « agences administratives privées » repose sur plusieurs caractéristiques, qui selon lui, permettent de faire un parallèle avec la notion d'agence publique administrative. Ainsi, les « agences administratives privées » seraient marquées par une organisation bureaucratique au sens de la théorie de Max Weber. Elles constitueraient une réponse à une volonté de réduire les coûts par le biais d'une externalisation de certaines missions administratives au sens du prix Nobel de l'économie Ronald Coase. Sa théorie est inspirée par les concepts d'administration mixte aux USA, de corégulation en Europe et de droit administratif global.

Pour séduisante qu'elle puisse paraître, cette théorie n'est pas complètement

adaptée au cadre du droit au déréférencement. D'une part, il n'existe pas véritablement de délégation de pouvoir du pouvoir législatif ou du gouvernement à la société Google pour la mise en œuvre du droit au déréférencement. Il est d'ailleurs significatif qu'Edward Lee dans son article n'ait pas du tout expliqué en quoi le fait que la CJUE consacre ce droit au déréférencement peut s'analyser comme une délégation de pouvoir. Pourtant, l'auteur développe plusieurs arguments pour expliquer la « décision européenne » de ne pas internaliser la mise en œuvre du droit au déréférencement en la confiant aux autorités nationales de protection des données<sup>104</sup>. Il détaille également l'ensemble des fonctions attribuées à Google dans le cadre de cette mise en œuvre du déréférencement<sup>105</sup> sans jamais revenir sur la question de la délégation de pouvoir, comme si elle était évidente. Aucune « agence administrative privée » qu'il cite n'a d'ailleurs vu le jour en exécution d'une décision de justice, mais bien plus à l'issue d'un traité ou d'une loi. D'autre part, Edward Lee ne justifie pas réellement l'intérêt d'une telle consécration dans le cas de Google et du droit au déréférencement. En effet, le but ultime de sa démonstration est de proposer la création d'un modèle d'agence administrative hybride. Finalement, sa théorie « d'agence administrative privée » ne semble pas apporter de valeur ajoutée par rapport à la théorie du pluralisme juridique. Il s'agit ni plus ni moins de décrire un phénomène de corégulation du droit européen de la protection des données personnelles par un acteur économique transnational<sup>106</sup>.

(100) S. Tippmann and J. Powles, 24 juill. 2015, Google accidentally reveals data on « right to be forgotten » requests, The Guardian, <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/14/google-accidentally-reveals-right-to-be-forgotten-requests>, consulté le 5 sept. 2015.

(101) Dear Google open letter from 80 academics on « right to be forgotten », The Guardian, 14 mai 2015, [www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten](http://www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten), consulté le 28 août 2015. Cette lettre comporte une liste précise d'informations nécessaires à ce débat public qui ne se trouvent pas dans le rapport dit « de transparence ».

(102) Article préc., spéc. p. 24 s.

(103) *Ibid.*

(104) *Ibid.*, p. 39, il évoque essentiellement une logique d'efficacité et de réduction des coûts.

(105) Il évoque essentiellement la possibilité de rendre des décisions, de mener des enquêtes, de réunir des informations et d'exécution, pouvoir de légiférer à travers l'établissement de règles, d'interprétations et de lignes directrices, capacité à développer une expertise dans le domaine du déréférencement, cf. *ibid.*, p. 40 s.

(106) E. Lee lui-même admet que sa théorie est très proche de celle de la corégulation, ce qui la différencierait serait uniquement que « son concept est concentré sur la personne privée qui est impliquée », *ibid.*, p. 34.



Les arguments évoqués par Edward Lee sur les dérives de la corégulation actuelle du droit au déréférencement sont en revanche parfaitement pertinents. Il relève ainsi que les employés de Google qui sont dans l'équipe de déréférencement n'ont pas de statuts particuliers en lien avec la mission de politique administrative qui leur a été confiée. Google est une entreprise dont l'intérêt économique et politique est tourné vers l'accès à l'information. Cela pose un problème d'impartialité. Enfin et surtout, il recense l'absence de garanties minimales des droits de la défense dans la procédure : les parties ne sont pas entendues, les décisions de Google ne sont pas motivées, il n'y a pas de possibilité d'appel et/ou de se faire entendre à nouveau devant Google.

Pour dépasser le cadre actuel peu transparent et aller vers une approche pluraliste, plusieurs propositions peuvent être faites.

## 2 - La nécessité d'un cadre pluraliste

La mise en place d'un cadre pluraliste suppose que l'ensemble des acteurs puisse participer, d'une part, à la modélisation du droit au déréférencement et, d'autre part, à la mise en œuvre de ce droit.

Actuellement, il n'existe aucune coordination entre les moteurs de recherche. Une première étape serait donc de créer un formulaire commun aux moteurs de

recherche utilisés par les Européens, tels que Google, Yahoo et Bing<sup>107</sup>. Cela dit, une telle coordination n'a véritablement de sens que si elle est prolongée par une modélisation des critères de mise en œuvre du droit au déréférencement. Les questions posées dans le formulaire de requêtes sont en effet étroitement liées à la manière dont le moteur de recherche va ensuite mener son analyse pour déterminer si le déréférencement doit ou non être accepté.

La modélisation des critères du déréférencement pourrait se faire à travers l'adoption d'un code de conduite<sup>108</sup> à l'échelle de l'Espace économique européen. Une telle possibilité existe actuellement sur le fondement de l'article 27, 1, de la directive 95/46. Cette faculté n'a pas été très utilisée dans la pratique, car elle n'a pas suscité d'enthousiasme chez les acteurs<sup>109</sup>. Le premier code de conduite européen a été négocié pendant plus de cinq ans. Même après trois versions successives, il a fait l'objet de recommandations de modifications par le G29 ; cela illustre la difficulté de l'élaboration de tels codes de conduite<sup>110</sup>. Bien qu'encouragée dans le futur règlement général de la protection des données, l'élaboration des codes de conduite européens demeure complexe. Cela suppose les interventions successives de nombreux acteurs : une autorité nationale de protection des données, le Comité européen à la protection des données qui remplacera le G29 et la Commission européenne qui peut par un acte d'exécution déclarer le code « d'application générale au sein de l'Union européenne »<sup>111</sup>. Il est donc

(107) En ce sens, cf. égal. E. Lee, article préc., p. 53.

(108) Cf. C. Kuner, article préc., p. 19, ou encore D. J. B. Svantesson, article préc., p. 17 s., sachant que sa proposition de code est essentiellement tournée vers la résolution des conflits d'extraterritorialité.

(109) En pratique, trois codes de conduite européens ont été adoptés le code de la Fédération européenne du marketing direct (FEDMA), le code de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (AEEP) et de l'Internet advertising Bureau Europe (IAB) en matière de publicité comportementale, et celui de l'IATA en matière de transport aérien. En pratique, seul le premier a véritablement fait l'objet d'un avis favorable de la part du G29. Pour une analyse plus détaillée des codes de conduite européens, cf. N. Metallinos, *Les codes de conduite européens, in Informatiques et Libertés, La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso Éditions, 2015, spéc. p. 191 s.

(110) V. encore récemment l'avis 2/2015 du 22 sept. 2015 dans lequel le G29 qui n'approuve pas le code de conduite C-SIG pour le Cloud Computing, car il juge qu'il n'apporte pas suffisamment de garanties.

(111) Art. 40 § 9 du RGPD.

difficile d'évaluer si les acteurs auront envie d'entamer de telles démarches longues et complexes.

Edward Lee propose une solution ambitieuse visant à la création d'une structure appropriée pour le traitement des demandes. Cette agence administrative hybride agirait comme une instance d'appel des décisions des moteurs de recherche. Elle serait saisie, en cas d'absence d'accord entre les trois moteurs de recherche Google, Yahoo et Bing, sur une demande de déréférencement faite selon un formulaire commun. Cette agence serait composée de trois personnes désignées respectivement par les trois moteurs de recherche, de trois officiels désignés par l'exécutif de l'Union européenne et d'une personne désignée par un vote populaire dans l'Union européenne. Elle serait financée par une contribution financière de ces trois types de membres. Elle aurait également pour tâche de faire un rapport annuel sur la mise en œuvre du droit au déréférencement et d'établir des lignes directrices.

Cette proposition pose néanmoins trois types de difficultés. Elle n'intègre pas la coopération entre les autorités nationales de protection des données dans le cadre de la mise en œuvre du droit au déréférencement. Elle constitue surtout un cadre de traitement intra-européen pour la mise en œuvre du droit au déréférencement. Enfin, elle peut laisser songeur sur la possibilité qu'une telle structure ne soit pas elle aussi dominée par Google qui aura le plus d'expérience en matière de déréférencement face aux

autres partenaires.

L'idée de la nécessité de créer un cadre global pour la protection des données personnelles a souvent été évoquée. Récemment encore, Joseph Cannataci, nommé premier rapporteur spécial sur la vie privée par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, appelait à l'élaboration d'un traité international en matière de protection de la vie privée<sup>112</sup>. Certains considèrent en effet que l'ONU serait le cadre adéquat pour une telle coopération internationale et revendique la création d'une organisation internationale en matière de protection des données<sup>113</sup>. D'autres relèvent que le cadre juridique de l'ONU n'est pas approprié, car trop organisé autour des États souverains et manifestement en crise<sup>114</sup>.

En l'absence de consensus sur la nécessité de créer une nouvelle organisation internationale pour assurer un cadre global à la protection des données personnelles, d'autres voies moins contraignantes ont été mises en place. On peut évoquer, d'une part, la coopération des autorités nationales intervenant dans le champ de la vie privée à l'échelle internationale<sup>115</sup>, d'autre part, des initiatives plus ponctuelles. En ce qui concerne le premier point, plusieurs réseaux ont été mis en place, tels que le « Global Privacy Enforcement Network ou GPEN » en 2010. Ce réseau en lien avec l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) regroupe une cinquantaine d'autorités de contrôle d'Europe, d'Amérique du Nord et d'Amérique latine, d'Asie et du Pacifique, certaines étant des autorités

(112) G. Champeau, Vie Privée, le rapporteur spécial à l'ONU veut un traité international, Numérama, 26 août 2015, [www.numerama.com/magazine/34013-vie-privée-le-rapporteur-special-a-l-onu-veut-un-traite-international.html](http://www.numerama.com/magazine/34013-vie-privée-le-rapporteur-special-a-l-onu-veut-un-traite-international.html).

(113) P. de Hert et V. Papakonstantinou, Three Scenarios for International Governance of Data Privacy Towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency Journal of Law and Policy for the information society, 2013, p. 271.

(114) C. Kuner, The European Union and the Search for an International Data protection Framework, Groningen Journal of International Law, 2014, p. 54, spéc. p. 60. Il suggère lui que le Conseil de l'Europe serait l'enceinte la plus appropriée pour une coopération internationale.

(115) Pour une analyse complète des différents types de réseaux d'autorités de protection des données, cf. le projet PHAEDRA, en particulier Delivrable 4 January 2015 p. 12 s., [www.phaedra-project.eu/wp-content/uploads/Findings-and-recommendations-18-Jan-2015.pdf](http://www.phaedra-project.eu/wp-content/uploads/Findings-and-recommendations-18-Jan-2015.pdf). Cf. égal. C. Girot, L'unification réussie la coopération des autorités nationales en matière de protection des données, Legicom, 2014, p. 109.

nationales de protection des données ou des commissaires à la vie privée. Ce réseau informel fonctionne de façon pragmatique. Il a notamment pour but de « débattre des aspects pratiques de la coopération pour l'application des lois protégeant la vie privée, d'échanger des pratiques exemplaires face aux problèmes transfrontières, d'œuvrer à la définition de priorités communes en matière d'application des lois et de soutenir des initiatives et campagnes conjointes en matière d'application des lois et de sensibilisation ». La Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée qui se réunit chaque année constitue un autre réseau informel de coopération. Lors la 36<sup>e</sup> Conférence qui s'est tenue à l'île Maurice en 2014, un accord pour une coopération globale transfrontière en matière d'exécution a, par exemple, été proposé <sup>116</sup>.

D'autres initiatives peuvent être citées. Il existe un faisceau d'accords bilatéraux de coopération entre autorités de protection des données. Récemment, le projet « privacy bridge » <sup>117</sup> a été mis en place afin d'élaborer un cadre pratique permettant une interopérabilité entre le système juridique américain et européen de la protection de vie privée et des données personnelles. Le projet *Internet & Jurisdiction* mené par Bertrand de La Chapelle vise également à créer une alternative à l'impossibilité actuelle d'harmonisation en facilitant

la création d'un cadre transnational regroupant l'ensemble des acteurs afin de proposer des solutions permettant « la coexistence de différentes normes dans l'espace transfrontière partagé en ligne » <sup>118</sup>.

Ainsi, il existe une multitude d'enceintes dans lesquelles une coopération autour de la mise en œuvre du droit au déréférencement pourrait être discutée selon une approche pluraliste.

En conclusion, deux ans après l'arrêt *Google Spain*, la mise en œuvre du droit au déréférencement pose encore de nombreuses difficultés <sup>119</sup>. L'adoption du nouveau règlement européen de la protection des données qui consacre un droit à l'oubli n'apporte que peu de réponses. La coopération entre les autorités nationales de protection des données personnelles européennes ne permet pas de régler les divergences sur l'étendue des champs d'application géographique, personnel et matériel de ce droit. L'importance des enjeux, tant juridiques, technologiques et sociétaux autour du droit au déréférencement, invitent à dépasser le cadre actuel de cette régulation. La composante transfrontière de ce droit liée au caractère mondial d'internet, la consécration d'un tel droit dans d'autres pays non européens <sup>120</sup>, sont autant d'éléments qui devraient conduire à la confection d'un cadre pluraliste et transparent pour la mise en œuvre du droit au déréférencement.

(116) Global Cross Border Enforcement Cooperation agreement, <http://www.privacyconference2014.org/media/16667/Enforcement-Cooperation-Agreement-adopted.pdf>.

(117) V. en particulier leur rapport Privacy Bridges: EU and US privacy Experts in Search of Transatlantic Privacy Solutions, <https://privacybridges.mit.edu/sites/default/files/documents/PrivacyBridges-FINAL.pdf>, consulté le 26 juin 2016.

(118) Cf. <http://www.internetjurisdiction.net/about/>. Cf. égal. A. Fradin, Faut-il une cour internationale de l'Internet, 17 août 2015, <http://rue89.nouvelobs.com/2015/08/17/faut-cour-internationale-linternet-260768>, où B. de La Chapelle expose ce projet et son implication possible sur la question de la mise en œuvre du droit au déréférencement.

(119) Pour suivre l'évolution de ces difficultés cf. notre chronique bi-annuelle à paraître dans <https://blogdroiteuropeen.com/>.

(120) Il existe un droit au déréférencement, parfois même un véritable droit à l'oubli numérique dans plusieurs États, Chili, Mexique, Argentine, Japon, Russie, Corée du Sud, Pérou.