

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Des « autoroutes de l'information » aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ?

Van Enis, Quentin

Published in:

Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Enis, Q 2018, Des « autoroutes de l'information » aux chemins de campagne... Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ? dans *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde: Liber amicorum Yves Poulet*. Larcier , Bruxelles, pp. 715-746.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 13

Des « autoroutes de l'information » aux chemins de campagne...

Un droit d'accès à l'information à plusieurs vitesses à l'ère numérique ?

Quentin VAN ENIS*

« La démocratie électronique n'est pas la conséquence obligée du développement technologique, [...] son obtention représente un combat pour la transparence de l'action de l'État, pour l'accès de tous aux ressources informationnelles et pour l'utilisation de l'outil technologique dans le processus même de décision politique »¹.

Introduction

1. Des autoroutes et des chemins de campagne, le professeur Yves Pouillet en aura sillonnés de nombreux durant sa remarquable carrière académique. Pionnier du droit de l'informatique et du droit de l'internet, il aura largement contribué à l'instauration d'un dialogue entre deux univers, le droit et l'informatique, répondant de prime abord à des logiques différentes, mais qui, chaque jour un peu plus, sont amenés à se côtoyer. Depuis la fondation du CRID en 1979 (rebaptisé CRIDS en 2010), la zone d'interaction entre le droit et les nouvelles technologies s'est avérée une source intarissable de questionnements, sans cesse renouvelés.

* Chargé de cours invité à l'Université de Namur (CRIDS) et à l'UCL, avocat au barreau de Bruxelles, membre du Conseil de déontologie journalistique.

¹ Y. POULLET, « Libertés et autoroutes de l'information ou comment s'assurer une démocratie électronique », *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, Montréal, Chemins de la recherche, 1996, p. 222.

2. La réflexion que nous entendons développer ici s'inscrit pleinement dans cette thématique de recherche. En particulier, la présente contribution entend interroger la manière dont les juges appréhendent la circulation de l'information à l'ère numérique, en particulier du point de vue du droit à la liberté d'expression consacré à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme que l'article 10 de la Convention « garantit non seulement le droit de communiquer des informations mais aussi celui, pour le public, d'en recevoir »². La même Cour a considéré que « grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information »³. Pour sa part, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se référer à « la liberté d'information des utilisateurs d'Internet, dont la protection est assurée par l'article 11 de la Charte »⁴.

Alors que, dans un passé pas si lointain, l'intérêt qu'il pouvait y avoir à lutter contre la diffusion d'une information déjà disponible dans l'espace public semblait jugée d'un poids tout relatif, la tendance actuelle des juges est d'apprécier la publicité des données de façon graduelle, en particulier s'agissant de données publiées sur l'internet. De cette façon se trouvent plus facilement admises des mesures tendant à se concentrer sur les acteurs dont l'activité confère une accessibilité facilitée à des informations alors que ces mêmes informations sont disponibles par ailleurs, en ligne ou hors ligne, parfois en toute légalité. La Cour de Strasbourg a clairement souligné que les caractéristiques propres à l'Internet pouvaient justifier de revisiter certains principes de sa jurisprudence, dégagés à une période antérieure à l'avènement du réseau : « L'Internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux,

² Voy. par exemple Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, § 59.

³ Cour eur. D.H. (4^e sect.), 10 mars 2009, arrêt *Times Newspapers c. Royaume-Uni (n^{os} 1 et 2)*, § 27.

⁴ C.J.U.E. (4^e ch.), 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12, § 47.

en particulier du droit au respect de la vie privée. Aussi, la reproduction de matériaux tirés de la presse écrite et celle de matériaux tirés de l'Internet peuvent être soumises à un régime différent. Les règles régissant la reproduction des seconds doivent manifestement être ajustées en fonction des caractéristiques particulières de la technologie de manière à pouvoir assurer la protection et la promotion des droits et libertés en cause »⁵. L'analyse révèle pourtant que l'émergence de l'Internet n'a fait que renforcer une évolution en marche.

3. Les juges ont récemment retenu une telle approche s'agissant de la diffusion massive de données à caractère personnel accessibles au public par d'autres biais, de la responsabilité du poseur de liens hypertextes renvoyant vers des contenus librement disponibles, ou pour consacrer un droit au déréférencement de résultats de recherche renvoyant vers des données à caractère personnel toujours présentes sur la Toile⁶.

Ce type de raisonnement peut se comprendre dans un univers comme Internet où l'emprise du droit ne peut, par définition, être totale et où certains acteurs contribuent à assurer une publicité renforcée à certaines informations en jouant un rôle de caisse de résonance. Il peut toutefois conduire, dans certaines hypothèses, à des solutions qui ne paraissent pas totalement satisfaisantes sur le plan de la cohérence juridique comme sur celui de l'ajustement entre les différents intérêts en présence.

⁵ Cour eur. D.H. (5^e sect.), arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, § 63.

⁶ Des exemples de cette approche graduelle de la publicité peuvent être recherchés dans d'autres domaines. À cet égard, la question se pose notamment de savoir si un secret d'affaires qui ne serait pas ou plus totalement secret pourrait justifier la prise de mesures pour en assurer la protection ou en sanctionner la violation (à cet égard, voy. V. CASSIERS, « La directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires », *J.T.*, 2017, pp. 387-388, nos 10-13). On pourrait également se référer à la tendance pour les organes d'autorégulation journalistique de considérer que la simple disponibilité de données sur Internet ne justifie pas nécessairement, au regard du respect de la vie privée des personnes, leur reprise par des organes de presse, à défaut d'intérêt général suffisant (voy., à ce sujet, la prise de position du Conseil suisse de la presse du 9 novembre 2012 à propos de la reprise par des médias suisses de photographies des enfants victimes de la tragédie de Sierre dont certaines avaient été préalablement publiées sur le blog du camp de ski : « [...] S'agissant d'Internet, la publicité ne signifie pas nécessairement "publicité médiatique". Est décisive – et non seulement pour Internet – l'intention avec laquelle quelqu'un s'expose publiquement. Même si l'accès au blog du camp de ski était ouvert à chacun, on ne peut en déduire que les photos étaient automatiquement libérées pour le compte rendu sur l'accident du car », ainsi qu'en Belgique différents avis rendus par le Conseil de déontologie journalistique dans lesquels l'organe d'autorégulation considère, sur le plan du respect de la vie privée des personnes faisant l'objet d'un reportage, que la diffusion d'une photo sur un profil Facebook ne peut être interprétée comme une autorisation tacite de reproduction [cf., parmi de nombreux exemples, l'avis rendu le 14 décembre 2016 sur la plainte 16-23 : <http://www.lecdj.be/telechargements/CDJ-16-23-X-c-v-marche-lameuse-verviers-avis-decembre-2016.pdf>]).

4. Après un rappel de l'approche traditionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme (chapitre 1, section 1) et au travers de différents exemples tirés de la jurisprudence récente de cette même Cour (chapitre 1, section 2), ainsi que de la Cour de justice de l'Union européenne (chapitre 1, section 3), la présente contribution visera, dans un premier temps, à rendre compte de cette propension des juges, sans doute par pragmatisme, à retenir des solutions visant à développer une appréciation graduelle de la publicité des renseignements qui justifie de s'attaquer à ceux dont l'action, notamment sur Internet, contribue à renforcer la publicité de renseignements librement accessibles par d'autres biais, mais peut-être à une échelle moindre (chapitre 1).

Dans un second temps, nous nous livrerons à une appréciation critique de cette tendance lourde de la jurisprudence (chapitre 2). D'emblée, il faut constater que, suivant la perspective adoptée, de telles solutions peuvent soit être présentées comme le résultat d'un subtil équilibre entre les différents intérêts en présence, soit être perçues comme vaines, inefficaces ou, pire, comme l'expression d'un manque de cohérence dans l'attitude des autorités étatiques. À notre estime, si de telles solutions peuvent paraître difficilement évitables en raison tant de la nature du réseau Internet que de la nécessité de conférer une protection adéquate à des droits et libertés en conflit, elles ne vont pas sans soulever une série de questionnements démocratiques essentiels, notamment quant au droit du public d'accéder aux informations⁷.

CHAPITRE 1. Vers une appréciation graduelle de la publicité des informations à l'ère numérique ?

SECTION 1. – L'approche traditionnelle de la Cour européenne de Strasbourg : un secret dévoilé est-il encore vraiment un secret ?

5. Par le passé, la Cour de Strasbourg a plus d'une fois souligné, sur le terrain de la liberté d'expression, l'absence de nécessité de mesures tendant à restreindre la diffusion d'informations qui avaient déjà été rendues

⁷ Voy., de façon générale, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 173-202.

publiques par les intéressés eux-mêmes⁸, que l'on pouvait se procurer auprès d'autres sources dans un même pays⁹ qui avaient perdu leur caractère confidentiel en raison d'une diffusion à l'étranger¹⁰ ou qui étaient accessibles à un grand nombre de personnes qui pouvaient à leur tour les communiquer à d'autres¹¹.

Ce facteur s'est souvent avéré décisif pour conduire la haute juridiction strasbourgeoise à un constat de violation de la liberté d'expression¹². On relèvera par ailleurs que, dans l'une des affaires évoquées, la Cour a expressément écarté l'argument de l'existence d'une différence dans le degré de publicité des informations litigieuses¹³.

6. Dans sa jurisprudence plus récente, la Cour de Strasbourg semble être venue quelque peu nuancer ces principes. Elle a notamment considéré qu'il pouvait se justifier de condamner un journaliste pour avoir contribué à accentuer le dommage résultant de renseignements touchant strictement à la vie privée, quand bien même ces renseignements avaient déjà investi le domaine public.

Ainsi, dans une affaire *Chabanov et Tren c. Russie*, la Cour a souligné que le degré de publicité engendré par une audience publique n'est pas

⁸ Cour eur. D.H., 22 mai 1990, arrêt *Weber c. Suisse*, spéc. §§ 49-51 (condamnation d'un journaliste pour violation du secret de l'enquête à raison d'une déclaration par laquelle le requérant n'avait fait que répéter des informations qu'il avait lui-même déjà divulguées auparavant sans qu'aucune poursuite pénale ne soit intentée à son encontre).

⁹ Cour eur. D.H., 29 octobre 1992, arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, § 76.

¹⁰ Cour eur. D.H., 26 novembre 1991, arrêts *Sunday Times n° 2 et Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, respectivement (§§ 52-56 et §§ 66-70) (interdiction de publication au Royaume-Uni d'un ouvrage rédigé par un ancien agent des services de sécurité alors que ledit ouvrage était déjà disponible aux États-Unis).

¹¹ Cour eur. D.H., 9 février 1995, arrêt *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, § 44 (révélations de secrets d'État par un journal) ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 21 janvier 1999, arrêt *Fressoz et Roire c. France*, § 53 (publication des fiches d'imposition du dirigeant d'une entreprise dans le cadre d'un conflit social).

¹² Comp., sur ce point, avec la jurisprudence de la Cour de cassation, établie sur le terrain de l'article 25 de la Constitution belge, suivant laquelle une mesure de retrait de diffusion d'un écrit imprimé n'est admissible au regard de la disposition précitée qu'après que le propos a connu un début de diffusion suffisant. Sur cette question, notamment dans le contexte des nouveaux médias, voy. notre étude, Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 314-330, n^{os} 247-252.

¹³ Cour eur. D.H., 9 février 1995, arrêt *Vereniging Weekblad Bluf! c. Pays-Bas*, § 45 : « Certes, en l'espèce, une différence existe dans le degré de publicité. Toutefois, les informations en question ont été rendues accessibles à un grand nombre de personnes qui ont pu à leur tour les communiquer à d'autres. En outre, les événements ont été commentés par les médias. Dès lors, la protection de l'information en tant que secret d'État ne se justifiait plus et le retrait de la circulation du numéro 267 de *Bluf!* n'apparaissait plus nécessaire pour atteindre le but légitime poursuivi ».

comparable à celui provoqué par une publication dans les médias¹⁴. Dans son examen d'une autre requête, également dirigée contre la Russie, portant sur la révélation par la presse de l'identité des parents de jeunes délinquants ayant abusé d'un autre enfant lors d'un camp d'été, la Cour a souligné qu'un journaliste ne saurait tirer argument de la diffusion préalable dans la presse et sur le Net d'informations privées pour justifier l'octroi d'une plus grande publicité à ces renseignements¹⁵.

La Cour a également retenu, à la faveur d'une affaire *Krone Verlag GmbH c. Autriche*, qui portait sur la couverture médiatique par un journal d'une situation de conflit familial concernant la garde d'un enfant, que, « *même si les informations étaient devenues connues du public*, à un moment donné, leur répétition pouvait créer un climat de harcèlement continu, entraînant pour la personne concernée un très fort sentiment d'intrusion dans sa vie privée et même de persécution »¹⁶.

7. Certes, l'appréciation par la Cour de Strasbourg de la nécessité d'une mesure restrictive de liberté d'expression dépend largement des circonstances propres à chaque espèce.

Sans doute l'approche classique de la Cour amenant cette dernière à conclure à l'absence de nécessité de restreindre la diffusion de renseignements déjà rendus publics a-t-elle été dédagée dans le contexte d'affaires qui portaient sur des secrets au sens le plus strict du terme. Or, n'a-t-on pas coutume de dire à ce propos qu'une fois dévoilé un secret n'en est plus un ?

Il semble par ailleurs que la Cour ait fait montre de davantage de sévérité encore dans son appréciation de la nécessité lorsque les informations dont on cherchait à restreindre la diffusion ultérieure ne touchaient pas proprement à la vie privée au sens strict, entendue comme l'intimité des personnes, ou à de véritables secrets. À ce propos, dans sa jurisprudence récente, la haute juridiction a considéré à plusieurs reprises qu'il n'y avait aucune nécessité d'empêcher la divulgation d'éléments qui avaient déjà été fournis au public par le biais d'articles publiés dans d'autres journaux¹⁷

¹⁴ Cour eur. D.H. (5^e sect.), 14 décembre 2006, arrêt *Chabanov et Tren c. Russie*, § 47 (à propos de la révélation d'informations contenues dans un certificat médical produit à l'audience).

¹⁵ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), 19 juin 2010, arrêt *Aleksey Ovchinnikov c. Russie*, §§ 49-50.

¹⁶ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), 19 juin 2012, arrêt *Krone Verlag GmbH c. Autriche*, § 59 (nous soulignons).

¹⁷ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), 30 mars 2006, arrêt *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş. c. Turquie (n° 1)*, § 81 ; Cour eur. D.H. (2^e sect.), 10 mars 2009, arrêt *Özgür Radyo-Ses Radyo-Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş. c. Turquie (n° 3)*, § 28. Dans ces deux affaires, la Cour a souligné que la diffusion de la même information par d'autres médias n'avait pas donné lieu à des poursuites.

ou qui étaient déjà de notoriété publique¹⁸. Plus récemment, la Cour, saisie d'une violation alléguée de l'article 8 de la Convention, a été jusqu'à admettre qu'il n'appartenait pas au pouvoir judiciaire de s'engager dans une réécriture de l'histoire en ordonnant la suppression du domaine public de toute trace de publications qui auraient, dans le passé, été jugées par des décisions judiciaires définitives comme des attaques injustifiées portées à l'encontre de la réputation d'individus¹⁹.

Il n'en reste pas moins qu'une évolution générale est perceptible dans la manière dont la Cour appréhende la publicité, notamment dans le contexte des nouveaux médias.

SECTION 2. – Les indices d'une évolution dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le contexte des nouveaux médias ?

8. Comment la Cour européenne des droits de l'homme appréhende-t-elle la question de la nécessité de restreindre la diffusion des renseignements sur Internet ?

Dans un premier temps, la Cour a étendu son approche classique à Internet à la faveur de l'affaire *Éditions Plon c. France* qui portait sur l'interdiction de publication du livre *Le Grand Secret*, rédigé par le médecin de feu le président Mitterrand dans les jours qui suivirent la mort de ce dernier, et qui révélait des informations protégées par le secret médical. Amenée à se prononcer notamment sur la nécessité du maintien, durant plus de neuf mois après le décès du président, de l'interdiction de diffusion d'un ouvrage qui pouvait éclairer le débat public sur le comportement de la première figure de l'État, la Cour a relevé que, « lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement cet ouvrage avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais, en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. À ce moment-là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un impératif prépondérant »²⁰.

¹⁸ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 5 avril 2011, arrêt *Fatih Tas c. Turquie*, § 40. La Cour ne semble pas admettre de gradation dans l'appréciation de la nécessité comme elle pourrait plus facilement le faire sur le terrain de la protection de la vie privée au sens strict : « [...] le préjudice potentiel que la restriction visait à prévenir s'était déjà réalisé ».

¹⁹ Cour eur. D.H. (4^e sect.), 16 juillet 2013, arrêt *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, § 65.

²⁰ Cour eur. D.H. (2^e sect.), 18 mai 2004, arrêt *Éditions Plon c. France*, § 53.

Une première évolution est cependant décelable dans une décision *Perrin c. Royaume-Uni*, même si le contexte particulier de l'affaire peut sans doute en partie expliquer la position de la Cour²¹. L'affaire, qui portait sur la condamnation pénale du gestionnaire d'un site pornographique, dont la page de prévisualisation à accès gratuit comprenait des contenus obscènes, a amené la Cour à considérer que la circonstance que la loi nationale, en raison de la disponibilité très large des contenus pornographiques sur Internet, « [...] ne fournit qu'une protection limitée aux personnes vulnérables ne justifierait en rien qu'un gouvernement responsable renonce à tenter de les protéger ». Les juges strasbourgeois ont fermement rejeté l'argument tiré par le requérant de la jurisprudence traditionnelle de la Cour en matière de secret : « il existe une nette différence entre ce qui est nécessaire pour préserver la confidentialité d'informations secrètes, laquelle est compromise dès la toute première publication des informations en cause, et ce qui est nécessaire à la protection de la morale, laquelle peut subir une atteinte à chaque fois qu'une personne est confrontée aux documents litigieux ».

9. Une affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, tranchée en formation de grande chambre en 2012, témoigne de manière évidente d'une appréciation graduelle de la publicité d'informations diffusées – notamment – au moyen de l'internet²².

Dans son arrêt, confirmant la position adoptée avant elle par une formation de chambre, la formation solennelle de la Cour a jugé que les autorités suisses avaient légitimement pu interdire l'apposition dans l'espace public d'une affiche publicitaire en faveur du Mouvement raëlien suisse. Le Mouvement raëlien est une association religieuse militant pour l'établissement d'une « génocratie » (doctrine selon laquelle le pouvoir ne devrait être exercé que par des individus présentant un coefficient intellectuel élevé), favorable au clonage humain, prônant une forme de « méditation sensuelle » et dont certains membres ont, par le passé, été impliqués dans des affaires de sévices sexuels sur des mineurs. Le contenu de l'affiche litigieuse ne semblait pas critiquable en soi. La seule difficulté résidait visiblement dans le fait que ladite affiche renseignait l'adresse du site Internet de l'association, site librement accessible, qui n'avait jamais fait l'objet d'une interdiction. En l'espèce, la grande chambre a jugé, à la plus courte des majorités (9 voix contre 8), que l'interdiction de la campagne d'affichage de l'association requérante était bien proportionnée à

²¹ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), 18 octobre 2005, déc. *Perrin c. Royaume-Uni*.

²² Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 juillet 2012, arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*.

l'objectif de la prévention du crime, de la protection de la santé et de la morale et de la protection des droits d'autrui.

L'arrêt et ses nombreuses opinions séparées recèlent de nombreux enseignements sur lesquels nous ne pouvons mettre l'accent ici. Au titre de ceux-ci, la Cour se prononce notamment sur la place à réserver à l'internet dans le paysage médiatique actuel où le réseau numérique est appelé à coexister avec les médias traditionnels²³. En particulier, à travers l'opposition entre la majorité et certains des juges dissidents, l'affaire laisse apparaître l'ambivalence du rôle de l'internet. Ainsi, dans la conception de la majorité, le Web semble pouvoir servir de « valve de sûreté » et contribuer à la proportionnalité d'une interdiction de diffusion touchant un autre média (en l'occurrence, l'affichage dans l'espace public)²⁴, tandis que, pour certains juges dissidents, la diffusion licite d'un propos sur l'internet devrait en principe justifier – par un impératif de cohérence – l'admissibilité de sa dissémination par le biais d'autres canaux²⁵.

Aux yeux d'une majorité de juges, en tout cas, la disponibilité de l'information sur l'internet ne semble pas suffire à justifier qu'une plus grande publicité lui soit accordée par le biais d'un affichage dans l'espace public. Une nouvelle fois dans le contexte de l'internet, la Cour semble donc avoir mis en œuvre une appréciation graduelle de la publicité des renseignements litigieux.

Un point éminemment critiquable dans le raisonnement de la majorité consiste à citer l'internet parmi les moyens alternatifs qui s'offraient à l'association litigieuse pour diffuser ses idées alors que, précisément, le site Internet de la requérante servait à justifier l'interdiction de la campagne d'affichage ! Comme l'ont souligné certains juges dissidents, « si dans certaines situations une interdiction limitée peut se justifier au motif qu'il existe des moyens alternatifs de communication, tel n'est évidemment pas le cas lorsque pareille interdiction se fonde sur les mêmes critiques que celles adressées à ces moyens alternatifs »²⁶.

Dans son appréciation, la Cour a, du reste, totalement éludé une importante question qui apparaissait en filigrane dans cette affaire : celle de la responsabilité découlant du fait de poser des hyperliens vers des contenus présents sur la Toile, le principal motif d'interdiction de la campagne

²³ Voy., à cet égard, S. TURGIS, « La coexistence d'Internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2013, pp. 21-25.

²⁴ *Ibid.*, § 73.

²⁵ Voy. not. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić et Yudkivska, § 6.

²⁶ *Ibid.*, § 9.

d'affichage litigieuse résidant dans la présence sur l'affiche incriminée de l'adresse du site Internet de l'association requérante²⁷. Sur ce point, la majorité n'a pas suivi l'avis de l'organisation « Article 19 » qui soutenait dans son intervention volontaire qu'« une mesure consistant à exiger la suppression d'un lien sans traiter d'abord la source du contenu prétendument illégal constituerait toujours une démarche disproportionnée »²⁸. Sur ce point, la majorité aurait sans doute été mieux inspirée en suivant l'approche de la Cour suprême du Canada qui a considéré que « tant les hyperliens que les renvois signalent l'existence d'une information sans toutefois en communiquer eux-mêmes le contenu »²⁹.

10. L'arrêt rendu il y a peu dans une affaire *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* confirme une évolution notable dans l'approche de la Cour³⁰.

Cette affaire a donné lieu à une véritable saga judiciaire³¹ qui, entre autres péripéties, a vu la Cour administrative suprême de Finlande saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une série de questions préjudicielles³² et, après épuisement des voies de recours nationales, au terme d'une double procédure, les entreprises concernées, introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière fut elle-même amenée à se prononcer successivement en formation de chambre³³ et en formation de grande chambre.

En substance, il était question de deux sociétés dont les activités coordonnées consistaient à recueillir des données auprès des autorités fiscales finlandaises aux fins de publier dans un magazine des informations sur les revenus imposables et le patrimoine d'une grande partie des personnes physiques, ainsi que d'alimenter un service permettant à tout intéressé

²⁷ Arrêt préc., § 69.

²⁸ Arrêt préc., § 47.

²⁹ *Crookes c. Newton*, 2011, CSC 47, disponible à l'adresse suivante : <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/7963/index.do>. Voy. égal. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić et Yudkivska et celle du juge Pinto de Albuquerque. On verra plus loin que la manière dont la Cour de justice de l'Union européenne appréhende la question de l'établissement d'hyperliens renvoyant vers des contenus protégés par le droit d'auteur n'est pas non plus exempte de critiques.

³⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 27 juin 2017, arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*.

³¹ La grande chambre, comme la chambre saisie avant elle, a d'ailleurs conclu à la violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention en raison de la durée excessive de la procédure.

³² C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, aff. C-73/07.

³³ Cour eur. D.H. (4^e sect.), 21 juillet 2015.

d'obtenir par SMS les informations fiscales se rapportant à une personne déterminée, pour autant que la base de données les contînt.

La principale question qui se posait en l'espèce était de savoir si les juridictions nationales finlandaises n'avaient pas méconnu le droit à la liberté d'expression des deux sociétés concernées en leur refusant le bénéfice du régime dérogatoire prévu par le droit national (transposant sur ce point l'article 9 de la directive 95/46/CE sur la protection des données à caractère personnel)³⁴ en faveur des traitements de données effectués « aux seules fins de journalisme »³⁵ et, partant, en leur faisant interdiction de diffuser massivement les informations litigieuses « selon ces modalités » et « à cette échelle ». S'il est vrai que, saisie dans le cadre de la même affaire, la Cour de justice de l'Union européenne avait défini assez largement les « activités de journalisme » comme des activités qui « ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit »³⁶, la même Cour avait aussi insisté sur le fait que les limitations et dérogations autorisées dans ce cas « doivent s'opérer dans les limites du strict nécessaire »³⁷.

Il est important, pour bien prendre la mesure de la position adoptée par la Cour de Strasbourg dans cette affaire, de rappeler que les données litigieuses présentaient un caractère public selon le droit national, qu'elles étaient librement accessibles à tout intéressé selon des modalités particulières et qu'elles avaient également fait l'objet de publications par d'autres médias, quoique sous une forme différente et dans un volume moindre.

Admettant l'existence d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression des sociétés requérantes, la Grande chambre a considéré que ladite ingérence était bien justifiée au regard des conditions cumulatives énoncées au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention.

Le raisonnement de la Cour au sujet de la condition de nécessité dans une société démocratique mérite une attention particulière, car il illustre à merveille la tendance consistant, dans le contexte des nouvelles technologies, à apprécier de manière graduelle la nécessité de restreindre la diffusion de renseignements accessibles par ailleurs. La Cour a donné sa préférence à la thèse du gouvernement défendeur selon laquelle « l'accès du public [aux données litigieuses] n'entraîne pas un droit de les publier

³⁴ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995, p. 31.

³⁵ Pour une synthèse de la question, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 564-603, n^{os} 440-467.

³⁶ Arrêt préc., § 61.

³⁷ Arrêt préc., § 56.

« systématiquement »³⁸ plutôt qu'à celle des différents tiers intervenants, invitant de façon générale la Cour à interpréter largement la notion de « journalisme », en vue de couvrir « le journalisme de données », lequel « consiste à rendre des informations existantes plus utiles pour le public », ainsi que « les cas où des journalistes publient des bases de données »³⁹.

Tout en les adaptant à sa propre grille de lecture élaborée dans des affaires mettant en jeu des conflits entre les droits garantis respectivement par les articles 8 et 10 de la Convention, la Cour a repris plusieurs critères avancés par la Cour administrative suprême de Finlande.

La Cour a notamment attaché une importance particulière à l'absence alléguée de contribution au débat d'intérêt général des activités de publication litigieuses. Pour la haute juridiction strasbourgeoise, « l'existence d'un intérêt général à ce que de grandes quantités de données fiscales soient accessibles et à ce que la collecte de données soit autorisée ne signifie pas nécessairement ou automatiquement qu'il existe également un intérêt général à diffuser en masse pareilles données brutes, telles quelles, sans aucun apport analytique »⁴⁰. Pour la Cour, de telles activités ne pouvaient être considérées comme exercées aux « seules » fins de journalisme, dès lors qu'à défaut de tout travail d'interprétation par les sociétés requérantes, elles participaient plutôt à satisfaire l'appétence du public pour le sensationnalisme ou le voyeurisme⁴¹. Sans entrer ici dans une analyse détaillée de l'arrêt, on signalera que, par le passé, la Cour a considéré que la communication de données techniques relevait du champ d'application de l'article 10⁴² et a souligné l'importance de laisser la possibilité au public de définir lui-même le sens à donner à certaines informations⁴³. Dans

³⁸ Arrêt préc., § 107.

³⁹ Voy. en particulier les observations de l'European Information Society Institute (arrêt préc., § 114).

⁴⁰ Arrêt préc., § 175.

⁴¹ Arrêt préc., §§ 176-178. Les juges Sajó et Karakaş ont relevé, dans leur opinion dissidente, que la majorité ne définit pas de manière précise ce qu'il faut entendre par « voyeurisme », terme qui, dans le langage courant, « est défini comme "la pratique consistant à rechercher un plaisir sexuel en regardant d'autres personnes lorsqu'elles sont nues ou en train de se livrer à des rapports sexuels" ou comme la "tendance à se repaître de la souffrance ou de la détresse d'autrui" (Oxford Dictionary, Oxford University Press, 2017) » (pt 12, note 7).

⁴² Cour. eur. D.H., 16 décembre 1992, arrêt *Hadjianastassiou c. Grèce*, § 39 (à propos de la transmission de renseignements militaires secrets d'importance mineure à une société privée). La Cour a souligné à cette occasion que le domaine de l'article 10 « ne se limite pas à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression ».

⁴³ À cet égard, voy. not. Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 décembre 2007, arrêt *Stoll c. Suisse*, § 147, où la Cour semble reprocher au requérant, journaliste, de ne pas avoir publié l'intégralité du rapport sur lequel il avait fondé ses articles, ce qui « aurait permis aux lecteurs de se former leur propre opinion ».

ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de justice dans le cadre de la même affaire, l'avocat général avait également affirmé qu'aux fins de la détermination du champ d'application du régime des « seules fins de journalisme », « peu importe – contrairement à certains points de vue – de savoir si les données diffusées sont traitées ou commentées par la rédaction »⁴⁴.

Reconnaissant que les informations litigieuses se trouvaient déjà dans le domaine public, la Cour de Strasbourg a rappelé la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui, se prononçant toutefois dans le cadre plus limité du champ d'application de la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel, a considéré par deux fois que le caractère public des informations traitées n'excluait pas ces données ni du champ d'application de la directive, ni des garanties mises en place aux fins de la protection de ces données⁴⁵. La Cour de Strasbourg a également semblé vouloir faire montre de clémence à l'égard de l'État finlandais, ce dernier faisant figure d'exception dans son choix de garantir une très grande transparence par l'accessibilité au public des données fiscales⁴⁶.

11. Adopté à une très large majorité de quinze juges sur dix-sept, le constat de non-violation de l'article 10 n'en est pas moins contestable. L'on invite le lecteur intéressé à lire en intégralité l'opinion dissidente formulée par les juges Sajó et Karakaş. Ces derniers mettent notamment en exergue les exigences, inédites dans la jurisprudence de la Cour, que la majorité semble faire peser sur les journalistes quant à la quantité de données qu'il leur serait autorisé de diffuser et la forme que devrait prendre la publication de ces données. Se pose en effet, tant du point de vue de la prévisibilité que du point de vue de la nécessité de l'ingérence, la question

⁴⁴ Concl. av. gén. КОКОТТ, présentées le 8 mai 2008, préc. l'arrêt précité de la C.J.C.E.

⁴⁵ Arrêt *Tietosuojavaluutus c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, préc., § 48, et C.J.U.E. (gde ch.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, § 30. La Cour de Strasbourg a pu s'appuyer sur le précédent constitué par l'arrêt *Google Spain* de la Cour de justice de l'Union européenne, d'où il ressort, sans justification explicite cependant, que les dérogations prévues en faveur des activités journalistiques ne couvrent pas l'activité de référencement d'un moteur de recherche. Voy. *infra*, à ce propos.

⁴⁶ Comp., sur ce point, avec les arrêts *Kalda c. Estonie* (2^e sect., 19 janvier 2016) et *Jankovskis c. Lituanie* (4^e sect., 17 janvier 2017), dans lesquels la Cour n'a pas manqué de pointer du doigt deux États qui, quoique faisant figure d'exemples au sein du Conseil de l'Europe par leur consécration d'un droit limité d'accès à Internet en faveur des détenus, lequel, de l'avis de la Cour, ne peut être directement déduit de l'article 10 de la Convention, avaient omis de tirer toutes les conséquences de cette reconnaissance en refusant, sans justification valable, l'accès par ces détenus à d'autres sites déterminés que ceux auxquels un accès leur était spécialement reconnu.

de savoir à partir de quel seuil la publication de données pourrait être légitimement interdite sur le fondement de la protection des données. Quant à la forme de la publication, et à la condition avancée par la majorité d'une « analyse » des données, les juges dissidents soulignent à bon escient que, suivant une jurisprudence bien établie, la Cour considère qu'il ne lui appartient pas, et pas davantage aux juridictions nationales, de se substituer à la presse dans la définition des techniques de compte rendu qu'elle souhaite adopter. Les juges dissidents ont également fortement insisté sur la circonstance que les informations publiées par les requérantes « étaient censées être publiques », qu'« elles n'étaient soumises à aucune exigence de confidentialité » et que, dans la mise en balance à effectuer sur le terrain de l'article 10 de la Convention, « on doit impérativement tenir compte du manque du défaut total de confidentialité et/ou d'intimité personnelle afférent aux informations publiées par des journalistes ».

SECTION 3. – Une appréciation graduelle de la publicité des informations sur Internet dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ?

12. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg révèle-t-elle également une approche graduelle de la publicité des informations diffusées sur la Toile ? Sans prétention à l'exhaustivité, il nous semble que, dans trois domaines au moins, la Cour de justice semble s'appuyer sur une telle appréciation : le blocage de sites Web comportant des fichiers violant le droit d'auteur (§ 1), le droit au déréférencement opposable aux moteurs de recherche (§ 2) et la responsabilité résultant de l'établissement d'hyperliens renvoyant vers des contenus protégés par le droit d'auteur (§ 3).

§ 1. Le blocage de sites Web aux fins de protéger le droit d'auteur

13. La première illustration concerne l'approche retenue par la Cour de justice dans l'affaire *UPC Telekabel Wien GmbH* relativement à la possibilité d'enjoindre à des fournisseurs d'accès à Internet de bloquer l'accès à des sites comportant des fichiers contrefaisants⁴⁷.

⁴⁷ C.J.U.E. (4^e ch.), 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH et Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, aff. C-314/12. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, « Blocage de site Web à contenu illégal : la

L'une des principales questions se posant dans le contexte de cette affaire était de savoir si des mesures de blocage, facilement contournables notamment en raison de la disponibilité persistante des fichiers en ligne, pouvaient être imposées à un fournisseur d'accès⁴⁸.

Ce qu'il convient d'emblée de souligner, c'est qu'outre leur caractère facilement contournable, les mesures de blocage de contenus ne permettent généralement pas de cibler exclusivement des contenus qui seraient diffusés en violation du droit d'auteur, avec, pour conséquence, que des contenus parfaitement licites se retrouvent souvent bloqués dans les mailles du filet⁴⁹. Le blocage d'un site entier soulève ainsi des doutes au regard de l'exigence de proportionnalité lorsque tous les contenus qui s'y trouvent ne sont pas illicites⁵⁰. Ce problème avait été pressenti au cours de l'élaboration de la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux filtres Internet : « Si *une partie importante* du contenu bloqué est en fait inoffensive, la restriction imposée à la liberté d'expression peut être considérée comme disproportionnée au regard du but légitime poursuivi »⁵¹.

Cour de justice affine sa jurisprudence », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 38-60.

⁴⁸ La question avait été posée par le juge national autrichien en ces termes : « Est-il conforme au droit de l'Union et notamment à la nécessaire mise en balance des droits fondamentaux des parties concernées d'imposer à un fournisseur d'accès [à Internet] des mesures concrètes visant à rendre plus difficile à ses clients l'accès à un site Internet dont le contenu a été illégalement mis à disposition, lorsque ces mesures, qui requièrent des moyens non négligeables, peuvent facilement être contournées sans connaissances techniques spécifiques ? »

⁴⁹ Dans une précédente contribution, nous soulignons que « les mesures de filtrage et de blocage peuvent à cet égard être qualifiées d'*underinclusive* pour souligner leur relative inefficacité. Le filet ne parvient pas à juguler efficacement l'ensemble des communications illicites. Certains de ces contenus trouvent leur chemin en le contournant. D'un autre côté et dans le même temps, les mesures en question apparaissent *overinclusive*, en ce que les mailles du filet se révèlent extrêmement étroites. En conséquence, des contenus parfaitement licites s'y trouvent bloqués » (Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'Internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. D.H.*, 2013, p. 862).

⁵⁰ Voy. not. F. LA RUE, « Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression », ONU, Assemblée générale, 16 mai 2011, A/HRC/17/27, § 31 : « [...] *even where justifications is provided, blocking measures constitute an unnecessary or disproportionate means to achieve the purported aim, as they are often not sufficiently targeted and render a wide range of content inaccessible beyond that which has been deemed illegal* ».

⁵¹ Rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008)37add, 26 février 2008, § 49. Nous soulignons.

Même si la Cour n'a pas directement répondu à la question susmentionnée, qui dépendait de la réponse apportée à d'autres questions qui lui étaient également posées, l'arrêt témoigne une nouvelle fois d'une approche graduelle de la publicité, compte tenu de l'absence d'efficacité totale des mesures restrictives de la liberté d'expression en ligne résultant de la présence persistante des contenus contrefaisants sur la Toile.

Chargée par ailleurs de répondre à la question de savoir si une injonction de blocage d'un site Web formulée en des termes très généraux et sans prescription de mesures concrètes imposée à un fournisseur d'accès respecterait bien la mise en balance entre les droits de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise de l'intermédiaire et la liberté d'information des internautes, d'autre part, la Cour a considéré que, « bien que les mesures prises en exécution d'une injonction [...] ne soient pas susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle, elles ne sauraient être considérées pour autant comme incompatibles avec l'exigence d'un juste équilibre à trouver [...] entre tous les droits fondamentaux applicables »⁵².

Aux yeux du juge européen, l'absence d'efficacité totale ne semble pas constituer un obstacle rédhibitoire à la proportionnalité d'une injonction de blocage à l'égard d'un fournisseur d'accès. Ce constat est renforcé par la seconde des deux conditions auxquelles la Cour soumet le prononcé d'une mesure de blocage. À l'estime de la haute juridiction européenne, pour respecter le juste équilibre à atteindre entre droits fondamentaux concurrents, les mesures de blocage doivent, d'une part, éviter de priver inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, empêcher ou, au moins, rendre *difficilement réalisables* les consultations non autorisées des objets protégés ou *décourager sérieusement* les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de l'injonction de consulter les objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle.

Au-delà de l'admissibilité d'une mesure à l'efficacité limitée en vue de protéger les droits de propriété intellectuelle, la Cour de justice semble considérer que le caractère aléatoire des résultats auxquels la mesure permet d'aboutir contribue même à la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits concurrents des droits de propriété intellectuelle, à savoir, notamment, le droit des internautes d'accéder à l'information sur la Toile. Aussi, la Cour souligne-t-elle expressément « qu'il n'est pas exclu que l'exécution d'une injonction, telle que celle en cause au principal, n'aboutisse pas à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété

⁵² Arrêt préc., § 63.

intellectuelle des personnes intéressées », en ajoutant ensuite qu'« il ne ressort nullement de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte que le droit de propriété intellectuelle soit intangible et que, partant sa protection doit nécessairement être assurée de manière absolue »⁵³.

L'avocat général P. Cruz Villalón avait, lui aussi, considéré dans ses conclusions⁵⁴ que le fait que « les mesures de blocage en cause, [...] "peuvent facilement être contournées, même sans connaissances techniques spécifiques" »⁵⁵ « [...] ne [suffit] toutefois pas à considérer toute mesure de blocage comme inappropriée »⁵⁶.

Dans le même ordre d'idées, en Belgique, dans l'affaire *The Pirate Bay*, opposant la Fédération belge contre le piratage aux fournisseurs d'accès Telenet et Belgacom, auxquels il était demandé de bloquer l'accès à un certain nombre de noms de domaine renvoyant vers la célèbre plate-forme de partage de « torrents » permettant l'échange de fichiers entre internautes, la cour d'appel d'Anvers a considéré que les possibilités techniques de contournement de la mesure de blocage imposée aux fournisseurs d'accès n'empêchaient pas la mesure d'être efficace, dans une certaine mesure, à l'égard de l'« utilisateur moyen »⁵⁷.

Pourtant, comme le fait observer le juge Pinto de Albuquerque de la Cour européenne des droits de l'homme, « dans le domaine de l'Internet, un facteur additionnel à considérer est le fait que certaines mesures de blocage peuvent aisément être contournées, ce qui rend la nécessité de la mesure douteuse »⁵⁸.

§ 2. Le droit au déréférencement opposable aux moteurs de recherche

14. Le très médiatique arrêt *Google Spain*⁵⁹ et la consécration jurisprudentielle d'un droit au déréférencement opposable aux moteurs de

⁵³ Arrêt préc., § 61.

⁵⁴ Concl. présentées le 13 novembre 2013, §§ 99-102.

⁵⁵ *Ibid.*, § 99. L'avocat général précisait ainsi que « [...] d'une part, les utilisateurs d'Internet peuvent sans grandes difficultés contourner la mesure de blocage et, d'autre part, les exploitants du site Internet portant atteinte au droit d'auteur peuvent proposer leur site Internet dans une forme identique[,] mais sous une autre adresse IP ou sous un autre nom de domaine ».

⁵⁶ *Ibid.*, § 100.

⁵⁷ Anvers (1^{re} ch.), 26 septembre 2011, *R.A.B.G.*, 2011/18, p. 1269, note P. VAN EECKE et A. FIERENS ; *A.&M.*, 2012, p. 216.

⁵⁸ Opinion concordante jointe à Cour eur. D.H. (2^e sect.), 18 décembre 2012, arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*.

⁵⁹ Arrêt préc.

recherche témoignent également, dans l'appréciation des restrictions à la liberté d'expression dans l'univers numérique, d'une relativisation du critère, souvent dirimant par le passé, de la publicité existante des informations⁶⁰.

En l'espèce, le litige au principal portait sur le bien-fondé de la décision adoptée par l'Agence espagnole de protection des données et faisant obligation au célèbre moteur de recherche d'adopter les mesures nécessaires pour empêcher qu'une requête sous le nom du demandeur ne fasse apparaître dans les résultats de recherche des liens vers une annonce parue en 1998 dans le journal espagnol *La Vanguardia* – dont les archives avaient ultérieurement été mises en ligne – « pour une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale ».

15. Deux des trois principales questions préjudicielles posées à la haute juridiction européenne laissaient apparaître le défaut potentiel de nécessité d'une obligation de déréférencement partiel imposée à un moteur de recherche. Leur formulation faisait ressortir (1) le défaut pour la personne concernée de s'être adressée « préalablement ou simultanément au propriétaire du site Web sur lequel figurent lesdites informations », (2) la circonstance que « les données personnelles ont été publiées légalement par des tiers et demeurent sur le site Web d'origine » et (3) le fait « qu'il s'agirait d'informations publiées légalement par des tiers ».

Vraisemblablement pour écarter un possible grief d'absence de nécessité, et pour faire échec à la consécration d'une éventuelle exigence de subsidiarité qui aurait imposé à la personne concernée d'agir préalablement contre le propriétaire du site source contenant les informations

⁶⁰ La présente contribution ne vise pas à livrer un commentaire exhaustif de cet arrêt. À cet égard, nous renvoyons le lecteur vers d'autres études. Voy. not. le dossier spécial de la *Cah. Dr. Inf.*, juillet 2014, n° 106, pp. 67-93. Voy. également, entre autres commentaires, E. CRUYMANS 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" », *J.T.*, 2014, pp. 457-459 ; A. CASSART et J.-F. HENROTTE, « Arrêt *Google Spain* : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli », *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1183-1191 ; E. FRANTZIOU, « Further developments in the right to be forgotten: The European Court of Justice's judgment in case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección* », *H.R.L.R.*, 2014, pp. 761-777 ; J. AUSLOOS et B. VAN ALSENOY, note, *A.&M.*, 2014, pp. 411-416 ; E. DEFREYNE et R. ROBERT, « L'arrêt "Google Spain" : une clarification de la responsabilité des moteurs de recherche... aux conséquences encore floues », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 73-114 ; C. KUNER, « The Court of Justice of the EU judgment on data protection and Internet search engines: current issues and future challenges », septembre 2014, pp. 29-30, disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060, pp. 1-31.

litigieuses afin de les faire supprimer, la Cour de justice a fortement insisté sur le fait que l'activité d'un moteur de recherche était *différente et additionnelle* à celle d'un éditeur, lequel, selon la directive « protection des données », pourrait, quant à lui, le cas échéant, se prévaloir du régime des traitements de données effectués aux seules fins de journalisme pour faire échec à une demande de retrait. Jugé non suffisamment neutre par rapport aux données à caractère personnel pour échapper à la qualification de responsable de traitement, un moteur de recherche « généraliste » comme Google ne semble, quant à lui, pas être suffisamment proche du contenu aux yeux de la Cour de justice pour revendiquer le bénéfice du régime particulier des traitements effectués aux seules fins de journalisme, lequel est pourtant défini assez largement par la Cour de justice puisque, pour rappel, il vise les activités qui « ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit »⁶¹.

16. Il est indéniable que, comme véritables portes d'entrée vers les renseignements disponibles sur la Toile, les moteurs de recherche peuvent amplifier la diffusion de certaines informations et notamment de données à caractère personnel. Mais la Cour de justice n'aurait-elle pas pu considérer, à la lumière de son arrêt *Svensson*, rendu sur le terrain du droit d'auteur et concernant la mise en place d'hyperliens vers des contenus protégés, qu'à défaut d'indication contraire de leur part, les éditeurs entendent être référencés par les moteurs de recherche⁶² de sorte que le public qui accède au contenu par le biais de ces derniers est prévisible et recherché par les éditeurs et ne constitue pas à proprement parler un public nouveau par rapport à celui qui consulte les articles directement sur le site indexé⁶³ ? Telle était l'opinion de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire concernée⁶⁴. Conscient toutefois de la difficulté qu'il y avait à remédier aux problèmes de protection des données à caractère personnel « en s'adressant uniquement aux responsables de traitement des pages

⁶¹ Arrêt *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, préc., § 61.

⁶² En ce sens, voy. concl. av. gén. N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *Google Spain*, § 122.

⁶³ C.J.U.E. (4^e ch.), 13 février 2014, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB*, C-466/12, §§ 24-28. Voy. aussi C.J.U.E. (9^e ch.), 21 octobre 2014, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*, C-348/13, §§ 15-16. Rappr. concl. préc. av. gén. N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *Google Spain*, § 33 : « [...] dans sa forme de base, un moteur de recherche sur Internet ne crée pas en principe de contenu autonome nouveau. Dans sa forme la plus simple, il se borne à indiquer où trouver un contenu préexistant, mis à disposition par des tiers sur l'Internet, en fournissant un hyperlien vers le site Web qui comporte les termes recherchés ». Voy. *infra* à ce propos.

⁶⁴ Concl. av. gén. N. JÄÄSKINEN précédant l'arrêt *Google Spain*, préc., §§ 41-43.

Web source »⁶⁵, l'avocat général avait néanmoins considéré que la responsabilité des gestionnaires de moteurs de recherche ne devait être que *subsidaire* par rapport à celle des éditeurs des pages Web contenant les données à caractère personnel litigieuses⁶⁶.

Si la crainte de la possibilité offerte par les moteurs de recherche aux utilisateurs de pouvoir dresser un profil complet des personnes physiques, tout autant que celle inspirée par l'ubiquité de l'internet semblent avoir fondé la solution retenue par la Cour⁶⁷, ne faut-il pas constater, en raison précisément des caractéristiques techniques du réseau, que le déréférencement se trouve frappé d'une relative inefficacité ? Ainsi, le contournement du déréférencement appliqué à l'heure actuelle sur les extensions européennes (.be, .fr, .es, etc.) de Google est possible aujourd'hui par la simple consultation de la version mondiale (« Google.com ») du célèbre moteur de recherche⁶⁸. En conséquence, de manière pour le moins paradoxale, une comparaison entre les résultats ainsi affichés sur les différentes versions d'un moteur de recherche permet non seulement d'établir le profil exhaustif de l'ensemble des personnes physiques en dépit du déréférencement partiel intervenu, mais également d'effectuer un relevé précis des informations considérées comme gênantes aux yeux des personnes qui auraient exercé leur droit au déréférencement.

⁶⁵ *Ibid.*, §§ 44 et 45.

⁶⁶ *Ibid.*, §§ 43 et 46. Voy. aussi la référence, faite au paragraphe 88 des conclusions de l'avocat général, à l'avis 1/2008 du Groupe de travail « Article 29 » sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche (p. 15) : « Le principe de proportionnalité veut que, lorsqu'un fournisseur de moteur de recherche agit exclusivement en tant qu'intermédiaire, il ne soit pas considéré comme le principal responsable du traitement des données à caractère personnel effectué. Dans ce cas, les responsables principaux sont les fournisseurs d'informations ». Rapp. également R. HARDOUIN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur Internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de déréférencement », *R.L.D.I.*, 2013/96, pp. 98-104 et spéc. p. 103 : « Les possibilités d'agir du demandeur contre le moteur de recherche dépendront de la décision obtenue lors de l'action diligentée à l'encontre de l'éditeur de service de communication au public en ligne ».

⁶⁷ Arrêt préc., § 80.

⁶⁸ Après le prononcé de l'arrêt, la firme *Google* a fait savoir qu'elle ne procéderait au déréférencement que sur les seules extensions européennes de son moteur de recherche. À suivre l'entreprise américaine, les internautes qui chercheraient à se connecter au site *Google.com* seraient automatiquement redirigés vers les sites de *Google* spécifiques dans chaque pays (*Google.be*, *Google.fr*, etc.), l'accès à la version américaine du site n'étant possible que par le biais d'une démarche supplémentaire, de manière telle que, d'après la firme de *Mountain View*, seule une part minime des utilisateurs européens (principalement composée de voyageurs de passage) aurait recours au domaine *Google.com*. À cet égard, voy. également le rapport final du Comité consultatif de *Google* sur le droit à l'oubli, adopté le 6 février 2015, p. 19, § 5.4. Le rapport est disponible à l'adresse : <https://www.google.com/intl/fr/advisorycouncil/>.

Dans des lignes directrices adoptées peu de temps après le prononcé de l'arrêt *Google Spain*, le groupe de travail « Article 29 » a considéré que, dans un souci d'effectivité, le déréférencement devrait être appliqué sur l'ensemble des extensions des moteurs de recherche⁶⁹, rejoignant la position adoptée en référé par le Tribunal de grande instance de Paris, le 16 septembre 2014, qui avait rejeté l'argument de Google France qui entendait limiter l'injonction de déréférencement prononcée à son encontre « aux seuls liens avec Google.fr », à défaut pour la société défenderesse d'avoir établi « l'impossibilité de se connecter depuis le territoire français en utilisant les autres terminaisons du moteur de recherche Google »⁷⁰. À cet égard, la CNIL, l'autorité de protection des données française, s'est ultérieurement engagée dans un bras de fer avec la firme américaine qui a abouti à l'infliction à Google d'une sanction de 100 000 euros – somme presque symbolique pour une firme de cette importance – à défaut pour elle de se conformer à son injonction de déréférencement des résultats sur une base mondiale, indépendamment du nom de domaine utilisé et de la localisation supposée des internautes procédant à une requête (sur la base de leur adresse IP). Saisi par Google d'un recours contre cette condamnation, le Conseil d'État de France a décidé de surseoir à statuer et de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne⁷¹.

En doctrine, il a toutefois été soutenu que le maintien (y compris pour les usagers européens !) de la version mondiale du moteur de recherche participait à la proportionnalité de la solution dégagée par la Cour de

⁶⁹ Voy. Groupe de travail « Article 29 », *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 Gonzales*, C-131/12, 26 novembre 2014, 14/ENWP 225, §§ 7 et 20.

⁷⁰ Pour un raisonnement comparable en matière de publication obscène sur l'internet, voy. Cour eur. D.H. (4^e sect.), déc. *Perrin c. Royaume-Uni*, préc., où, sous l'angle de la proportionnalité, la Cour de Strasbourg considère que, « [...] si la diffusion des images en question peut n'avoir rien eu d'illégal dans d'autres États, y compris des États non parties à la Convention, comme les États-Unis, cela ne signifie pas qu'en interdisant pareille diffusion sur son territoire et en poursuivant et en condamnant le requérant[,] l'État défendeur ait outrepassé sa marge d'appréciation ». Voy. également Trib. gr. inst. Paris (réf.), 22 mai 2000, ordonnant à *Yahoo ! Inc.* « de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service constitu[ant] une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

⁷¹ Demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État (France) le 21 août 2017 – *Google Inc. c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, C-507/17.

justice⁷². Telle a également été la position adoptée par le Comité consultatif mis en place par Google⁷³.

D'autres auteurs, tout en refusant l'imposition automatique d'un déréférencement mondial, ont proposé une « règle de raison » consistant dans une appréciation au cas par cas de l'option de déréférencement à mettre en œuvre sur la base d'une série de critères⁷⁴. À notre sens, cette approche séduisante à première vue risque cependant d'accroître l'absence de prévisibilité juridique déjà existante en la matière et de rendre plus ardu encore l'exercice de mise en balance entre, d'une part, le droit à la vie privée et à la protection des données et, d'autre part, le droit d'accès à l'information pour lequel une entreprise privée n'est certainement pas la mieux placée⁷⁵. D'ailleurs, les auteurs concernés admettent expressément que l'appréciation des critères qu'ils suggèrent « s'avérera relativement complexe en pratique »⁷⁶.

Il n'en reste pas moins que, dans l'état actuel des choses et dans l'attente d'un éclairage de la Cour de justice, une recherche effectuée sur Google.com à partir du nom du demandeur au principal dans l'affaire *Google Spain* renvoie toujours à l'information parue plus de quinze ans plus tôt dans le journal *La Vanguardia*... Et il en va de même dans le cas des nombreuses autres personnes ayant obtenu un déréférencement du gestionnaire de moteur de recherche.

17. Selon l'appréciation retenue par les juges de Luxembourg dans l'arrêt *Google Spain*, tout se passe comme si l'information, quoique librement accessible et licitement diffusée sur le Net, ne devient réellement problématique que dans l'hypothèse où elle se trouverait reliée au nom d'une personne physique par l'entremise d'un moteur de recherche. Certes, du point de vue de la liberté d'expression, on l'a vu, le fait qu'une information soit déjà présente dans le domaine public ou soit toujours

⁷² Voy. not. A. STROWEL, « Censure ! Vous avez dit censure ? », *A.&M.*, 2014, p. 313.

⁷³ Voy. le rapport précité, pp. 18-20, § 5.4. Une opinion dissidente a été émise sur ce point par l'un des membres du Comité (*ibid.*, pp. 26-27).

⁷⁴ C. DE CLERCQ et F. DECHAMPS, « Internet à l'épreuve du droit ou le droit à l'épreuve d'Internet – Une analyse au regard de la problématique de l'étendue géographique du droit européen au déréférencement », *J.T.*, pp. 669-681, spéc. pp. 678-680.

⁷⁵ Sur la question de la tendance à sous-traiter la mise en balance entre les intérêts en présence à des entreprises privées et ses dangers notamment pour le droit à la liberté d'expression, voy. Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, pp. 185-196, n^{os} 10-15.

⁷⁶ C. DE CLERCQ et F. DECHAMPS, « Internet à l'épreuve du droit ou le droit à l'épreuve d'Internet – Une analyse au regard de la problématique de l'étendue géographique du droit européen au déréférencement », *op. cit.*, p. 681.

accessible n'est pas nécessairement éluif de l'intérêt légitime qu'il peut y avoir à en limiter la diffusion. Mais, d'après nous, cet élément aurait néanmoins dû être davantage pris en compte par la Cour lors de l'examen de la nécessité de l'obligation imposée aux moteurs de recherche⁷⁷.

En Belgique, des juges ont ainsi pu considérer que c'était « à juste titre » qu'un demandeur avait fait valoir « qu'à supposer que les sociétés émettrices de moteurs de recherche (*Google, Yahoo* ou autres) suppriment un référencement des articles litigieux, ceux-ci demeureraient accessibles, par une recherche relative aux données personnelles du demandeur, via les sites Internet des journaux édités par les défenderesses »⁷⁸, que, sans « le maintien en ligne, de manière non anonymisée, des articles litigieux », « les moteurs de recherche tel[s] que *Google* ne renseigneraient pas l'existence de ceux-ci et aucune atteinte au droit à l'oubli et à la réputation du demandeur ne serait à déplorer »⁷⁹ ou encore que « c'est vainement que l'appelant [éditeur du journal *Le Soir*] soutient que seuls auraient qualité pour répondre de la demande les moteurs de recherche tels que *Google* et que l'action a été dirigée erronément à son encontre. L'indexation de l'article litigieux sur les moteurs de recherche n'est en effet possible que parce qu'il se trouve sur la banque de données du *Soir* de manière non anonymisée et sans aucune balise de désindexation »⁸⁰...

Permettre de s'attaquer en premier lieu aux résultats affichés par les moteurs de recherche revient à atténuer les symptômes du mal que l'on combat plutôt qu'à tenter de l'enrayer à la source. Cela est d'autant plus vrai que « les dispositifs qui permettent d'accéder à des contenus sur Internet ne se limitent pas aux moteurs de recherche, et aujourd'hui bien d'autres types d'outils sont mis à la disposition des internautes, qu'il s'agisse des réseaux sociaux avec leurs multiples dispositifs d'orientation et de classement, ou des technologies innovantes actuellement plutôt expérimentales comme les moteurs pair-à-pair »⁸¹.

⁷⁷ Cf. concl. av. gén. JÄÄSKINEN, § 107, et la référence à C.J.U.E. (3^e ch.), 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) c. Administración del Estado*, aff. C-468/10 à C-469/10, §§ 44-45.

⁷⁸ Civ. Bruxelles (prés.), 9 octobre 2012, *A.&M.*, 2013, p. 267, et note E. CRUYSMANS.

⁷⁹ Civ. Liège (div. Liège, 4^e ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1961.

⁸⁰ Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 294, obs. É. MONTERO et Q. VAN ENIS (un pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 2016).

⁸¹ V.-L. BENABOU, J. FARCHY et C. MÉADEL, *Rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Le référencement des œuvres sur Internet*, 2013, p. 3.

18. D'aucuns pourront tirer argument du maintien d'une certaine disponibilité du contenu pour affirmer que la portée de l'arrêt *Google Spain* se trouve limitée précisément dans la mesure où ce dernier ne vise que l'hypothèse d'un lien entre la recherche effectuée à partir du nom de la personne concernée et les données à caractère personnel contenues dans les pages indexées⁸². *A contrario*, les pages litigieuses restent en ligne, de même que les liens qui y renvoient par une recherche effectuée au moyen d'autres termes que le nom de la personne concernée. Mais ne doit-on pas reconnaître avec l'avocat général Jääskinen que, dans l'hypothèse visée dans l'arrêt *Google Spain*, « l'internaute exerce activement son droit de recevoir des informations relatives à la personne concernée à partir de sources publiques, pour des raisons connues de lui seul » et que, « dans la société contemporaine de l'information, le droit de rechercher des informations publiées sur Internet en recourant à des moteurs de recherche constitue l'un des moyens les plus importants d'exercer ce droit fondamental »⁸³ ?

§ 3. La responsabilité résultant de l'établissement d'hyperliens renvoyant vers des contenus protégés

19. Par l'arrêt *Svensson*⁸⁴ et l'ordonnance *BestWater*⁸⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, par deux fois, que, si le fait d'apposer un hyperlien vers une œuvre librement disponible sur Internet constituait un acte de communication au public, ce dernier n'entraînerait une communication au public soumise à l'autorisation de l'auteur de l'œuvre que dans la seule hypothèse où cette dernière est communiquée à un « public nouveau », « c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public ».

Jusqu'il y a peu la portée de cette jurisprudence était incertaine quant à la question de savoir si le principe ainsi dégagé pouvait également s'appliquer au fait de placer sur un site Internet un lien hypertexte vers des œuvres protégées librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur.

La Cour a eu l'occasion de se positionner à la faveur d'un arrêt *GS Media*, prononcé le 8 septembre 2016⁸⁶. Il était question, dans cette affaire,

⁸² Voy. not. A. STROWEL, « Censure ! Vous avez dit censure ? », *op. cit.*, pp. 312-313.

⁸³ Concl. av. gén. N. JÄÄSKINEN, § 130.

⁸⁴ Arrêt préc.

⁸⁵ Ordonnance préc.

⁸⁶ C.J.U.E. (2^e ch.), 8 septembre 2016, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, aff. C-160/15.

du placement sur un site d'actualités d'un hyperlien renvoyant vers des photographies publiées sur un autre site sans autorisation de l'auteur.

20. La Cour a considéré qu' « afin d'établir si le fait de placer, sur un site Internet, des liens hypertexte[s] vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une "communication au public" [...], il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumée »⁸⁷.

La Cour introduit ainsi une distinction critiquable fondée sur le but lucratif de l'activité poursuivie par celui qui pose l'hyperlien⁸⁸. Ce critère nous paraît en effet fort peu pertinent pour fonder une présomption de connaissance du caractère illégal de la publication source, présomption reposant elle-même sur l'idée que celui qui poursuit un but lucratif est forcément mieux armé pour réaliser « les vérifications nécessaires »⁸⁹, lesquelles, de l'aveu même de la Cour, peuvent se révéler fastidieuses (« *notamment* pour des particuliers »⁹⁰), car elles supposent d'identifier tout à la fois l'éventuel caractère protégé de l'œuvre et, le cas échéant, l'absence d'autorisation de l'auteur pour une publication sur un site Internet⁹¹. Ces vérifications sont rendues plus difficiles encore par l'octroi potentiel de sous-licences et par la variabilité du site vers lequel renvoie l'hyperlien⁹².

Il nous semble que, comme dans l'affaire *Delfi c. Estonie* dans laquelle la Cour de Strasbourg semble se montrer plus exigeante dans la modération des commentaires publiés sur le site d'un portail d'actualités poursuivant une finalité économique⁹³, la Cour de Luxembourg tente ici de relativiser les effets de la consécration de nouveaux standards jurisprudentiels contestables dans leur principe en en limitant l'application aux seuls acteurs agissant à des fins lucratives. Pour reprendre les termes utilisés par les juges Sajó et Tsotsoria, dissidents dans l'affaire *Delfi*, « on voit mal

⁸⁷ Arrêt préc., § 55.

⁸⁸ Rappr. A. STROWEL, « L'arrêt *GS Media* sur les hyperliens : trop embrasser, mal étreindre », *ICIP-Ing.-Cons.*, 4/2016, pp. 875-878.

⁸⁹ Arrêt préc., § 51.

⁹⁰ Nous soulignons.

⁹¹ Arrêt préc., § 46.

⁹² Arrêt préc., § 46.

⁹³ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015. Pour un commentaire, voy. É. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *Rev. trim. D.H.*, 2016, pp. 953-981.

quelle peut être l'utilité de cette tentative de "limiter les dégâts" ». En effet, toujours selon les mêmes juges, « la liberté d'expression ne peut être limitée aux loisirs » et « le bénéfice et la nature commerciale de l'entreprise de presse ne sont pas (et ne peuvent pas être) des raisons de réduire le niveau de protection accordé à la presse »⁹⁴. Ainsi que l'avait d'ailleurs préalablement reconnu la Cour de justice de l'Union européenne, « toute entreprise cherche un profit par son activité » et « un certain succès commercial peut même constituer la condition *sine qua non* de la subsistance d'un journalisme professionnel »⁹⁵.

Dans l'affaire *GS Media*, les juges de Luxembourg n'ont pas suivi l'avocat général Melchior Wathelet qui, à l'instar de la République portugaise, considèrerait que, « s'il est vrai que les hyperliens placés sur un site Internet facilitent largement la découverte d'autres sites ainsi que des œuvres protégées disponibles sur ces sites et par conséquent offrent aux utilisateurs du premier site un accès plus rapide et direct à ces œuvres [...], les hyperliens qui conduisent, même directement, vers des œuvres protégées ne les *mettent pas à la disposition* d'un public lorsqu'elles sont déjà accessibles sur un autre site mais ne servent qu'à faciliter leur découverte. Comme l'indique la République portugaise dans ses observations, l'acte qui réalise la véritable "mise à disposition" a été le fait de la personne qui a effectué la communication initiale »⁹⁶.

À cet égard, la République portugaise avait avancé que, « dans la société numérique, l'hyperlien est comparable à la note en bas de page dans l'environnement culturel analogique »⁹⁷. De son côté, et ce n'est pas sans rappeler le titre de la présente contribution, *GS Media*, la partie défenderesse dans la procédure au principal, avait comparé le lien hypertexte à « un panneau indicateur sur l'autoroute »⁹⁸.

Curieusement, la Cour fait montre de vouloir prendre en compte la libre accessibilité des contenus à l'appui de son raisonnement, mais seulement en faveur de celui qui établit un hyperlien sans poursuivre de but lucratif : « [...] lorsque l'œuvre en question était déjà disponible sans aucune restriction d'accès sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, l'ensemble des internautes pouvait, en principe, déjà avoir accès à celle-ci même en l'absence de cette intervention »⁹⁹. Or il est

⁹⁴ Respectivement aux paragraphes 9 et 29 de leur opinion dissidente commune.

⁹⁵ C.J.U.E. (gde ch.), *Tietosuojavaltutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16 décembre 2008, aff. C-73/07, § 59.

⁹⁶ Concl. av. gén. M. WATHELET, présentées le 7 avril 2016, § 54.

⁹⁷ *Ibid.*, § 23.

⁹⁸ *Ibid.*, § 23, note 5.

⁹⁹ *Ibid.*, § 48.

évident que cet élément de disponibilité ne disparaît pas lorsque le poseur d'hyperliens agit dans un cadre lucratif.

La solution dégagée dans l'affaire *GS Media* tend à neutraliser, une fois encore, la disponibilité des contenus sur Internet et conduit à faire peser une responsabilité particulière sur celui qui, dans le cadre d'une activité lucrative, contribue à renforcer la visibilité de contenus accessibles sur la Toile.

CHAPITRE 2. Appréciation critique : le droit d'accès à l'information à l'ère numérique doit-il se mouvoir entre le « visible » et le « moins visible » ?

21. Lorsqu'elle est appliquée au contexte des nouvelles technologies, l'approche graduelle de la publicité décrite ci-dessus peut susciter des interrogations que l'on peut schématiquement rassembler sous les deux questions suivantes :

- Est-il cohérent et conforme aux exigences de la liberté d'expression de lutter contre les symptômes plutôt que contre les maux que l'on cherche à endiguer, en s'adressant souvent à des acteurs qui n'en sont pas la cause directe, avec, pour conséquence, des risques importants d'auto-censure de ces acteurs et des résultats aléatoires, puisque la source du problème subsiste en dépit de la restriction mise en œuvre (section 1) ?
- Par ailleurs, le fait de cibler l'activité d'acteurs qui tendent à faciliter l'accès de tout un chacun à des informations qui sont disponibles sur Internet ne revient-il pas à limiter indûment la possibilité pour le public d'en prendre connaissance, en instaurant un accès à l'information – et, donc, une démocratie numérique – à plusieurs vitesses (section 2) ?

SECTION 1. – La cohérence des politiques poursuivies en matière d'accès à l'information

22. Doit-on, sous prétexte de la difficulté qu'il peut y avoir à s'attaquer à la disponibilité de l'information (difficulté qui résulte parfois du simple fait que lesdites informations sont disponibles en toute légalité !), admettre que l'on puisse s'adresser *directement* à ceux dont l'action

ne fait que révéler ce qui existe et continuera à exister sur Internet ou ailleurs ?

On comprend que la tentation est grande de s'attaquer aux acteurs qui confèrent une plus grande publicité à des données dont on peine à effacer la trace. On reconnaîtra même volontiers que les moyens ainsi déployés peuvent s'avérer relativement efficaces, même s'ils n'aboutissent pas totalement à faire disparaître la source du problème. On admettra également que l'action de certains acteurs de l'internet peut amplifier fortement la publicité de certaines informations disponibles sur la Toile. Ainsi, comme l'a souligné la Cour de justice, l'activité des moteurs de recherche permet d'établir des profils personnalisés de personnes physiques qui ne seraient pas accessibles par ailleurs et qui impliquent également une certaine forme de « décontextualisation » de l'information. Il n'en demeure pas moins, selon nous, que la possibilité persistante d'accéder à des informations en ligne ou hors ligne doit être prise en compte dans l'appréciation de la proportionnalité de la solution retenue.

S'agissant des mesures de blocage de contenus imposées aux fournisseurs d'accès, il nous paraîtrait pertinent de mettre en place une exigence de subsidiarité invitant la personne qui le sollicite à faire la preuve d'une tentative préalable d'obtenir le retrait du contenu litigieux auprès de son auteur ou de son fournisseur d'hébergement¹⁰⁰. Si la nécessité de mesures de blocage semble difficilement discutable dans certains domaines, on soulignera que leur adéquation – et, donc, leur admissibilité – dépendra également des autres moyens mis en œuvre au préalable ou en parallèle pour tenter d'éradiquer le problème à sa source. Ainsi, tout en reconnaissant que des mesures de blocage peuvent être justifiées sur le terrain de la lutte contre la pornographie infantile, le rapporteur spécial de l'ONU pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression invite les États à combattre le mal à la source plutôt que de jouer sur ses symptômes¹⁰¹.

¹⁰⁰ Voy., à cet égard, l'exemple du droit français qui, au contraire du droit belge, impose au demandeur de tenter de contacter les hébergeurs de contenus illicites, en leur enjoignant de retirer le contenu litigieux, avant d'imposer une mesure de blocage aux fournisseurs d'accès, lesquels seront plus difficilement en mesure de limiter le blocage au seul contenu litigieux (cf. art. 6-I-8 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 [hébergeurs] ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [fournisseurs d'accès à Internet], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ». Voy. également l'opinion concordante précitée du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Yildirim* dans laquelle le juge prône la mise en œuvre « d'une politique de "notice and take down" préalablement à l'émission d'une ordonnance de blocage »).

¹⁰¹ F. LA RUE, rapport préc., § 32.

Alors que, dans l'affaire *Google Spain*, la manière dont plusieurs questions préjudicielles étaient formulées aurait pu inciter la Cour de justice à consacrer un droit au déréférencement conditionné à l'impossibilité ou à la difficulté d'obtenir le retrait des données à caractère personnel concernées auprès de l'éditeur du site source, les juges européens ont préféré consacrer un droit au déréférencement *directement* opposable aux moteurs de recherche, soit une solution qui laisse substituer l'information en ligne et qui oblige également la personne concernée à s'adresser aux différents moteurs de recherche sur lesquels elle souhaiterait voir le résultat déréférencé. N'aurait-il pas été plus opportun de faire reposer la délicate tâche de mise en balance entre les différents intérêts en présence au premier chef sur les épaules de l'éditeur, lequel, au contraire du gestionnaire du moteur de recherche, est directement intéressé par le contenu diffusé¹⁰² ? Comme le soutenaient *Google Inc.* et *Google Spain* dans le cadre de la procédure devant la Cour, « en vertu du principe de proportionnalité, toute demande visant à l'élimination d'informations doit être adressée à l'éditeur du site Web concerné puisque c'est ce dernier qui prend la responsabilité de rendre les informations publiques, qui est en mesure d'évaluer la licéité de cette publication et qui dispose des moyens les plus efficaces et les moins restrictifs pour rendre ces informations inaccessibles »¹⁰³. Cela est d'autant plus vrai que l'intérêt public attaché à une information peut être amené à varier considérablement au cours du temps¹⁰⁴. Or il semble peu réaliste de vouloir imposer à un moteur de recherche l'obligation de

¹⁰² Selon nous, la possible reconnaissance aux éditeurs de sites Web du régime dérogatoire des traitements effectués « aux seules fins de journalisme » ne peut servir à justifier la reconnaissance d'un droit général au déréférencement. En effet, ce régime n'interdit pas de considérer, au titre de la proportionnalité, que le maintien sous une forme non anonymisée de certaines informations ne se justifie plus. Pour de plus amples développements, voy. notre étude : Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 193-196, n° 15.

¹⁰³ Arrêt *Google Spain*, § 63.

¹⁰⁴ Voy., en ce sens, Cour eur. D.H. (2^e sect.), 18 mai 2004, arrêt *Éditions Plon c. France*, § 53 (où la Cour admet que les justifications d'une interdiction provisoire de publication peuvent disparaître avec l'écoulement du temps) ; Cour eur. D.H., arrêt *Schwabe c. Autriche*, 28 août 1992, § 31 (en l'espèce, la Cour a considéré que la révélation des antécédents judiciaires d'un homme politique permettait de contribuer à la discussion d'une question d'actualité) ; Cour eur. D.H. (2^e sect.), 8 octobre 2013, arrêt *Cumhuriyet Vakfi et autres c. Turquie* (la Cour conclut à la violation de l'article 10 en raison d'une injonction judiciaire faisant interdiction à un journal de répéter des propos qui auraient été prononcés plus de dix ans auparavant par un candidat à la présidence). Voy. également l'opinion concordante précitée du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Ahmet Yildirim* : « Les ordonnances de blocage de l'Internet perpétuelles ou à durée indéterminée sont en soi des ingérences non nécessaires dans le droit à la liberté d'expression ».

procéder régulièrement à un examen renouvelé de l'ensemble des mesures de déréférencement qu'il adopte.

Le manque de cohérence paraît plus flagrant encore lorsque, comme dans l'affaire *Satamedia* évoquée ci-dessous, les autorités visent à empêcher un accès *trop facile* à des données dont le caractère public a pourtant été souhaité par le législateur et dont il est admis qu'elles peuvent utilement contribuer à la transparence démocratique. Nous ne pensons pas que le fait de rendre plus facilement consultables des informations déjà légalement accessibles par d'autres biais relève nécessairement du sensationnalisme ou du voyeurisme, comme l'a avancé la majorité dans cette affaire. Avec les juges dissidents, nous pensons plutôt qu'il s'agit de se montrer conséquent dans le choix de la politique d'accès à l'information poursuivie.

Même en reconnaissant une marge de manœuvre plus large à un État sur le terrain de la protection de la morale, le choix d'interdire la publicité d'un site Internet qui n'a jamais fait l'objet d'une interdiction, pas davantage que l'organisation qui en assure la gestion, nous apparaît difficilement justifiable. Il en va d'autant plus ainsi lorsque le site Internet qui semble justifier l'interdiction est dans le même temps présenté comme une « valve de sûreté » garantissant la proportionnalité de l'ingérence.

Le fait de privilégier l'adoption de mesures contre des acteurs dont on considère qu'ils renforcent la publicité d'informations que l'on se limite ainsi à rendre seulement moins visibles, pour des raisons diverses, comporte également des risques importants d'autocensure¹⁰⁵. Pour ne prendre ici que le seul exemple de la responsabilité découlant du placement d'hyperliens renvoyant vers des contenus potentiellement protégés par le droit d'auteur, il est à craindre que la présomption de connaissance de la nature protégée de l'œuvre et de l'absence d'autorisation de publication sur Internet entraîne un effet dissuasif important sur ceux qui souhaitent renvoyer vers des contenus librement accessibles en ligne, quand bien même cette appréciation s'opère dans le cadre d'une activité lucrative.

¹⁰⁵ Sur cette question, voy., de façon générale, notre étude précitée, Q. VAN ENIS, « Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'Internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ? », *op. cit.*, spéc. pp. 185-196, n^{os} 10-15 (« La dangereuse sous-traitance de la mise en balance entre les intérêts en présence à des entreprises privées »).

SECTION 2. – Un accès à l'information (et une démocratie ?) à plusieurs vitesses ?

23. Le rôle des intermédiaires, entendus dans un sens large comme les acteurs qui, sur Internet, permettent et facilitent l'accès à l'information que d'autres souhaitent rendre publique, semble avoir fait l'objet d'interprétations plutôt restrictives ces derniers temps¹⁰⁶.

Il résulte des affaires évoquées ci-dessous que la jurisprudence européenne admet que soit restreint l'accès au tout-venant d'informations librement accessibles, publiques et, dans certains cas, parfaitement licites.

Tout se passe dès lors comme si le droit du public à l'information, dont l'existence est rappelée inlassablement par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention¹⁰⁷, et qui pourrait pourtant trouver sur Internet un terrain de concrétisation *directe*, ne peut se concevoir que de façon *indirecte* par l'entremise d'autres acteurs¹⁰⁸, lesquels semblent par ailleurs contraints de filtrer l'information à défaut de pouvoir la livrer de manière brute au public¹⁰⁹.

L'approche retenue est sans doute le symptôme d'une certaine crainte à l'égard des développements technologiques contemporains. La tendance actuelle consiste à rechercher les critères pertinents de mise en balance

¹⁰⁶ Voy. notamment les affaires *Delfi* et *Google Spain* évoquées ci-dessus.

¹⁰⁷ Dans l'arrêt *Google Spain*, préc. (§§ 81 et 97) la Cour de justice de l'Union européenne a considéré pour sa part qu'à l'égard du service fourni par un moteur de recherche, le *droit* à la protection de la vie privée et le *droit* à la protection des données à caractère personnel « prévalent en principe » non seulement sur *l'intérêt* économique de l'exploitant du service de référencement, mais également sur *l'intérêt* du public à accéder, par un lien affiché dans la liste des résultats, à une information concernant une personne physique qui aurait perdu de sa pertinence, mais qui serait légalement diffusée sur le site d'un éditeur, reléguant ainsi le droit du public à l'information à un simple intérêt.

¹⁰⁸ Si l'arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* (rendu le 8 novembre 2016) peut être salué comme une avancée notable dans la reconnaissance d'un droit tiré de l'article 10 à accéder à des informations en possession des autorités publiques, il n'en demeure pas moins que, sur le terrain de la liberté d'expression en tout cas, ceux qui poursuivent un but de publication demeurent privilégiés par rapport à ceux qui souhaitent *s'informer directement* en demandant l'accès à de telles informations. À l'occasion d'une précédente affaire *Guseva c. Bulgarie* (4^e sect., 17 février 2015), le juge Wojtyczek s'était interrogé, dans une opinion dissidente, sur l'opportunité de privilégier un droit d'accès indirect aux informations par l'entremise de la presse ou des ONG par rapport à un accès direct aux informations qui pourrait être exercé par les citoyens, et ce, compte tenu du risque de déformation ou de filtrage inhérent à une diffusion médiatique (pt 7, *in fine*).

¹⁰⁹ Voy. notre analyse de l'affaire *Satamedia supra*.

entre le droit à l'information et les autres intérêts légitimes dans la persistance des voies traditionnelles d'accès à l'information.

En témoignent notamment les circonstances de l'affaire *Satamedia* ou le fait pour les juges de minimiser la portée d'une mesure d'anonymisation d'archives de presse en ligne en se référant au maintien de l'intégrité des archives papier du journal¹¹⁰. En quelque sorte, les différents filtres et les différents écueils pratiques à franchir pour accéder à l'information semblent retenus comme autant de facteurs permettant d'ajuster la balance entre les intérêts en présence.

Par ailleurs, en admettant des degrés dans la publicité de renseignements qui peuvent être parfaitement licites (dans le cas du droit au déréférencement) ou au moins présenter un certain intérêt public (dans le cas des données fiscales des citoyens en cause dans l'affaire *Satamedia*), ne contribue-t-on pas à instaurer une distinction problématique entre les citoyens qui disposeraient du temps, de l'énergie, mais également des moyens financiers et des connaissances informatiques nécessaires leur permettant de retrouver une information pertinente et ceux qui n'en disposeraient pas ?

En validant des solutions qui ne se révèlent efficaces que dans une certaine mesure ou qu'à l'égard de celui qui est parfois expressément qualifié d'« internaute moyen », comme en matière de blocage de sites Web, ne contribue-t-on pas de la sorte à renforcer les inégalités dans l'accès aux contenus sur l'internet ? Si l'on conçoit qu'une approche consistant à mesurer les effets de mesures restreignant l'accès à l'information sur la masse des internautes est empreinte de pragmatisme, il n'en reste pas moins que cette manière d'ajuster la balance entre les différents intérêts en présence revient à cliquer à un moment donné le niveau de connaissance limité d'un grand nombre de personnes. Or, précisément l'équilibre ainsi trouvé ne tiendrait plus si, demain, tout un chacun pouvait, comme on peut le souhaiter, disposer de connaissances informatiques satisfaisantes. Une telle approche revient en quelque sorte à appuyer le raisonnement juridique sur une situation factuelle de « fracture numérique » et, ainsi, à valider l'existence d'une citoyenneté numérique à plusieurs vitesses.

¹¹⁰ Arrêt préc. de la cour d'appel de Liège du 25 septembre 2014 : « Les arguments développés par l'appelant, tirés du devoir de mémoire et de la nécessité de préserver le caractère complet et fidèle des archives, ne sont pas pertinents. En effet, il n'est nullement demandé de supprimer les archives mais uniquement d'anonymiser la version électronique de l'article litigieux ; les archives papier demeurent intactes tandis que l'appelant conserve la possibilité de garantir l'intégrité de la version originale numérique ».