

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit à l'oubli et les archives journalistiques

Defreyne, Elise

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Defreyne, E 2013, 'Le droit à l'oubli et les archives journalistiques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 51, pp. 75-98.

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.

Le droit à l'oubli et les archives journalistiques¹

Elise Defreyne²

Il est désormais extrêmement fréquent que les archives des grands titres de presse soient disponibles sur Internet. Il est dès lors possible, sur la base d'une requête lancée à partir d'un nom et d'un prénom, qu'un moteur de recherche affiche tous les résultats liés aux articles de presse concernant cette personne. Si l'accessibilité de ces informations peut réjouir l'historien, le journaliste ou le chercheur, elle peut troubler celui qui souhaite laisser dans l'ombre une partie de son passé. Ces dernières années, les éditeurs de presse ont ainsi été confrontés à de nombreuses demandes de suppression ou d'anonymisation d'articles de presse archivés et disponibles sur Internet. Comment répondre à ces demandes dont certaines apparaissent légitimes, et d'autres moins ?

Avant de proposer et d'analyser des pistes de solution (suppression, anonymisation,...), cet article tente de baliser le débat en distinguant deux facettes du droit à l'oubli, le droit à l'oubli du passé judiciaire et le droit à l'oubli numérique. En effet, il ne s'agit pas d'appliquer sans discernement les solutions éprouvées pour le droit à l'oubli du passé judiciaire à la numérisation des archives journalistiques, dans la mesure où la problématique est différente. Si une personne subit un préjudice en raison du rappel de son passé judiciaire dans un nouvel article, elle peut invoquer le droit à l'oubli « traditionnel » en postulant l'octroi de dommages et intérêts. Par contre, si une personne subit un préjudice en raison d'un article écrit dans le passé mais toujours disponible en ligne, elle pourra invoquer, de manière plus adéquate, le droit à l'oubli numérique, en ce qu'il concerne précisément la problématique de la conservation des données sur internet.



It is now extremely frequent for archives of newspapers to be available on the Internet. Through a simple search launched from a name and a surname, a search engine can display all the results related to the press articles about a person. If the accessibility of such information may rejoice the historian, the journalist or the researcher, it may also disturb those who would prefer to see their past remain in the shadows. In recent years, publishers have therefore been faced with numerous requests for deletion or anonymisation of newspaper articles archived and available on the Internet. How to respond to these requests, some of which may appear legitimate, and some not ?

Before proposing and analyzing possible solutions (such as deletion, anonymization, ...), this article attempts to tag the debate by distinguishing two aspects of the right to be forgotten, i.e. the right to oblivion of the judicial past and the right to digital oblivion. Indeed, proven solutions for the right to oblivion of the judicial past should not be applied uncritically to the digitalization of the news-

¹ Je remercie mes collègues du CRIDS (Centre de Recherche en Information, Droit et Société), et plus particulièrement Cécile de Terwangne et Quentin Van Enis, dont les commentaires m'ont été précieux lors de la rédaction de cet article.

² Assistante à l'Université de Namur. Chercheuse au Centre de Recherche Information Droit et Société (CRIDS).

paper archives. If a person suffers from a prejudice as a result of the recall of his criminal past in a new article, he may invoke the « traditional » right to be forgotten in order to be granted damages. By cons, if a person feels offended by an old article still available online, he may invoke, more appropriately, the right to digital oblivion, as it concerns precisely the problem of data storage on the Internet.

I. INTRODUCTION

« La lutte n'est pas égale entre la marée irrésistible de l'oubli qui, à la longue, submerge toutes choses et les protestations désespérées, mais intermittentes, de la mémoire »³. C'est à Vladimir Jankelevitch, figure de la Résistance, que l'on doit cette belle formule. De manière plus prosaïque, Viktor Mayer-Schönberger constate, dans son best-seller *Delete*, que « depuis le commencement des temps, pour nous humains, l'oubli a été la norme et le souvenir l'exception »⁴. Dès lors, tout au long de l'histoire, les humains n'ont cessé de résister à l'oubli et de chercher des solutions de plus en plus efficaces afin de conserver les traces de leur passé⁵.

Avec le développement des technologies de l'information, il semble néanmoins que les rapports entre la mémoire et la force de l'oubli se soient inversés⁶. En effet, nous disposons

désormais d'outils ultra-puissants permettant de conserver et de traiter l'information. Pour la première fois dans l'histoire, il est devenu plus compliqué et coûteux d'effacer des données que de les conserver. En 1998, Jacques Fauvet, qui était alors président de la CNIL⁷, avait déjà souligné que dans une société informatisée, l'oubli était devenu un choix social⁸.

En parallèle à cette mémoire éternelle de l'Internet, la diffusion et le traitement de l'information sont aussi grandement facilités par les moteurs de recherche, tels que *Google*, *Yahoo!* ou *Bing*, pour ne citer que les trois plus connus. En sortant des données de leur contexte initial, les moteurs de recherche peuvent amplifier le préjudice subi suite à la mise en ligne d'une information. Le facteur temporel accroît encore les dommages engendrés par la diffusion d'une information sur les réseaux numériques⁹.

S'il ne peut être contesté que l'effet combiné de la mémoire numérique éternelle et de l'in-

³ V. JANKELEVITCH, *Visages de la résistance*, présentation par F. GEORGE, *La liberté de l'esprit*, n° 17, Lyon, La Manufacture, 1987, p. 17, cité par R. LETTERON, « Le droit à l'oubli », *Rev. dr. Publ.*, 1996, p. 387.

⁴ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 2.

⁵ J. LE CLAINCHE, « L'adaptation du "droit à l'oubli" au contexte numérique », *R.E.D.C.*, 2012/1, p. 41.

⁶ A. ROUVROY, « Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? », version augmentée du chapitre paru, sous le même titre, dans S. LACOUR (éd.), *La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*, Paris, L'Harmattan, 2008, disponible à l'adresse suivante: http://works.bepress.com/antoINETTE_rouvroy/5, p. 3: « Tout ceci suggère notamment l'éventualité d'une inversion des rapports entre la mémoire et l'oubli: la capacité d'oubli, biologiquement inscrite dans l'être humain,

condition d'une santé robuste selon Nietzsche, ne va-t-elle pas céder le pas à une faculté de mémoire non biologique? Plusieurs auteurs ont déjà suggéré qu'alors que l'humanité avait jusqu'à présent toujours semblé manquer de mémoire, l'oubli prévalant par défaut, nous serions actuellement engagés dans un processus d'inversion du rapport entre oubli et mémoire dans la mesure où, par défaut, toute information (sonore, visuelle, textuelle) serait bientôt enregistrée et conservée sous une forme digitale, l'oubli nécessitant une action positive d'effacement des données, devenant de ce fait l'exception plutôt que la règle ».

⁷ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés: <http://www.cnil.fr/la-cnil/>.

⁸ J. FAUVET, « Informatique et Libertés ou 20 ans après », *Le Monde*, 1^{er} décembre 1998.

⁹ J. LE CLAINCHE, *op. cit.*, p. 39.

dexation réalisée par les moteurs de recherche améliore la recherche d'information, cela suscite également de nouveaux risques en matière de vie privée et de traçabilité numérique. Ces craintes ont stimulé le débat autour du droit à l'oubli à l'ère numérique. Mais qu'entend-on exactement par cette expression « droit à l'oubli » ?

Cet article propose d'analyser le droit à l'oubli en relation avec les problèmes particuliers posés par les archives journalistiques. La première partie développe les origines et fondements du droit à l'oubli. En effet, il est important de clarifier l'objet du propos, dès lors que le droit à l'oubli est un droit multi-facettes. La seconde partie de cette contribution se concentre sur la question des archives journalistiques, qui illustre l'opposition entre protection de la vie privée et droit à l'information. Après un exposé du contexte technologique et juridique, différentes pistes de solutions seront analysées, en ayant égard à l'équilibre des intérêts en jeu.

II. DÉFINITIONS ET FONDEMENTS DU DROIT À L'OUBLI

A. Un droit multi-facettes

La relation entre la mémoire et l'oubli peut être envisagée sous le regard de différentes disciplines, comme l'histoire, la sociologie ou la philosophie. Dans une perspective juridique, l'on peut se demander, à l'instar de Pierre Trudel, si l'oubli peut être source de droits et d'obligations¹⁰. En développant cette réflexion, il est apparu que le droit à l'oubli, qui permet « d'éviter d'attacher aux personnes des étiquettes définitives qui portent atteinte à leur capacité de changement et au sentiment

le plus intime de leur liberté »¹¹, est en réalité un droit multi-facettes. Il couvre au moins deux domaines, dont les champs d'application ne se recouvrent pas ou, du moins, pas complètement.

La première et traditionnelle facette du droit à l'oubli est liée à la redivulgateion (par la presse) du passé judiciaire d'une personne. Le droit à l'oubli, dans cette acception, vise ainsi à reconnaître un droit subjectif aux personnes ayant subi l'évocation fautive d'anciens faits criminels pour lesquels elles ont été condamnées. Cette re-mise en lumière de faits anciens, pour être caractérisée de fautive, doit être appréciée au regard des circonstances dans lesquelles l'information est diffusée (y a-t-il toujours un intérêt contemporain à la divulgation de cette information, cette information contribue-t-elle au débat d'intérêt général, cette information a-t-elle un caractère historique, etc.?). Si l'information est diffusée par voie de presse, cette faute est essentiellement un problème de déontologie journalistique: était-il nécessaire que le journaliste creuse le passé d'une personne et remette à jour des faits anciens, ou convenait-il de laisser dans l'ombre le passé de cette personne ?

La seconde facette du droit à l'oubli est plus spécifiquement liée à l'effacement des données numériques et, en particulier, les données disponibles sur Internet. Depuis les années 70, la numérisation progressive de la société a conduit les législateurs des États membres de l'Union européenne à adopter plusieurs mesures réglementant la conservation et le traitement des données personnelles, qui sont ancrées sur les principes de finalité et de proportionnalité. Dans ce contexte, le droit à l'oubli a pris un sens sensiblement différent, lié à la problématique de l'effacement des

¹⁰ P. TRUDEL, *L'oubli en tant que droit et obligation dans les systèmes juridiques civilistes*, disponible à l'adresse suivante: <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6913/Notes%20oubli3808.pdf>, p. 1.

¹¹ X., CNIL, *Dix ans d'informatique et de libertés*, Paris, Economica, 1988, p. 18.

DOCTRINE

données, qui peut également être considéré comme une forme d'oubli¹².

Le caractère multi-facettes de ce droit engendre par ailleurs des problèmes terminologiques. Ainsi, la même expression «droit à l'oubli» peut être utilisée pour dénommer sans distinction les deux facettes du droit à l'oubli décrites ci-dessous. Afin de contourner ce problème terminologique, des auteurs anglophones ont pu introduire la distinction entre le «right to forget» pour évoquer les problèmes posés par la revitalisation d'un fait du passé et le «right to be forgotten» qui serait la renomination du droit à l'effacement des données¹³. Pour opérer la même distinction, d'autres opposent le «right to oblivion» au «right to erasure»¹⁴. Enfin, certains contrastent le «droit à l'oubli» (en français dans le texte) avec le «right to be forgotten»¹⁵. Ce dernier concept est d'ailleurs employé de plusieurs manières, ce qui ne contribue pas à faciliter la lisibilité du débat entre les partisans et détracteurs du droit à l'oubli¹⁶. En outre, si certains distinguent le

«right to oblivion» du «right to be forgotten», d'aucuns utilisent indifféremment ces deux expressions pour désigner le même concept. Quant à la langue française, elle force ses auteurs à jongler avec un seul concept («droit à l'oubli») pour désigner plusieurs acceptions. Il convient donc d'être particulièrement attentif à ces écueils terminologiques lorsque l'on s'intéresse à ce sujet.

Dans le cadre de cette recherche, afin de faciliter la lisibilité et la compréhension de l'exposé, l'expression «droit à l'oubli» est considérée comme un synonyme du versant traditionnel du droit à l'oubli, c'est-à-dire le droit à l'oubli du passé judiciaire (section B). L'expression «droit à l'oubli numérique» sera utilisée pour la problématique de l'effacement des données sur Internet (section C).

B. Le droit à l'oubli du passé judiciaire

1. Origines jurisprudentielles

À l'origine, le droit à l'oubli était entendu dans un sens précis, dont les contours ont été dessinés par les jurisprudences des pays de droit continental. Cette acception du droit à l'oubli est invoquée pour fonder la sanction d'une personne – le plus souvent un journaliste – ayant rappelé d'anciennes condamnations dans une nouvelle publication. Cette nouvelle mise en lumière de faits du passé est susceptible de porter préjudice à la personne concernée. Plus précisément, le droit à l'oubli du passé judiciaire peut être défini comme un droit qui permet à une personne sanctionnée pénalement, ayant purgé sa peine et réhabilitée, de s'opposer à la publication de faits relatifs à sa culpabilité et sa détention¹⁷. Dès

¹² C. DE TERWANGNE, «Internet Privacy and the Right to be forgotten/Right to oblivion», *Revistade los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, IPD 13 (Febrero 2012), disponible à l'adresse suivante: www.idp.uoc.edu, p. 114.

¹³ R.H. WEBER, «The Right to Be Forgotten: more than a pandora's box?», *JIPITEC*, 2011/2, p. 120. Concernant la difficulté de nommer et distinguer les facettes du droit à l'oubli, voy. également: N. XANTHOULIS, *Conceptualising a Right to Oblivion in the Digital World: a human rights-based approach*, May 2012, disponible à l'adresse suivante: <http://ssrn.com/abstract=2064503>.

¹⁴ M.L. AMBROSE et J. AUSLOOS, «The right to be Forgotten Across the Pond», *Journal of Information Policy*, vol. 3, 2013, disponible à l'adresse suivante: <http://jip.vhost.psu.edu/ojs/index.php/jip/article/view/119>, p. 3.

¹⁵ H. GRAUX, J. AUSLOOS, P. VALCKE, «The right to be Forgotten in the Internet Era», *ICRI Working Paper Series*, November 2012, disponible à l'adresse suivante: https://www.law.kuleuven.be/icri/ssrnpapers/39ICRI_Working_Paper_11_2012.pdf, p. 3.

¹⁶ Voy. par exemple P. FLEISCHER, *Foggy Thinking About The Right to Oblivion*, 9 mars 2011, disponible à l'adresse suivante: <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>;

S.C. BENNETT, «The Right to Be forgotten: Reconciling EU and US perspectives», *Berkeley J. Int'l L.*, 2012, vol. 30, issue 1, p. 161.

¹⁷ J. ROSEN, «The Right to be forgotten», *Stan. L. Rev. Online*, 88, February 13, 2012, p. 88.

lors, le droit à l'oubli se révèle être essentiellement une question d'éthique journalistique, dont le non-respect peut constituer une faute aquilienne, laquelle peut elle-même être sanctionnée par les tribunaux.

La première évocation par la jurisprudence du droit à l'oubli du passé judiciaire apparaît dans une décision du tribunal de grande instance de Paris en 1983¹⁸. Dans cette affaire, le tribunal a considéré que « toute personne qui a été mêlée à des événements publics peut, le temps passant, revendiquer le droit à l'oubli; que le rappel de ces événements et du rôle qu'elle a pu y jouer est illégitime s'il n'est pas fondé sur les nécessités de l'histoire ou s'il peut être de nature à blesser sa sensibilité »¹⁹.

Quelques années plus tard, en 1995, la cour d'appel de Bruxelles a reconnu, pour la première fois en Belgique, le droit à l'oubli du passé judiciaire comme élément à part entière de la vie privée²⁰. Cette affaire est liée à l'interdiction préalable de la diffusion d'un documentaire télévisuel par la RTBF. Le réalisateur, employé du radiodiffuseur public, souhaitait réaliser un film documentaire sur une querelle de village qui avait dégénéré en meurtre. Le meurtrier avait été condamné par un jury à huit ans de prison. Ayant appris que le film allait être diffusé sur la chaîne publique quelques mois après le procès, le condamné et sa famille ont introduit une action en justice pour en interdire la diffusion. En référé et au

fond, le condamné a obtenu l'interdiction de la diffusion sous astreinte²¹.

Une autre jugement, rendu par le tribunal de première instance de Namur, a permis de clarifier les contours du droit à l'oubli. Dans un article relatant la mort accidentelle d'un jeune homme, un journaliste du quotidien *Vers l'Avenir* avait évoqué, non sans un certain mauvais goût, le passé judiciaire de la victime. Ses proches, considérant ce rappel plus qu'inapproprié, ont introduit une procédure judiciaire contre le journaliste et le quotidien. Ces derniers ont été condamnés pour avoir pointé dans l'article, d'une manière inadéquate, que la victime avait fait l'objet d'une condamnation. Le tribunal reconnaît ainsi, à certaines conditions, un droit à l'oubli qu'il définit comme étant « celui qui permet à l'individu dont la vie n'est pas consacrée à une activité publique, d'exiger le secret et la tranquillité sans lesquels le libre développement de sa personnalité serait entravé »²².

2. Vie privée versus liberté d'expression

La justification du droit à l'oubli du passé judiciaire est basée sur le principe suivant: lorsqu'une personne a payé son dû à la société, elle doit pouvoir être réhabilitée et recommencer sa vie sans porter le poids de ses erreurs passées²³. Ce principe est reflété dans le droit à la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention²⁴ européenne des droits de

¹⁸ Bruxelles (réf.), 21 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 47, confirmant Civ. Bruxelles (réf.), 3 mai 1995, inédit. Le jugement au fond reconnaît également le droit à l'oubli: Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, n° 34, p. 710.

¹⁹ T.G.I. Paris, 20 avril 1983, « M^{me} M... c. Filipacchi et soc. Cogedipresse », *J.C.P.*, 1983, II.20434, obs. LINDON.

²⁰ F. JONGEN, « Droit à l'oubli contre liberté d'expression », *Iris*, 1997/10, p. 8.

²¹ A. STROWEL, « Le droit à l'oubli du condamné: après le compte-rendu, vient le temps du silence », in P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERKHOVE (éd.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, p. 742.

²² Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781, note A. STROWEL.

²³ C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 111.

²⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1959, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, ci-après « CEDH ».

DOCTRINE

l'homme²⁵. Cependant, le respect du droit à l'oubli du passé judiciaire peut s'opposer à la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention. La recherche d'un équilibre entre ces deux valeurs ne semble pouvoir s'opérer qu'au cas par cas.

Dans l'affaire *Österreichischer Rundfunk*²⁶, la Cour européenne des droits de l'homme a fait pencher la balance en faveur de la liberté d'expression²⁷. Bien que la Cour ne fasse pas explicitement référence au droit à l'oubli du passé judiciaire dans sa décision, c'est bien la problématique de la revitalisation d'une ancienne condamnation qui est au cœur de ce litige. Dans le cadre d'un reportage sur la libération d'une personne condamnée au titre de la loi relative à l'interdiction du national-socialisme, le radiodiffuseur public (ORF) avait diffusé une ancienne photographie du requérant, prise pendant son procès. Estimant que la diffusion de l'image de l'ancien condamné portait atteinte à ses intérêts légitimes, les juridictions autrichiennes avaient alors interdit au radiodiffuseur de diffuser son image en l'associant

à un quelconque reportage faisant état de sa condamnation prononcée. Dans son arrêt, la Cour souligne que, lorsqu'un équilibre doit être trouvé entre l'intérêt du public et l'intérêt du condamné, les éléments suivants doivent être pris en considération: la notoriété de la personne concernée, l'écoulement du temps entre la condamnation et la libération, le lien entre le contenu du reportage et la photographie, la complétude et la véracité du texte²⁸. Selon la Cour, les juridictions nationales, en accordant plus de poids au critère de l'écoulement du temps, au détriment des autres éléments, ont violé l'article 10 de la Convention²⁹.

D'autres décisions de la Cour européenne des droits de l'homme permettent de penser que la balance peut, dans des circonstances différentes, pencher en faveur de la protection de la vie privée. Ainsi, la manière dont la juridiction strasbourgeoise a tranché l'affaire *Von Hannover* ³⁰ permet d'émettre l'hypothèse selon laquelle, dans le cadre d'une mise en balance du droit à l'oubli et de la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait faire primer, dans certains cas, le droit à la vie privée sur le droit de publier des informations³¹.

Dès lors, dans quels cas le droit à l'oubli pourrait-il primer sur la liberté d'expression? Dans la mesure où le droit à l'oubli du passé judiciaire n'a jamais été consacré dans un texte de loi, les critères permettant d'accorder ce droit subjectif – fondé sur le respect de la vie privée – ont été établis par la jurisprudence.

²⁵ A. ROUVROY et V. VAN DER PLANCKE, « Quand le casier séquestre nos libertés », in V. DEGREEF et J. PIERET (éds), *Le casier judiciaire – Approches critiques et perspectives comparées*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 73 et s.

²⁶ C.E.D.H., *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, 7 décembre 2006.

²⁷ Voy. également la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 16 juillet 2013. À l'origine de cette affaire, deux journalistes avaient été condamnés pour avoir critiqué les requérants dans un article de journal. S'étant aperçus qu'une version numérique de l'article avait été publiée et restait disponible sur le site Internet du journal, les requérants avaient introduit une nouvelle action en justice visant à obtenir la suppression de l'article litigieux. Les juridictions nationales ont refusé de faire suite à cette demande, en considérant que l'ajout d'un commentaire sur le résultat des procédures ouvertes contre les journalistes aurait permis d'atteindre un meilleur équilibre entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression. La Cour se range à l'avis des juridictions nationales et considère que l'article 8 n'a pas été violé. C.E.D.H., *Węgrzynowski and Smolczewski c. Pologne*, 16 juillet 2013.

²⁸ *Ibid.*, § 68.

²⁹ *Ibid.*, § 69.

³⁰ C.E.D.H., *Von Hannover c. Allemagne (n° 1)*, 24 juin 2004.

³¹ F. WERRO, « The right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash », *Liability in the Third-Millennium*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 289.

3. Les conditions et limites du droit à l'oubli du passé judiciaire

Pour accorder le droit à l'oubli, il est nécessaire que les faits rappelés soient de nature judiciaire. En effet, au regard de la jurisprudence existante, il n'est pas possible d'induire un droit à l'oubli applicable à toutes les situations passées³². En Belgique, certains auteurs de doctrine considèrent que le droit à l'oubli peut seulement être exercé dans les cas où le condamné a été réhabilité ou amnistié. «Au-delà de ces figures de droit pénal»³³, le droit à l'oubli devrait s'incliner devant le droit et le devoir d'informer sur les affaires judiciaires. Cependant, il ressort des quelques décisions rendues en la matière que la jurisprudence retient des critères moins stricts³⁴ et qu'il suffit que le droit à l'oubli soit invoqué par une personne condamnée³⁵, même si elle n'a pas fait l'objet d'une réhabilitation ou d'une amnistie.

Deux autres conditions apparaissent fondamentales pour exercer le droit à l'oubli : les faits rapportés doivent avoir déjà été divulgués et présenter un lien avec l'actualité. Ces deux conditions ont été exposées dans l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 novembre 1990³⁶ et ont été par la suite

précisées dans d'autres décisions belges³⁷. Les faits qui présentent toujours un intérêt actuel («*newsworthiness*») ne peuvent donc relever du droit à l'oubli. Cela signifie également que les faits historiques peuvent toujours être diffusés par voie de presse car il existe toujours un intérêt lié à la publication de tels faits. Par exemple, les crimes de guerre ne peuvent jamais céder devant le droit à la vie privée.

Outre les trois conditions qui viennent d'être développées (faits judiciaires, première divulgation licite des faits, intérêt contemporain à la redivulgation), différents éléments peuvent encore éclairer l'appréciation du juge. Tout d'abord, la capacité de faire valoir le droit à l'oubli est fonction du degré d'exposition de la personne : une personne publique ne pourra ainsi que très difficilement faire valoir son droit à l'oubli. Ensuite, le temps écoulé entre la première divulgation et le rappel des faits joue un rôle dans l'appréciation du droit à l'oubli. Ainsi, lorsque le juge doit effectuer un arbitrage entre l'intérêt privé et l'intérêt public au rappel des faits, il prend généralement en considération le temps écoulé entre le prononcé de la peine et le rappel. À cet égard, il n'y a pas de règles générales et l'appréciation se fait au cas par cas, en fonction des circonstances du cas d'espèce.

Enfin, le juge peut prendre en considération l'intérêt à la réintégration de la personne condamnée au sein de la société et sa réhabilitation par la justice. La Cour constitutionnelle allemande a fait appel à ce critère dans son arrêt *Lebach*. À l'origine de cette affaire, la ZDF souhaitait diffuser un documentaire relatif à un meurtre perpétré en 1969. Ayant appris ce projet, un des complices du crime a demandé l'interdiction préalable de diffuser le reportage, dans lequel son nom était mentionné, sa photographie affichée et son rôle tenu par

³² A. STROWEL, «Le droit à l'oubli du condamné : après le compte-rendu, vient le temps du silence», *op. cit.*, p. 742.

³³ B. MOUFFE et S. HOEBEKE, *Le droit de la presse*, 3^e éd., Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, p. 512.

³⁴ A. STROWEL, «La liberté de rappeler des faits contre le droit au silence : les contretemps de la presse», *J.L.M.B.*, 1998, p. 785.

³⁵ A. STROWEL, «Le droit à l'oubli du condamné : après le compte-rendu, vient le temps du silence», *op. cit.*, p. 742 ; Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781. Le droit à l'oubli a également été accordé au conjoint d'un condamné : Civ. Namur (1^{re} ch.), 27 septembre 1999, *A&M*, 2000, p. 471.

³⁶ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 20 novembre 1990, «M^{me} Montanges c. Kern», *J.C.P.*, 1990, II.21908, note RAVANAS.

³⁷ Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781.

un acteur. Par son arrêt du 5 juin 1973, la Cour constitutionnelle fédérale a interdit la diffusion du documentaire au motif qu'il mettait en péril la réinsertion sociale de la personne et a donc accordé le droit à l'oubli au condamné³⁸. Ce critère n'est toutefois pas absolument nécessaire pour accorder le droit à l'oubli. Ainsi, dans l'affaire *Vers l'Avenir*³⁹, le droit à l'oubli a été reconnu à une personne décédée. S. Hoebeke et B. Mouffe s'en étonnent en relevant qu'il n'y a plus aucune justification en termes de réinsertion sociale. Selon eux, il aurait été préférable « d'en rester dans le domaine du droit à la vie privée des proches et d'estimer, le cas échéant, que le rappel portait atteinte à leurs droits propres »⁴⁰.

C. Le droit à l'oubli numérique et la protection des données personnelles sur Internet

1. Précisions liminaires

Chacun laisse désormais des traces numériques, que ce soit en consultant sa boîte mail, en achetant des biens et services sur Internet, en postant des commentaires sur des blogs et forums, en étant membre de réseaux sociaux, ... Le traitement et l'agrégation de ces données⁴¹ posent la question de la maîtrise des flux d'informations personnelles à l'heure du numérique⁴². C'est dans ce contexte que l'expression « droit à l'oubli numérique » s'est

développée et popularisée comme le rempart contre les dangers d'une mémoire numérique infaillible, ne pardonnant plus aucune erreur du passé. Cette deuxième facette du droit à l'oubli vise ainsi la possibilité pour une personne de demander l'effacement des données qui la concerne, et plus spécifiquement les données mises en ligne, après une période donnée. L'enjeu n'est donc plus d'empêcher ou de sanctionner la mise en lumière de faits anciens, mais d'obtenir la suppression d'informations disponibles sur Internet.

À l'heure actuelle, il reste néanmoins toujours délicat de déterminer la portée de cette acception « moderne » du droit à l'oubli. S'agit-il d'une clarification et d'une meilleure mise en œuvre des principes de proportionnalité et de finalité inscrits dans la réglementation actuelle en matière de protection des données à caractère personnel? Ou s'agit-il d'un droit plus ambitieux qui vise à permettre aux gens d'exiger l'effacement des données qu'ils ont volontairement postées, même après que celles-ci ont été diffusées largement? Voire même de demander l'effacement de données que d'autres personnes ont postées⁴³? Après un bref rappel des règles protectrices de données à caractère personnel, la portée du droit à l'oubli est ainsi analysée au regard, d'une part, de la réglementation actuelle et, d'autre part, du projet de règlement européen en matière de protection des données personnelles.

³⁸ Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne), 5 juin 1973, dossier 1 BvR 536/72. Pour un exemple d'affaire plus récente, voy. J. SCHWARTZ, « Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent », *N.Y. Times*, 12 novembre 2009.

³⁹ Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781.

⁴⁰ S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 509.

⁴¹ D. LINDSAY, « Digital Eternity or Digital oblivion », in D. DOERR et R. WEAVER (eds), *The Right to Privacy in the Light of Media Convergence*, Berlin, De Gruyter, 2012, p. 325.

⁴² A. ARAMAZZANI, « Le droit à l'oubli et internet », *R.D.T.I.*, 2011/2, p. 35.

⁴³ La possibilité d'exiger la suppression d'informations postées par d'autres personnes heurte particulièrement l'esprit des juristes américains, pour lesquels une telle conception du droit à l'oubli s'opposerait au premier amendement de la Constitution américaine. Voy. J. ROSEN, *op. cit.*, p. 91 ; P. FLEISCHER, *op. cit.*

2. Un rappel des règles protectrices des données à caractère personnel

Au début des années 70, le Conseil de l'Europe a mis en lumière les problèmes posés par la conservation illimitée des données. À cet égard, on peut pointer en particulier l'annexe à la résolution 73(22), principe 4, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1973, qui préconisait d'établir des règles afin de déterminer la période de temps au-delà de laquelle certaines catégories d'informations ne peuvent plus être conservées ou utilisées⁴⁴. Depuis lors, de nombreux systèmes juridiques ont adopté des réglementations visant à protéger leur population contre l'informatisation de la société⁴⁵. L'élément central de ces réglementations est le principe de finalité, selon lequel les données doivent être traitées uniquement en vue de la réalisation d'objectifs déterminés. En Europe, la directive 95/46/CE⁴⁶ forme la base de la réglementation assurant la protection et la circulation des données à caractère personnel.

Par ailleurs, le droit à la protection des données personnelles a été reconnu comme un droit fondamental à part entière par l'Union européenne⁴⁷. Il a ainsi été consacré à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, adoptée en 2000 :

1. *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.*

⁴⁴ Résolution relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée par le Comité des ministres le 26 septembre 1973, lors de la 224^e réunion des délégués des Ministres.

⁴⁵ R.H. WEBER, *op. cit.*, p. 123 ; J. LE CLAINCHE, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁶ 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, ci-après « directive 95/46/CE ».

⁴⁷ C. KUNER, *European Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 18.

2. *Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.*
3. *Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.*

L'article 16 (1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre également le droit à la protection des données personnelles :

Toute personne a droit au respect de la protection des données personnelles la concernant.

3. Le droit à l'oubli dans la directive 95/46/CE

La directive 95/46/CE poursuit deux objectifs principaux, à savoir, d'une part, la libre circulation des données en Europe et, d'autre part, la réalisation d'un niveau minimal de protection entre tous les États membres⁴⁸. Elle s'appuie sur une série de six principes, dont les principes de finalité et de proportionnalité.

Conformément au principe de finalité, les données doivent être traitées loyalement, collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. Elles ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Un traitement automatisé doit donc être mis en œuvre dans un but précis et correspondre à cet objectif⁴⁹.

Le principe de proportionnalité impose que les données soient adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Elles doivent donc être exactes et mises à jour, si cela s'avère nécessaire. Les données doivent

⁴⁸ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁹ Directive 95/46/CE, article 6.

DOCTRINE

être conservées pendant une durée qui n'exécède pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Les données ne peuvent donc être conservées indéfiniment⁵⁰.

L'articulation de ces deux principes, finalité et proportionnalité, peut être envisagée comme une forme embryonnaire de droit à l'oubli, dès lors qu'elle impose l'effacement ou l'anonymisation des données une fois que la finalité a été atteinte. Certains auteurs considèrent cette obligation comme le versant « passif » du droit à l'effacement⁵¹ car il impose au responsable du traitement la suppression des données personnelles s'il ne peut plus démontrer une raison légitime pour leur rétention⁵².

La directive, en son article 12, octroie également toute une série de droits à la personne dont les données font l'objet d'un traitement, dont le droit au retrait, dans l'hypothèse où le traitement ne correspondrait pas aux dispositions de la directive, en particulier en raison de la nature incomplète ou erronée des données. L'article 14 concerne lui le droit d'opposition. Ces différents droits peuvent également être envisagés sous le prisme du droit à l'oubli. Comme le souligne le rapport Cyberlex⁵³, l'expression « droit à l'oubli » serait une « traduction lyrique du droit d'opposition dont dispose d'ores et déjà chaque personne dont les données ont été collectées ». La mise en œuvre de ce versant « actif » du droit à l'effacement peut s'avérer malaisée, dès lors que le responsable du traitement peut rejeter la

demande de suppression ou d'anonymisation s'il justifie son refus. Les motifs du refus restent toutefois soumis à l'appréciation de l'autorité de contrôle ou du juge.

Ainsi, il ressort des éléments développés plus haut que la directive 95/46/CE prend déjà en considération l'écoulement du temps, de telle sorte que l'on peut affirmer que la combinaison des diverses dispositions mentionnées ci-dessus consacre une forme de droit à l'oubli, tant dans un versant passif – l'obligation pour le responsable de traitement d'effacer les données une fois que la finalité a été atteinte – que dans un versant actif – la possibilité d'invoquer le droit de retrait ou d'opposition. Néanmoins, la directive 95/46/CE n'a pas été formulée pour répondre aux attentes actuelles des citoyens quant à la suppression effective de leurs données⁵⁴.

4. Le droit à l'oubli dans la nouvelle proposition de règlement

Depuis le développement du web 2.0, grâce auquel chacun – et non plus quelques développeurs – a la capacité de faire circuler l'information, le besoin de moderniser la réglementation en matière de protection des données s'est fait cruellement sentir⁵⁵. En effet, les règles actuellement en vigueur ont été introduites à une époque où les défis que posent les services en ligne au regard de la protection des données n'existaient pas encore. Par ailleurs, les différences dans la manière dont chaque État membre de l'Union transpose le droit ont mené à des incohérences, qui engendrent de la

⁵⁰ A. ARAMAZZANI, *op. cit.*, p. 40.

⁵¹ H. GRAUX, J. AUSLOOS, P. VALCKE, *op. cit.*, p. 10.

⁵² *Ibid.*, p. 10.

⁵³ Cyberlex, *Contribution dans le cadre des travaux sur le droit à l'oubli numérique: L'oubli est-il de droit face à une mémoire numérique illimitée*, 25 mai 2010, disponible à l'adresse suivante: http://www.cyberlex.org/images/stories/pdf/contribution_cyberlex_dao.pdf, p. 10.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁵⁵ Pour un commentaire général de la proposition de règlement, voy. C. GAYREL et R. ROBERT, « Proposition de règlement sur la protection des données – Premiers commentaires », *J.D.E.*, 2012, n° 190, p. 173.

complexité, l'insécurité juridique et des coûts administratifs⁵⁶.

En 2010, Viviane Reding, Commissaire européen pour la Justice, a présenté son projet de règlement modifiant les règles en matière de protection des données personnelles⁵⁷. Selon la Commissaire, les changements proposés doivent permettre aux personnes d'avoir plus de contrôle sur leurs données. Ces nouvelles règles ont été conçues afin de mieux protéger les informations personnelles, indépendamment de l'endroit où elles sont traitées, envoyées et stockées, que ce soit au sein ou hors de l'Union européenne, comme cela est souvent le cas avec Internet. En particulier, le projet de règlement permet explicitement que le consentement soit retiré⁵⁸. Cette approche apparaît pertinente, dès lors que peu de personnes prêtent attention au consentement qu'elles donnent et que dans un environnement non statique, le consentement doit pouvoir être sans cesse réévalué.

L'article 17 du projet de règlement concerne spécifiquement le droit à l'oubli et à l'effacement, qui est, selon la Commission européenne, le renforcement de principes déjà existants dans la réglementation actuelle⁵⁹. Cet article – comme l'ensemble du projet de

règlement – ne s'applique pas dans une série de cas définis à l'article 2, dont le traitement de données réalisé dans le cadre des activités personnelles d'une personne physique et lorsqu'il est « sans but lucratif »⁶⁰.

Le premier paragraphe de l'article 17 détermine les quatre motifs pour lesquels la personne concernée peut obtenir du responsable du traitement l'effacement et la cessation de la diffusion de données la concernant : (1) si les données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées ; (2) si la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement ou lorsque le délai de conservation autorisé a expiré et qu'il n'existe pas d'autre motif légal au traitement des données ; (3) si la personne concernée s'oppose au traitement des données à caractère personnel conformément à l'article 19 ; (4) si le traitement des données n'est pas conforme au présent règlement pour d'autres motifs. Les premier, troisième et quatrième motifs étaient formulés, à tout le moins de manière implicite, dans la directive 95/46/CE. Le deuxième motif mérite d'être épinglé en ce qu'il s'inscrit parfaitement dans la philosophie de la proposition de règlement, qui clarifie la rétractabilité du consentement⁶¹.

Le deuxième paragraphe impose au responsable du traitement qui a rendu publiques des données à caractère personnel de prendre toutes les mesures raisonnables afin d'informer les tiers de la demande d'effacement. Lorsque le responsable du traitement a autorisé un tiers à publier les données, il est considéré comme responsable de cette diffusion. La formulation vague de ce deuxième paragraphe pose néan-

⁵⁶ Commission européenne, *Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses*, IP/12/46, 25 janvier 2012, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en.

⁵⁷ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), Bruxelles, 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final.

⁵⁸ Article 7, § 3 du projet de règlement ; M.L. AMBROSE et J. AUSLOOS, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁹ Commission européenne, *How does the data protection reform strengthen citizens' rights?*, disponible à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/justice/data-](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en.pdf)

[protection/document/review2012/factsheets/2_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/2_en.pdf).

⁶⁰ C. GAYREL et R. ROBERT, *op. cit.*, p. 174.

⁶¹ H. GRAUX, J. AUSLOOS, P. VALCKE, *op. cit.*, p. 14.

moins question: que signifie prendre toutes les mesures nécessaires? Quelle forme peut prendre l'autorisation de publier des données? Outre cette formulation floue, la mise en œuvre de cette disposition risque d'être extrêmement compliquée. En effet, comment le responsable de traitement peut-il contacter les personnes à qui les données ont été transmises?

Enfin, dans un certain nombre de cas, le responsable du traitement ne doit pas procéder à l'effacement des données: si elles sont nécessaires (1) à l'exercice du droit à la liberté d'expression; (2) pour des motifs d'intérêt général dans le domaine de la santé publique; (3) à des fins de recherche historique, statistique et scientifique; (4) au respect d'une obligation légale de conserver les données à caractère personnel prévue par le droit de l'Union ou par la législation d'un État membre à laquelle le responsable du traitement est soumis. Le paragraphe 4 impose des limitations au traitement des données, mais pas leur effacement.

D. L'articulation des deux facettes du droit à l'oubli

Si le droit à l'oubli se décline en différentes facettes, il plonge cependant ses racines dans le même fondement, celui du droit au respect de la vie privée. En ce qui concerne la première facette, la jurisprudence fonde la version «classique» du droit à l'oubli sur le droit au respect de la vie privée. Quant à la seconde facette, même si le droit à la protection des données personnelles s'est autonomisé, il peut toujours être rattaché à la protection de la vie privée et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la lecture du considérant n° 10 de la directive européenne 95/46/CE laisse apparaître que, dans un premier temps, le droit à la protection des données à caractère personnel a été considéré comme une déclinaison du droit à la vie privée. Ce n'est que dans un second temps, suite à l'adoption

de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, que ce droit s'est autonomisé⁶².

D'aucuns⁶³ critiquent cependant l'idée de rattacher le droit à l'oubli à la vie privée en ce qu'elle ne protégerait que des informations qui n'ont pas été rendues publiques. Dès que l'information serait diffusée, même si elle concerne l'intimité de la personne, elle deviendrait par définition publique et ne pourrait plus bénéficier des garanties réservées à la vie privée. Toutefois, si l'on examine la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, on observe que la juridiction strasbourgeoise donne une compréhension extensive de la vie privée qui permet de fonder le droit à l'oubli sur l'article 8 de la Convention. Ainsi, par son arrêt *Niemietz*, la Cour a souligné qu'elle «ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de vie privée»⁶⁴. Par son arrêt *Pretty*, la Cour a rappelé que la vie privée est une «notion large non susceptible d'une définition exhaustive»⁶⁵. L'examen de la jurisprudence de la Cour démontre sans conteste un élargissement de cette notion⁶⁶. Il est désormais admis que la vie privée comprend tant une dimension privée (i.e. la vie privée au sens strict) que sociale (i.e. le droit de nouer des relations avec ses semblables). Ce dernier aspect est important pour la problématique qui nous concerne dès lors que l'oubli peut

⁶² A. ARAMAZZANI, *op. cit.*, p. 40.

⁶³ R.H. WEBER, *op. cit.*, p. 122.

⁶⁴ C.E.D.H., *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29.

⁶⁵ C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 25 avril 2002, § 61.

⁶⁶ F. SUDRE, «Rapport introductif. La construction par le juge européen du droit au respect de la vie privée», in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme – Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme Faculté de droit – Université de Montpellier I, Bruxelles, Bruylant, 2005*, p. 11.

être un facteur d'améliorations des relations sociales⁶⁷.

Par ailleurs, depuis le milieu des années 80⁶⁸, les Européens ont encore étendu le droit à la vie privée en le rattachant au libre développement de la personne. Afin de pouvoir déterminer sa participation dans la société, un individu doit pouvoir disposer lui-même de toutes les informations le concernant, c'est-à-dire de toutes ses données à caractère personnel. Toute personne doit pouvoir décider si et quelles informations la concernant peuvent être transmises⁶⁹. En effet, une condition indispensable à la libre construction par l'individu de sa propre personnalité est qu'il puisse être certain que les informations personnelles qui le concernent ne soient pas obtenues et utilisées d'une manière qui échappe totalement à son contrôle⁷⁰. Ce droit à l'autodétermination informationnelle permet de relier la vie privée, dans son aspect « autonomie de la personne », avec la notion de droit à l'oubli⁷¹.

III. INTERNET ET LES ARCHIVES JOURNALISTIQUES

A. Exposé de la problématique

Il est désormais extrêmement fréquent que les archives des grands quotidiens de presse soient disponibles sur Internet. Les choix des éditeurs quant aux modalités de cette mise en ligne peuvent cependant être très variés. Si d'aucuns réservent la consultation des archives à leurs abonnés, comme par exemple *Le Monde* ou *The Times*⁷², d'autres optent pour une disponibilité totale et gratuite de leurs archives numériques, à instar d'*El Pais*⁷³. Par ailleurs, entre gratuité totale et restriction d'accès aux seuls abonnés, de nombreuses formules sont possibles⁷⁴. En Communauté française, les archives numériques du *Soir* et de *La Libre*, entre autres, sont consultables gratuitement en ligne⁷⁵.

Ce type de décision, qui fait partie d'un *business model* défini par l'éditeur (contenus gratuits

⁶⁷ H. GRAUX, J. AUSLOOS, P. VALCKE, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁸ V. MAYER-SCHÖNBERGER, *op. cit.*, p. 137: « moreover, beginning with Germany in the mid-1980s, the Europeans moved towards a much broader concept of information privacy rights, leaving behind the Warren/Brandeis right to privacy. If the original information privacy rights were more focused on the question of individual consent, information privacy is now seen as an individual's right to shape her participation in society. (...) This broader conception, often called the right to informational self-determination is intended to give individuals control of every phase and stage of the use of their personal information ».

⁶⁹ A. SCHEUER et S. SCHWEDA, « Les limites à l'utilisation des données personnelles », *IRIS plus*, 2011/6, p. 8; C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁷⁰ Y. Poullet et A. Rouvroy, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel – Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in K. BENYEKHEF et P. TRUDEL (éds), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009, pp. 157-222, disponible à l'adresse suivante: <http://www.crid.be/pdf/public/6050.pdf>.

⁷¹ J. ROSEN, « The Deciders: The future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google », *Fordham L. Rev.*, 2012, vol. 80, issue 4, disponible à

l'adresse suivante: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss4/1>, p. 1531: « When it comes to invasions of privacy by fellow citizen rather than by the government, we are in the realm not of autonomy, but of a different value of privacy – namely dignity. Remember that autonomy preserves a sphere of immunity from government intrusion into our lives. Dignity, by contrast, protects the norms of social respect that we accord to each other ».

⁷² En ce qui concerne *Le Monde*, les abonnés disposent d'un crédit de 25 archives renouvelable tous les 30 jours. Pour les non-abonnés, la consultation des articles parus depuis moins de trois jours est ouverte à tous. Au-delà, cette consultation est payante, soit deux euros par article: http://www.lemonde.fr/service/faq_625905.html#faq_content_22.

En ce qui concerne *The Times*, seuls les abonnés peuvent consulter les archives: https://subscription.thetimes.co.uk/webjourney/webj_subscription?pc=Acquisition2.

⁷³ Moteur de recherche d'*El Pais*: <http://elpais.com/buscador/>.

⁷⁴ Voy. par exemple la disponibilité des archives du *New York Times*: <http://www.nytimes.com/ref/member-center/nytarchive.html>.

⁷⁵ Moteur de recherche des archives du *Soir*: <http://archives.lesoir.be/>; moteur de recherche des archives de la *Libre*: <http://www.lalibre.be/search/>.

versus payants⁷⁶), n'est pas sans conséquence en ce qui concerne le droit à l'oubli. En effet, les archives des journaux disponibles sans restriction sur Internet sont indexées par les moteurs de recherche tels que *Google*, *Yahoo!* et *Bing*⁷⁷. Dès lors, sur la base d'une requête lancée à partir d'un nom et d'un prénom, le moteur de recherche affiche tous les résultats liés aux articles de presse concernant cette personne. Si l'accessibilité de ces informations peut réjouir l'historien, le journaliste ou le chercheur, elle peut troubler celui qui souhaite laisser dans l'ombre une partie de son passé, que ce soit une simple erreur de jeunesse, la compagnie de personnes peu fréquentables, voire l'investissement dans des causes politiques aux relents nauséabonds. Ces dernières années, les éditeurs de presse ont ainsi été confrontés à de nombreuses demandes de suppression ou d'anonymisation d'articles de presse archivés et disponibles sur Internet⁷⁸. Comment répondre à ces demandes dont certaines apparaissent légitimes, et d'autres moins ?

Avant de proposer des pistes de solution, il importe de souligner que les questions posées par la numérisation des archives journalistiques relèvent non pas de la première, mais de

la seconde facette du droit à l'oubli, c'est-à-dire le droit à l'oubli numérique. Cette remarque est essentielle afin de baliser le débat. En effet, il ne s'agit pas d'appliquer sans discernement les solutions éprouvées pour le droit à l'oubli du passé judiciaire à la numérisation des archives journalistiques⁷⁹, puisque les données du problème sont différentes. Si une personne subit un préjudice en raison du rappel de son passé judiciaire dans un nouvel article, elle peut invoquer le droit à l'oubli « traditionnel » en postulant l'octroi de dommages et intérêts. Par contre, si une personne subit un préjudice en raison d'un article écrit dans le passé mais toujours disponible en ligne, elle pourra invoquer, de manière plus adéquate, le droit à l'oubli numérique, en ce qu'il concerne précisément la problématique de la conservation des données sur internet. Ceci étant posé, plusieurs solutions s'offrent à la personne qui souhaite qu'un article ne soit plus accessible sur Internet.

B. Pistes de solutions

1. Une approche au cas par cas

Avant d'examiner de manière plus détaillée les différentes solutions possibles (droit de rectification ou de communication, suppression, anonymisation, déréférencement), un premier arbitrage s'impose : convient-il de décider du sort d'un article au cas par cas, ou bien est-il préférable de favoriser des solutions plus globales comme la mise hors ligne de l'ensemble des archives journalistiques ou leur accès restreint à un cercle d'abonnés ? Si l'objectif est de tendre à l'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée,

⁷⁶ Voy. par exemple F. BALLE, *Médias et sociétés*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, p. 103.

⁷⁷ Prise de position n° 29/2011 du Conseil suisse de la presse, *Rectification, droit de réponse, anonymat a posteriori dans les médias en ligne et les archives numériques*, 11 mai 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://www.presserat.ch/29540.htm>, n° 6 (f) : « L'accès aux banques de données des médias comme SMD, quand leurs archives (complètes) sont protégées par un nom d'utilisateur et un mot de passe, se trouve considérablement restreint par rapport aux archives numériques ouvertes, la même chose valant pour les médias en ligne dont l'accès est protégé. De telles barrières empêchent en particulier que des informations personnelles bénéficiant de la protection du 'droit à l'oubli' n'apparaissent lors d'une recherche sur Google ou d'autres services comparables ».

⁷⁸ Pour exemple commenté par la presse, voy. H. DORZEE, « L'ex-magistrat plaide le droit à l'oubli », *Le Soir*, 5 novembre 2011.

⁷⁹ Comme le souligne J. LE CLAINCHE, *op. cit.*, p. 48 : « ces difficultés (...) se comprennent aisément si l'on veut bien considérer que le droit à l'oubli est un édifice élaboré à partir du droit de la presse que l'on cherche à adapter au contexte complètement différent des traitements de données (...) ».

l'approche au cas par cas doit être privilégiée⁸⁰. En effet, elle seule permet de mettre en balance ces deux droits souvent divergents⁸¹. Et comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a notamment souligné dans l'arrêt *Von Hannover II*, ces droits méritent *a priori* un égal respect⁸².

D'une part, nul ne peut nier l'importance de la contribution des archives numériques au devoir de mémoire et à la transmission de l'information. Dans l'affaire *Times Newspapers*, la Cour européenne des droits de l'homme a très justement relevé la valeur des archives pour l'intérêt du public: «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»⁸³. La Cour a encore noté que «la mise à disposition d'archives sur Internet contribue grandement à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives en question constituent une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites. En conséquence, la Cour estime que si la presse a pour fonction première de jouer le rôle de «chien de garde» dans une société démocratique, la fonction accessoire qu'elle remplit en constituant des archives à partir d'informations déjà publiées et en les mettant à la disposition du

public n'est pas dénuée de valeur»^{84 85}. En ce sens, il est essentiel d'exploiter au mieux les possibilités technologiques afin de valoriser les archives écrites et audiovisuelles. Dès lors, contraindre les éditeurs de presse à rendre inaccessible l'ensemble de leurs archives numériques ne répondrait pas aux attentes du public par rapport à la valorisation de ce patrimoine. Dans le même esprit, obliger les éditeurs à anonymiser chaque article archivé serait une contrainte tellement disproportionnée qu'elle reviendrait à décourager les éditeurs de mettre en ligne leurs archives numériques. À ce propos, le Conseil suisse de la presse a souligné que: «Les rédactions qui rendent accessibles au public leur production en ligne sans condition et de manière illimitée dans le temps, qui donc par là rendent possible l'indexation de leurs contenus archivés par des moteurs de recherche comme Google ou autres, devraient, en sus des autres aspects de la protection de la personnalité, également porter attention au 'droit à l'oubli'. Mais comme pour la réactualisation des textes, il serait cependant hors de proportion d'exiger des rédactions, respectivement des archives mandatées par elles, de réexaminer régulièrement d'elles-mêmes tous les articles sous l'angle du 'droit à l'oubli' et, le cas échéant, de leur donner après coup une forme anonyme»⁸⁶.

D'un autre côté, il est important de protéger le droit à la vie privée. À cet égard, le droit à l'oubli peut être mis en parallèle avec l'effacement du

⁸⁰ Ce qui était déjà le cas dans les litiges «traditionnels» en matière de droit à l'oubli du passé judiciaire. Cfr R. LETTERON, *op. cit.*, p. 411: «un contentieux où le juge apprécie le bien-fondé de la requête, au cas par cas, en fonction des intérêts en cause».

⁸¹ C. DE TERWANGNE, *op. cit.*, p. 113.

⁸² C.E.D.H., *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, § 106.

⁸³ C.E.D.H., *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), 10 mars 2009, § 27, *cette revue*, 2009, p. 87, note Q. VAN ENIS.

⁸⁴ La Cour ajoute toutefois par la suite que les États bénéficient d'une plus grande marge de manœuvre pour admettre des limitations à ce droit quand il concerne des archives plutôt que la première fonction de la presse. Cela signifie qu'opposée à la vie privée, la protection de l'accessibilité des archives pèse moins lourd dans la balance que la protection de la fonction première de la presse.

⁸⁵ C.E.D.H., *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), 30 mars 2009, § 45.

⁸⁶ Prise de position du Conseil suisse de la presse, *op. cit.*, n° 6 (e).

casier judiciaire, qui permet d'éviter l'effet stigmatisant d'une condamnation déjà purgée⁸⁷. Si un article mentionnant une ancienne condamnation reste indéfiniment en ligne, cela rend vain le mécanisme de l'effacement du casier judiciaire. Il faut donc garantir un droit à l'oubli – à certaines conditions – afin d'empêcher l'apparition d'un casier judiciaire virtuel et de permettre que les mécanismes du droit pénal continuent à jouer leur rôle d'améliorateur des relations sociales. Comme A. Rouvroy et V. van der Plancke l'ont rappelé dans un article sur le casier judiciaire, « chacun doit avoir droit à plus d'une chance et, s'il le souhaite, à changer de route. Le passé ne devrait pas indéfiniment bloquer l'avenir, ni discriminer l'ex-détenu ou condamné dans l'accès aux ressources et opportunités considérées par tous comme relevant du besoin ou de l'idéal »⁸⁸.

Si l'approche au cas par cas a le mérite de mettre en balance liberté de la presse et protection de la vie privée, elle nécessite cependant un traitement individuel des demandes par les éditeurs, ce qui exige des ressources financières et du temps. Dès lors, il est nécessaire que les éditeurs disposent de directives internes claires qui leur permettent de traiter efficacement les demandes en matière de droit à l'oubli. S'ils rejettent la demande et que la personne s'estime lésée, celle-ci pourra toujours saisir un juge qui mettra en balance les intérêts en présence.

Il convient également de préciser que la problématique des archives journalistiques met en œuvre la responsabilité des éditeurs et non celle des journalistes. En effet, comme cela a été souligné ci-dessus, il ne s'agit pas d'un problème de rédaction d'article (l'on part du principe que l'article n'a pas posé problème lors de sa publication), mais d'un choix édito-

rial qui consiste dans le maintien ou non d'un article en ligne. Par conséquent, les règles de la responsabilité en cascade de la presse, telles que prévues par l'article 25 de la Constitution, ne trouvent pas à s'appliquer.

Enfin, cette méthode implique de procéder *a posteriori*, lorsque l'article est déjà en ligne et qu'un dommage a éventuellement été causé⁸⁹. Pour le citoyen, cela nécessite de pouvoir changer sa cognition des espaces virtuels. Chacun devrait être plus attentif aux données qui circulent sur le web et, dans l'idéal, procéder à une veille numérique de ses données, surtout s'il est susceptible d'avoir fait l'objet d'articles de presse.

2. Exposé des différentes solutions

La solution optimale doit viser à être la moins attentatoire à la liberté de la presse, tout en protégeant la vie privée des individus. Dans cette optique, il convient de distinguer deux types de problèmes susceptibles de se poser : d'une part, celui de l'information dépassée et/ou incomplète et, d'autre part, celui de l'information publiée licitement et toujours correcte, mais devenue préjudiciable par l'écoulement du temps.

a. En cas d'information erronée et/ou incomplète

Il est dérangentant qu'une personne consultant un article mis en ligne puisse avoir une vision parcellaire et déformée de la réalité. À cet égard, la « googlisation » du nom d'une personne sur Internet augmente les risques de décontextualisation des informations. L'affaire *Les Échos*⁹⁰, du nom d'un quotidien français, permet d'illustrer ce type de problème. Des

⁸⁷ A. ROUVROY et V. VAN DER PLANCKE, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 73.

⁸⁹ Prise de position du Conseil suisse de la presse, *op. cit.*, conclusion n° 3.

⁹⁰ T.G.I. Paris (ord. réf.), 25 juin 2009, C. VERNES c/ SAS Les Échos, *Legipresse*, n° 266, novembre 2009, p. 215.

articles parus dans ce journal économique et financier avaient relaté une procédure ouverte par la Commission des opérations de bourse contre un directeur de société. Mais il était apparu, postérieurement à la sanction, que cette personne avait été victime d'une escroquerie. En lançant une recherche sur Google à partir de ses nom et prénom, les articles concernant la procédure et la sanction apparaissaient en première et deuxième références, sans fournir d'information sur la situation actualisée. Saisi par le directeur de société, qui demandait la suppression de ces articles, le Tribunal de grande instance de Paris reconnaît le droit à l'oubli en considérant, notamment, que « si l'oubli procédait jadis des faiblesses de la mémoire humaine, de sorte qu'il n'y avait pas à consacrer un droit à l'oubli, la nature y pourvoyant, la société numérique, la libre accessibilité des informations sur internet, et les capacités sans limites des moteurs de recherches changent considérablement la donne et justifient pleinement qu'un tel droit soit aujourd'hui revendiqué, non comme un privilège qui s'opposerait à la liberté d'information, mais comme un droit humain élémentaire à l'heure de la société de conservation et d'archivage numérique sans limite de toute donnée personnelle et de l'accessibilité immédiate et globalisée de l'information qui caractérisent les technologies contemporaines et la fascinante insouciance qu'elles suscitent ». Néanmoins, le tribunal ne fait pas droit à la demande de suppression, qui selon lui serait trop attentatoire à la liberté d'expression et aux impératifs de la recherche, mais il ordonne à l'éditeur de prendre les mesures nécessaires pour que la consultation depuis sa base d'archives en ligne s'accompagne d'un texte explicatif, qui doit être immédiatement accessible par un lien hypertexte depuis la page consultée.

Cette solution est également celle proposée par la Commission Legal Affairs regroupant les

éditeurs de presse écrite belges francophones. Ceux-ci souhaitent promouvoir un droit de rectification (lorsque les informations sont inexactes) ainsi qu'un droit de communication (lorsque les informations sont incomplètes)⁹¹. Selon la Recommandation délivrée par cette Commission, le droit de rectification permet à toute « personne physique ou morale, citée nominativement, visualisée de manière identifiable ou implicitement désignée dans une publication en ligne d'un titre de presse écrite, et qui y a un intérêt au sens du Code judiciaire, (...) de requérir gratuitement par écrit la rectification d'une inexactitude factuelle ». Le droit de communication est quant à lui accordé de manière plus restrictive à toute « personne physique ou morale, citée nominativement, visualisée de manière identifiable ou implicitement désignée *comme étant inculpée, prévenue ou accusée*⁹² dans une publication en ligne d'un titre de presse écrite. Cette personne peut requérir par écrit l'insertion gratuite d'un droit de communication en cas de décision de non-lieu, d'acquiescement, de rétractation, de révision, de réhabilitation, de grâce, d'amnistie ou de remise en liberté passée en force de chose jugée. Ceci vaut également en cas de décision étrangère ayant les mêmes effets et passée en force de chose jugée ».

Dans la mesure où il est de la responsabilité des éditeurs de mettre à la disposition du public des informations complètes et objectives, cette solution doit être favorisée si les informations sont dépassées ou incomplètes⁹³. Ainsi, comme dans l'affaire *Les Échos*, il convient d'actualiser le suivi des affaires pénales, afin d'éviter qu'une information non actualisée ne puisse

⁹¹ Recommandation du Groupe de travail « Droit à l'oubli » de la Commission Legal Affairs: <http://egmedia.pcf.be/wp-content/uploads/2011/03/Recommandation-GT-droit-à-loubli-mars-2012.pdf>.

⁹² Nous soulignons.

⁹³ Voy. également C.E.D.H., *Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland*, 16 juillet 2013.

DOCTRINE

porter préjudice à une personne blanchie par la Justice. Cette solution n'est cependant pas la panacée, car le droit de rectification et/ou de communication ne présente pas d'utilité lorsque l'information est licite, correcte et complète, mais devenue préjudiciable par le simple écoulement du temps.

b. En cas d'information devenue préjudiciable par l'écoulement du temps

Dans cette hypothèse, le préjudice subi par la personne est, comme le souligne N. Mallet-Pujol, un «trouble d'une nature très particulière, trouble dans la 'temporalité informationnelle' – pourrait-on dire – qui rend la publication manifestement illicite sans que l'information ait été illicite à l'époque où elle a été livrée au public. Là encore, le média internet, s'il ne révolutionne pas les raisonnements sur le fond, les bouscule quelque peu et contraint le juriste à trouver des solutions plus adaptées». Examinons donc ces solutions que sont la suppression, l'anonymisation et la désindexation de l'article.

– Droit de suppression/anonymisation

La suppression d'un article des archives journalistiques est la solution la plus attentatoire à la liberté d'expression. Une fois l'article supprimé, seule la version papier demeure consultable, mais reste soumise aux aléas de la conservation. Dès lors, afin d'assurer un meilleur équilibre entre la consultation d'un article et le respect de la vie privée, il semble préférable d'anonymiser l'article en remplaçant les nom et prénom de la personne concernée par une simple lettre. Cette méthode ne peut toutefois empêcher de manière certaine l'identification de la personne car il est probable qu'un individu reste identifiable grâce à sa profession, sa fonction dans une institution,...L'anonymisation permet néanmoins d'éviter que, lorsqu'une personne lance une requête sur Google pour trouver, par exemple, des rensei-

gnements professionnels sur un individu, les premiers résultats affichent de manière fort inopportune des articles de presse mentionnant d'anciennes condamnations. Toutefois, en anonymisant un article, il faut veiller à garantir l'intégrité de la version originale numérique, ce qui peut nécessiter quelques aménagements techniques.

Cette position – l'anonymisation plutôt que la suppression – est d'ailleurs celle du Conseil suisse de la presse selon lequel⁹⁴ :

«5. Les archives numériques des médias qui sont ouvertes, accessibles au public par Internet, doivent respecter la protection de la personnalité – et dès lors aussi le 'droit à l'oubli'. Les rédactions ne sont cependant pas tenues de réexaminer régulièrement de leur propre chef les articles archivés sous l'angle du respect du 'droit à l'oubli', pour le cas échéant rétablir l'anonymat.

6. En cas de demande portant sur le rétablissement après coup de l'anonymat dans un article, les rédactions devraient examiner en s'appuyant sur le principe de la proportionnalité si la révélation de l'identité et le contenu de l'article portent de nos jours atteinte à la personnalité du requérant et si ce dernier peut rendre plausible que la mention de son identité risque de lui causer actuellement un préjudice important. Quand on rend anonyme *a posteriori* un article, il convient de faire en sorte que la version originale ne puisse être trouvée lors d'une recherche basée sur le nom et un mot-clef. En même temps, il faut garantir – comme pour les archives papier – la conservation de cette version première (par exemple sous forme de document pdf) ».

⁹⁴ Prise de position du Conseil suisse de la Presse, *op. cit.*, conclusions n° 5 et 6.

Cette prise de position laisse néanmoins une question en suspens: comment apprécier les demandes d'anonymisation sur la base du principe de proportionnalité? Ne faudrait-il pas disposer de critères plus précis pour permettre aux éditeurs de traiter plus aisément les demandes en interne? C'est à ce stade qu'il est intéressant de s'interroger sur l'applicabilité des critères définis par la jurisprudence pour le droit à l'oubli du passé judiciaire⁹⁵ à la problématique de l'anonymisation des archives de presse numérisées. Est-ce que ces critères sont transposables à un contexte différent? Et dans l'affirmative, à quelles conditions? Deux jugements rendus récemment en matière de droit à l'oubli sur Internet sont le point de départ idéal pour cette réflexion. L'un a été rendu le 9 octobre 2012 par le tribunal de première instance de Bruxelles⁹⁶, l'autre le 25 janvier 2013 par le tribunal de première instance de Neufchâteau⁹⁷.

À l'origine de ces deux affaires, les deux personnes concernées ont demandé la suppression d'articles évoquant leur passé judiciaire auprès d'éditeurs de presse, qui n'ont pas voulu donner suite à leurs demandes. Les requérants ont alors porté le litige en justice en demandant, non pas la suppression des articles, mais leur anonymisation. Les requérants ont fait choix de diriger leur demande contre les éditeurs de presse et non contre les moteurs de recherches.

Bien que les demandes soient assez similaires, celles-ci sont cependant fondées sur des raisonnements juridiques différents. La première affaire concerne un malfrat notoirement connu à Bruxelles, qui avait commis plusieurs infractions dont viol, coups et blessures, détournement de biens, ... Ses différentes condamna-

tions avaient été relatées dans de nombreux articles, toujours disponibles sur Internet. La demande d'anonymisation de ces articles est fondée sur la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et plus particulièrement les articles 12 et 14, qui octroient une série de droits tels que le droit de retrait et le droit d'opposition, ainsi que l'article 4, § 1^{er}, 5^o, et 4, § 1^{er}, 2^o, qui impose la licéité du traitement des données à caractère personnel au regard de la finalité poursuivie⁹⁸. La seconde affaire concerne un individu condamné pour un accident de voiture aux graves conséquences, dont le compte-rendu disponible sur Internet nuisait toujours à sa réinsertion professionnelle et à son développement familial. Il avait purgé sa peine et obtenu sa réhabilitation. La demande, portée devant le tribunal de première instance de Neufchâteau, est fondée sur l'article 1382 du Code civil⁹⁹. La faute invoquée consiste en la publication de l'article litigieux après qu'une demande de retrait eut été formulée auprès de l'éditeur et la réparation demandée en l'anonymisation de l'article et l'attribution d'un euro de dommages et intérêts.

En ce qui concerne la première affaire introduite devant le tribunal de première instance de Bruxelles, le juge commence par reconnaître l'applicabilité de la loi «vie privée» au cas d'espèce, en relevant que la mise en ligne d'un article est un traitement de données. Le tribunal répond ensuite à l'argumentation au fond des demandeurs qui se divise en deux

⁹⁵ Voy. *supra*, section B, point 3.

⁹⁶ Civ. Bruxelles, 9 octobre 2012, 12/5019/A, inédit.

⁹⁷ Civ. Neufchâteau, 25 janvier 2013, 12/258/A, inédit.

⁹⁸ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 8 mars 1993, ci-après loi «vie privée».

⁹⁹ L'on précisera qu'avant d'introduire sa demande devant la juridiction civile, le demandeur avait soumis le litige au Conseil de déontologie journalistique, qui a conclu à l'irrecevabilité de la demande d'avis. La décision n'est pas disponible sur le site Internet du Conseil de déontologie journalistique.

DOCTRINE

points. Premièrement, il convient de vérifier si l'exception en matière de journalisme s'applique aux archives journalistiques, conformément à l'article 3, § 3, de la loi vie privée¹⁰⁰, de sorte que la mise en ligne de l'article, d'une part, échapperait à l'interdiction de traiter des données relatives à des condamnations judiciaires prévue à l'article 8 et, d'autre part, pourrait être exonérée des obligations prévues aux articles 10 et 12 de la loi, qui accordent notamment le droit de retrait des données à caractère personnel. Deuxièmement, dans l'hypothèse où cette exception s'applique, il faut alors examiner si elle n'est valable que pour une durée limitée, conformément aux principes de proportionnalité et de finalité.

Dans un premier temps, le tribunal se réfère aux arrêts *Satamedia* de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰¹ et *Times Newspapers* de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰² afin d'examiner la portée de l'exception des activités journalistiques. Il en conclut que « l'activité de journalisme ne se limite pas à rendre compte de l'actualité mais contribue, par la diffusion d'informations, d'idées ou d'opinions et notamment celles contenues dans les

archives des quotidiens, à alimenter le débat public ». Selon le tribunal, on ne doit donc pas exclure la diffusion des archives d'un journal de son activité de journalisme. En conséquence, il considère que la diffusion d'archives ne tombe pas sous l'interdiction de l'article 8 et que les éditeurs ne sont pas tenus au respect des droits inscrits aux articles 10 et 12. Il relève encore que « l'exception légale qui s'attache aux traitements de données à caractère personnel effectués à des seules fins de journalisme trouve à s'appliquer, quand bien même les rédactions ou organes de presse n'annonceraient pas une publication précise et déterminée en projet, sur les données à caractère personnel dont le traitement est contesté ». On peut formuler ici une première critique à l'égard de ce jugement en ce que l'éditeur ne doit pas justifier en quoi l'application des articles 10 et 12 compromettrait une publication en projet ou fournirait des indications sur les sources d'information, alors que cette condition est reprise à l'article 3, c), de la loi « vie privée ».

Dans un second temps, le tribunal examine très brièvement le droit à l'oubli numérique revendiqué par le demandeur, c'est-à-dire si l'application des exceptions prévues à l'article 3 ne peut s'appliquer que pour une durée limitée, conformément aux principes de proportionnalité et de finalité. À cet égard, le tribunal se borne à constater que le législateur n'a pas déterminé, pour les activités de journalisme, de période au-delà de laquelle toute diffusion d'information devrait se faire de manière anonyme, parce que la période nécessaire pour rendre compte de l'actualité serait dépassée. Le tribunal rejette donc la demande d'anonymisation.

L'on peut également regretter que le tribunal n'ait pas approfondi le deuxième point invoqué par le demandeur, qui laissait une marge de manœuvre pour fonder l'application du droit à l'oubli numérique dans le domaine des archives de presse numériques. En effet,

¹⁰⁰ Loi « vie privée », article 3, § 3, a) : « Les articles 6, 7 et 8 ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire lorsque le traitement se rapporte à des données rendues manifestement publiques par la personne concernée ou sur des données qui sont en relation étroite avec le caractère public de la personne concernée ou du fait dans lequel elle est impliquée. (...) ».

Loi « vie privée », article 3, § 3, c) : « Les articles 10 et 12 ne s'appliquent pas aux traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire dans la mesure où leur application compromettrait une publication en projet ou fournirait des indications sur les sources d'information ».

¹⁰¹ C.J.U.E. (G.C.), *Satakunnan Markkinapörssi et Satamedia*, 16 décembre 2008, C-73/07, cette revue, 2010, p. 121, note C. DE TERWANGNE.

¹⁰² C.E.D.H., *Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n° 1 et 2), 10 mars 2009, cette revue, p. 87, note Q. VAN ENIS.

même si l'archivage d'un article de presse pourrait tomber sous l'exception des activités journalistiques, il doit toujours respecter les principes de finalité et de proportionnalité. Or, comme cela a été expliqué ci-dessus, la combinaison de ces deux principes peut être considérée comme un fondement du droit à l'oubli. Et approfondir le raisonnement ne signifie pas forcément adopter une conclusion finale différente. En effet, en appliquant le principe de proportionnalité, le juge aurait pu considérer que le droit à l'oubli ne pouvait être accordé au demandeur au motif que les faits présentent toujours un intérêt actuel à être divulgués.

Dans la seconde affaire, le tribunal de première instance de Neufchâteau entame son raisonnement par une analyse du droit à l'oubli, en rappelant différentes décisions concernant le droit à l'oubli du passé judiciaire. Après avoir repris et appliqué les différents critères dessinés par la jurisprudence pour invoquer le droit à l'oubli (i.e. les faits doivent avoir déjà été rapportés et divulgués et présenter un lien avec l'actualité, les faits ne doivent présenter aucun intérêt historique, le demandeur n'est pas un personnage public, les faits sont anciens, la réinsertion du demandeur dans la société doit être protégée, les faits sont de nature judiciaire), le tribunal reconnaît que le demandeur peut bénéficier de ce droit. Il fait ensuite application de l'article 1382 du Code civil en relevant que «dès lors qu'il lui en a été fait la demande, le défendeur, en application du droit à l'oubli, devait rendre l'article anonyme. Le refus opposé par le défendeur est constitutif de faute». À titre de réparation, le tribunal condamne alors l'éditeur à anonymiser l'article litigieux et à payer un euro en compensation du dommage moral.

Même si le résultat peut être approuvé, on peut néanmoins regretter que le tribunal n'opère pas d'emblée la distinction entre les deux facettes du droit à l'oubli. Comme

souligné *supra*, la problématique des archives de presse numériques relève de la seconde et non de la première facette du droit à l'oubli. La motivation de la décision aurait peut-être été plus claire si le juge avait d'abord analysé la faute invoquée, qui est le fait pour l'éditeur d'avoir laissé un article accessible dans la base de données, après que demande lui a été faite de le supprimer ou de l'anonymiser. Cette faute de l'éditeur peut alors être appréciée en s'inspirant des critères dessinés par la jurisprudence pour le droit à l'oubli du passé judiciaire, moyennant certaines adaptations. On insère ainsi la réflexion sur le droit à l'oubli numérique dans une argumentation classique fondée sur l'article 1382 du Code civil. Si le tribunal avait clarifié les contours du débat au préalable, il aurait pu appliquer de manière plus fine les critères du droit à l'oubli du passé judiciaire à la problématique de l'anonymisation des archives journalistiques. Parmi les critères dont le juge fait application, certains peuvent en effet être repris tels quels : 1° Les faits sont de nature judiciaire ; 2° Les faits ne présentent pas d'intérêt actuel et n'ont aucun intérêt historique ; 3° La personne concernée n'est pas un personnage public ; 4° La réinsertion de la personne dans la société doit être assurée. Par contre, il nous semble que certains critères devraient être adaptés, en particulier le laps de temps entre la première divulgation et le rappel des faits. En effet, l'archivage d'un article n'est pas à proprement parler un rappel des faits puisqu'il s'agit toujours du même article. Il convient donc d'examiner le laps de temps écoulé entre la première diffusion de l'article, peu importe son support, et la demande d'anonymisation.

Cette décision consacre pour la première fois le droit à l'oubli en matière d'archives journalistiques, en appliquant les critères définis pour la version «traditionnelle» du droit à l'oubli au droit à l'oubli numérique. Ce droit à l'oubli numérique prend la forme de l'anonymisation qui, selon

le tribunal, permet de préserver le devoir de mémoire. C'est une solution innovante qui, sous réserve d'une application plus fine des critères, nous semble devoir être approuvée.

En conclusion, les deux fondements invoqués (la responsabilité aquilienne et la loi «vie privée») permettent de prendre en compte le droit à l'oubli, même si le tribunal de première instance de Bruxelles n'a pas développé son raisonnement pour arriver à une telle conclusion. Or, en cette matière, il est important de laisser aux juridictions l'espace nécessaire pour une interprétation au cas par cas. Cette interprétation peut être cadrée en faisant référence, moyennant certaines adaptations, aux critères établis par la jurisprudence pour le droit à l'oubli du passé judiciaire.

– Désindexation

Cette solution est prônée par les éditeurs de presse, pour lesquels le préjudice subi par les personnes concernées résulte non pas de la mise en ligne des archives journalistiques, mais du référencement effectué par les moteurs de recherche. Si l'on souhaite mettre en cause un moteur de recherche, la première difficulté qui surgit est celle de l'applicabilité territoriale de la directive 95/46/CE à une entreprise basée, comme cela est le cas pour Google, hors du territoire de l'Union européenne.

L'affaire introduite par une juridiction espagnole devant la Cour de justice de l'Union européenne permettra sans doute de clarifier ce point dans un futur proche^{103 104}.

Saisie de nombreuses plaintes, l'autorité de contrôle nationale espagnole de protection des données avait ouvert une instruction et ordonné à Google de procéder à des mesures de déréférencement. Google avait alors contesté cette décision administrative devant l'Audiencia Nacional, qui devait en apprécier la légalité au regard de la directive 95/46/CE. La juridiction espagnole a donc posé une série de questions préjudicielles à la Cour de justice, afin de déterminer si la directive, et partant les lois espagnoles la transposant, peuvent être applicables au litige pendant devant elle. L'enjeu de cette affaire est important, puisque l'efficacité du droit à la protection des données à caractère personnel sera fonction de la réponse apportée par la Cour.

Toutefois, si la Cour devait conclure à l'applicabilité de la directive, il resterait encore de nombreuses questions à résoudre: Google, en tant que moteur de recherche, peut-il être considéré comme un responsable de traitement au sens de la directive¹⁰⁵? L'autorité de contrôle nationale peut-elle s'adresser directement à Google pour obtenir la désindexation des données? Google est-il libéré de cette obligation si les données ont été licitement publiées sur le site en question? Ce dernier point pose particulièrement question au regard de la problématique des archives de presse numériques. En effet, comment Google, en tant que tiers, pourrait-il apprécier la nécessité de déréférencer ou non un article dont le contenu est licite¹⁰⁶? Il serait risqué, au regard de la

¹⁰³ C.J.U.E., *Google Spain, S.L., et Google, Inc. / Agencia de Protección de Datos (AEPD)*, aff. C-131/12 (demande de décision préjudicielle présentée par la Audiencia Nacional (Espagne) le 9 mars 2012).

¹⁰⁴ Par ses conclusions présentées le 25 juin 2013, l'avocat général a considéré que les moteurs de recherche ne sont pas responsables, sur la base de la directive 95/46/CE, des informations personnelles qui apparaissent sur les pages web qu'ils indexent: <http://>

curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-06/cp130077en.pdf.

¹⁰⁵ Conclusions de l'avocat général Jääskinen, présentées le 25 juin 2013 dans l'affaire *Google Spain SL et Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C131/12, § 99.

¹⁰⁶ En principe, les intermédiaires techniques ne se voient pas imposer d'obligation générale de surveillance au regard de la directive 2001/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce

liberté d'expression et du droit à l'information, d'imposer à Google de déréférencer un article de presse à la première demande d'un individu¹⁰⁷. Si la demande de déréférencement est appuyée par une décision judiciaire, il convient d'admettre que Google devrait y donner suite. Par contre, si la demande de déréférencement n'est pas appuyée par une décision judiciaire, on peut s'interroger sur la légitimité de Google à apprécier les demandes de déréférencement. Il semble donc préférable que les personnes s'adressent directement aux éditeurs de presse afin d'obtenir l'anonymisation d'un article les concernant. Ceux-ci ont donc un rôle important à jouer dans le traitement des demandes, afin de ne pas alourdir la charge des tribunaux. Mais, comme cela a été souligné ci-dessus, les éditeurs ont besoin de critères clairs pour traiter efficacement les demandes d'anonymisation qui leur sont formulées.

IV. CONCLUSION

Notre esprit a la capacité d'oublier les erreurs du passé. Une sorte d'instinct de survie naturel nous force à oublier, sélectionner les informations et ne retenir que celles nécessaires à nous faire avancer¹⁰⁸. Il apparaît en effet essentiel

que certaines parties de notre histoire puissent retomber dans l'oubli, et notamment les anciennes condamnations qui ne présentent aucun intérêt actuel à être revitalisées. C'est pour cette raison qu'un droit à l'oubli du passé judiciaire a pu être reconnu, à certaines conditions, par la jurisprudence.

Ces derniers mois, la mise en ligne des archives journalistiques a remis en lumière la nécessité de préserver le passé judiciaire d'une personne et a ainsi contribué à nourrir le débat sur le droit à l'oubli numérique. Par l'effet combiné de la mémoire numérique éternelle et de l'indexation des moteurs de recherche, tous les anciens comptes-rendus judiciaires sont désormais à la portée de tous d'un simple clic. La disponibilité de telles informations, si elle peut réjouir le chercheur ou l'historien, risque cependant de constituer un casier judiciaire virtuel éternellement accessible sur Internet. Cette problématique du droit à l'oubli numérique et des archives journalistiques présente un caractère extrêmement délicat: la nécessité d'effacer ou d'anonymiser certaines informations, afin de favoriser la réinsertion d'une personne dans la société, ne peut conduire à réécrire l'histoire.

Dans le cadre de cet article, l'on a cherché à exposer que la problématique liée à la mise en ligne des archives journalistiques est sensiblement différente des anciens cas en matière de droit à l'oubli du passé judiciaire. Si une personne subit un préjudice en raison du rappel de son passé judiciaire dans un nouvel article, elle peut invoquer la facette « traditionnelle » du droit à l'oubli en postulant l'octroi de dommages et intérêts. Par contre, si une

électronique, dans le marché intérieur, *J.O.* L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1 et s. (directive « e-commerce »). Bien que les moteurs de recherche (et donc Google) ne soient pas visés comme tels par la directive 2000/31/CE, on peut néanmoins les considérer, par analogie, comme des intermédiaires techniques s'ils se comportent d'une manière neutre par rapport au contenu référencé. À suivre ce raisonnement, on ne pourrait dès lors chercher à mettre en cause la responsabilité de Google ou lui imposer une obligation générale de surveillance.

¹⁰⁷ Ce que semble également considérer l'avocat général. *Ibidem*, §§ 133-134.

¹⁰⁸ Comme l'exprime l'écrivain Delphine de Vigan dans ces quelques lignes: « Le fait est que j'ai oublié une bonne partie de ce qui est contenu dans ces lignes, dont ma mémoire n'a gardé que le plus saillant et quelques scènes plus ou moins intactes, tandis que le reste a été, depuis longtemps, englouti par l'oubli. À la

lecture de ces récits, c'est d'abord cela qui me frappe, cette élimination ordonnée par nos organismes, cette capacité que nous avons de recouvrer, effacer, synthétiser, cette aptitude au tri sélectif, qui sans doute permet de libérer de l'espace comme sur un disque dur, de faire place nette, d'avancer » (D. DE VIGAN, *Rien ne s'oppose à la nuit*, Paris, JC Lattès, 2011, p. 320).

DOCTRINE

personne subit un préjudice en raison d'un article écrit dans le passé mais toujours disponible en ligne, elle pourra invoquer, de manière plus adéquate, le droit à l'oubli numérique, en ce qu'il concerne précisément la problématique de la conservation des données sur internet.

La problématique étant posée, plusieurs solutions s'offrent à la personne qui souhaite qu'un article ne soit plus accessible sur Internet. Dans la mesure où il est de la responsabilité des éditeurs de mettre à la disposition du public des informations complètes et objectives, le droit de rectification et de communication doit être favorisé si les informations sont dépassées ou incomplètes. Lorsque l'information est devenue préjudiciable par le simple écoulement du temps, la responsabilité aquilienne et la loi «vie privée» permettent de fonder une action en justice visant à anonymiser un article mis en ligne, tout en laissant aux juridictions l'espace

nécessaire pour une interprétation au cas par cas. Cette interprétation peut être cadrée en faisant référence, moyennant certaines adaptations, aux critères établis par la jurisprudence pour le droit à l'oubli du passé judiciaire.

Une approche favorisant un traitement des demandes au cas par cas et une intervention judiciaire *a posteriori* ne pourra toutefois fonctionner qu'à certaines conditions. D'une part, il convient de conscientiser les citoyens au besoin d'être attentifs aux informations qui les concernent et qui circulent sur Internet. D'autre part, un traitement individualisé des demandes d'anonymisation entraînera inévitablement certains coûts pour les éditeurs. Mais un traitement efficace des demandes par les éditeurs en interne, sur la base de critères clairs, permettra d'éviter de trop nombreuses actions en justice, tout en préservant les archives journalistiques.