

Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet, parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen ?

The right to receive information or ideas through Internet, the poor parent of freedom of expression in the European legal order ?

Quentin Van Enis

Résumé

Consacré par les textes européens de protection des droits de l'homme, le droit de recevoir des informations ou des idées semble aujourd'hui constituer le parent pauvre du droit à la liberté d'expression, en particulier lorsqu'il tend à être exercé par le biais de l'internet. À partir d'une analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, la présente étude met en évidence trois symptômes révélant la faible effectivité reconnue à ce droit dans l'ordre juridique européen. Elle suggère des solutions pour y remédier.

Abstract

Enshrined in European texts protecting human rights, the right to receive information or ideas appears to be the poor relation of the right to freedom of expression. Based on an analysis of the recent case-law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights, the present study highlights three symptoms revealing the low effectiveness recognized to that right in the European legal order, particularly when it tends to be exercised through the Internet. It suggests solutions to address it.

Introduction

1. Dans l'ordre juridique européen, le droit de recevoir des informations ou des idées – parfois désigné comme le droit à l'information –, se trouve protégé aussi bien par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹ que par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne². En

¹ Aux termes de l'article 10 de la Convention, le droit à la liberté d'expression comprend «la liberté de recevoir (...) des informations ou des idées (...)».

² Consacré à l'article 11 de la Charte, le droit à la liberté d'expression comporte «la liberté de recevoir des informations ou des idées (...)». Par application de l'article 52, § 3, de la Charte, la liberté d'expression consacrée par l'article 11 reçoit le même sens et la même portée que celle protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'Union pouvant lui accorder une protection plus étendue.

dépité d'une telle consécration, la portée exacte de ce droit reste incertaine, en particulier dans le contexte de l'internet.

2. Au départ de récentes décisions rendues aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne, et à l'appui d'enseignements tirés de décisions rendues par les juges nationaux, la présente étude vise à s'interroger sur la protection de la composante passive du droit à l'information, à savoir le droit de pouvoir accéder, sans ingérence injustifiée des autorités publiques, à des informations ou des idées qu'autrui consent librement à nous faire parvenir³. L'accent est mis sur l'internet en raison de son importance croissante dans le paysage médiatique⁴, la Cour de Strasbourg ayant récemment souligné à cet égard que « l'internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information »⁵. Dans la mesure où le droit du public de recevoir des informations et des idées est souvent considéré comme un simple corollaire du droit reconnu à toute personne d'en diffuser, de nombreux recouvrements peuvent être effectués entre les deux composantes du droit à la liberté d'expression sur l'internet. Le présent article vise cependant à analyser spécifiquement la composante passive du droit à la liberté d'expression sur la Toile⁶.

³ Le droit d'accéder aux informations détenues par les pouvoirs publics ne sera pas traité dans la présente étude dans la mesure où il relève à nos yeux d'un droit *actif* à recevoir des informations. Voy., dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, sur le terrain de l'article 10 de la Convention, Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *Guseva c. Bulgarie*, 17 février 2015, req. n° 6987/07; Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt *Rosiianu c. Roumanie*, 24 juin 2014, req. n° 27329/06 (définitif depuis le 24 septembre 2014); (1^{re} sect.), arrêt *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c. Autriche*, 28 novembre 2013, req. n° 39534/07 (définitif depuis le 28 février 2014); (2^e sect.), arrêt *Youth Initiative for Human Rights c. Serbie*, 25 juin 2013, req. n° 48135/06 (définitif depuis le 25 septembre 2013); (5^e sect.), arrêt *Shapovalov c. Ukraine*, 31 juillet 2012, req. n° 45835/05 (définitif depuis le 31 octobre 2012); (2^e sect.), arrêt *Kenedi c. Hongrie*, 26 mai 2009, req. n° 31475/05 (définitif depuis le 26 août 2009); (2^e sect.), arrêt *Tarsasag a Szabadsagjogokert c. Hongrie*, 14 avril 2009, req. n° 37374/05 (définitif depuis le 14 juillet 2009); (5^e sect.), déc. *Sdruzeni Jihoceske Matky c. République tchèque*, 10 juillet 2006, req. n° 19101/03. Sur cette question, voy. notamment P. NIKIFOROS DIAMANDOUROS, « Vers la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par les autorités », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant – Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 131-153 et W. HINS et D. VOORHOOF, « Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights », *European, Constitutional Law Review*, 2007, pp. 114-126.

⁴ Quoique jusqu'à présent ni la Cour de Strasbourg, ni la Cour de Luxembourg n'aient reçu l'occasion de se prononcer directement sur la question, le droit d'accéder au réseau Internet semble trouver une assise solide dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la haute juridiction strasbourgeoise a déjà considéré qu'il couvrirait les moyens de transmission ou de captage, notamment dans le contexte de l'internet. Voy. Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, req. n° 3111/10 (définitif depuis le 18 mars 2013), § 50 (à propos de la restriction généralisée de l'accès à une plateforme de diffusion).

⁵ *Ibid.*, § 54. Voy. également Cour eur. D.H. (2^e sect.), déc. *Akdeniz c. Turquie*, 11 mars 2014, req. n° 20877/10, § 24.

⁶ Sur la protection du droit actif de transmettre des informations ou des idées par le biais du support numérique, voy. entre autres études F. DUBUISSON, « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet et le droit à la liberté d'expression », in *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, pp. 133-163; W. BENEDEK et M. KETTEMANN, *Freedom of expression and the Internet*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2013; Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? – Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 859-886; S. TURGIS, « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 17-38; N. VAJIC et P. VOYATZIS, « The Internet and freedom of expression : a 'brave new world' and the ECtHR's evolving case-law », in J. CASADEVALL, E. MYJER, M. O'BOYLE et A. AUSTIN (eds.), *Freedom of expression – Essays in Honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 391-407; F. DUBUISSON et I. RORIVE, « La liberté d'expression à l'épreuve d'Internet », in *Entre ombres et lumières. Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 362-394; P.-F. DOCQUIR, « Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.P.K.*, 2002, pp. 173-193.

3. Pas davantage que le droit à la liberté d'expression auquel il est rattaché, le droit de recevoir des informations ne constitue un droit absolu. Il doit naturellement souffrir des restrictions motivées par la sauvegarde d'autres intérêts légitimes – parfois eux-mêmes érigés en droits fondamentaux, en conformité avec le second paragraphe de l'article 10 de la Convention et en vertu de l'article 52, § 1^{er}, de la Charte⁷. L'analyse de la jurisprudence européenne récente révèle cependant que ce droit constitue à l'heure actuelle le parent pauvre de la liberté d'expression, en particulier dans l'univers numérique. Sa vulnérabilité est manifeste lorsqu'il est mis en balance avec d'autres droits et libertés concurrents. En témoigne notamment un récent arrêt *Google Spain*, rendu sur question préjudicielle par la Cour de justice de l'Union européenne et dans lequel la haute juridiction a apparemment refusé de lui reconnaître un poids équivalent à celui dont bénéficie le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée⁸. Par cet arrêt, la Cour de Luxembourg a jugé qu'un moteur de recherche pouvait être considéré comme un responsable de traitement de données à caractère personnel, au sens de l'article 2, d), de la directive 95/46 sur la protection des données⁹, et qu'il pouvait dès lors lui être fait obligation de ne plus faire de lien entre le nom d'une personne physique et des sites Internet qui comprendraient des données la concernant, qui seraient excessives, inadéquates ou non pertinentes, en l'absence d'un intérêt prépondérant du public à pouvoir accéder à ces données, quand bien même ces dernières seraient licitement publiées sur la Toile¹⁰. Dans son arrêt *Google Spain*, la Cour de justice a ainsi considéré qu'à l'égard du service fourni par un moteur de recherche, le *droit* à la protection de la vie privée¹¹ et le *droit* à la protection des données à caractère personnel¹² « prévalent en principe » non seulement sur *l'intérêt* économique de l'exploitant du service de référencement, mais également sur *l'intérêt* du public à accéder, par un lien affiché dans la liste des résultats, à une information concernant une personne physique qui aurait perdu de sa pertinence mais qui serait légalement diffusée sur le site d'un éditeur. Cette prévalence de principe, qui se manifeste notamment par la relégation du *droit* de recevoir des informations au rang d'un simple « intérêt », apparaît critiquable au regard de l'absence de hiérarchie de principe entre les libertés fondamentales concernées¹³.

⁷ Au sujet de la mise en balance entre la liberté d'expression et la protection du droit d'auteur en ligne, voy. A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 889-911.

⁸ Pour une critique similaire, voy. E. FRANTZIOU, « Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección », *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 761-777, spéc. p. 769 et C. KUNER, « The Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines: Current Issues and Future Challenges », septembre 2014, pp. 29-30, disponible à l'adresse : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496060.

⁹ 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.*, n° L 281, 23 novembre 1995, p. 31.

¹⁰ C.J. (GC), 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12, § 81 et § 97.

¹¹ Article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹² Article 8 de la Charte.

¹³ Récemment encore, la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en grande chambre, a ainsi affirmé que le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression « méritent *a priori* un égal respect ». *Cfr* Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, req. n°s 40660/08 et 60641/08, § 106 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n° 48311/10, § 87. Sur l'équilibre à atteindre entre

4. L'étude met en évidence trois symptômes qui révèlent la faible effectivité attachée aujourd'hui au droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet. Divisé en trois parties, le propos y fera successivement écho. *Primo*, la jurisprudence récente révèle que du point de vue des juges, la relative inefficacité des mesures restrictives qu'ils prononcent, loin d'énervier la proportionnalité de ces dernières, semble au contraire la renforcer, compte tenu du maintien d'une certaine accessibilité aux contenus litigieux (I). *Secundo*, la « sous-traitance » à des entreprises privées de la mise en balance des intérêts en présence témoigne de l'importance limitée que semble revêtir la composante passive de la liberté d'expression aux yeux des juges (II). *Tertio*, l'analyse des derniers développements jurisprudentiels pertinents fait apparaître la position procédurale inconfortable de l'internaute qui souhaiterait faire valoir en justice son droit d'accéder à des informations ou des idées véhiculées par l'entremise du réseau (III).

I. L'efficacité relative des mesures restreignant l'accès à l'information : d'un obstacle à la nécessité à un vecteur de proportionnalité

5. L'on enseigne traditionnellement que la proportionnalité suppose notamment que cette dernière soit *appropriée*, en ce sens qu'elle doit être de nature à réaliser l'objectif qui lui est assigné¹⁴. Comme l'a récemment exprimé le juge Pinto de Albuquerque, « une mesure vaine ne saurait être nécessaire »¹⁵. En matière de restrictions à la liberté d'expression en ligne, l'analyse révèle cependant que, plus souvent qu'à leur tour, les juges s'en tiennent à des mesures à l'efficacité douteuse. Mieux, dans le domaine considéré, l'aléa entourant l'obtention du résultat recherché par l'ingérence sert souvent d'argument pour souligner la proportionnalité de la restriction adoptée, compte tenu de l'accessibilité à l'information qui subsiste malgré elle. En clair, aux yeux des juges, le fait que l'ingérence litigieuse ne parvienne tout au plus qu'à rendre moins visibles et non à effacer certains contenus semble de nature à renforcer le constat de proportionnalité de

la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression, voy. également C.J., 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, C-101/01, §§ 72-90.

¹⁴ Sur les différentes composantes de l'exigence de proportionnalité, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. pp. 31-38, et les nombreuses références ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 440 et la référence à M. MAURER, *Droit administratif allemand*, trad. par M. FROMONT, Paris, LGDJ, 1995, p. 272. Dans le contexte des restrictions portées dans le droit à la liberté d'expression en ligne, voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », *R.L.D.I.*, 61/2010, pp. 86-99, spéc. p. 98, n° 44 ; « Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries : Squaring the circle ? », *C.L.S.R.*, 2011, pp. 21-35 ; Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet ... », *op. cit.*, pp. 872-886. Voy. également Comité D.H., *Observation générale n° 34. Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, adoptée le 12 septembre 2011 (CCPR/C/GV/34), § 34 : « (...) les mesures restrictives doivent être conformes au principe de la proportionnalité ; elles doivent être appropriées pour remplir leur fonction de protection, elles doivent constituer le moyen le moins perturbateur parmi ceux qui pourraient permettre d'obtenir le résultat recherché et elles doivent être proportionnées à l'intérêt à protéger ».

¹⁵ Opinion dissidente jointe à Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, req. n° 16354/06.

l'ingérence plutôt qu'à l'affaiblir. Trois exemples récents permettent d'illustrer le propos.

6. Rendu il y a peu par la Cour de justice de l'Union européenne, l'arrêt *UPC Telekabel Wien GmbH* illustre bien l'ambivalence de l'absence d'efficacité totale des mesures restrictives de la liberté d'expression en ligne¹⁶. Chargée de répondre à la question de savoir si une mesure de blocage à l'efficacité limitée qui serait imposée à un fournisseur d'accès respectait bien la mise en balance entre les droits de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise de l'intermédiaire et la liberté d'information des internautes, d'autre part, la Cour a considéré que « bien que les mesures prises en exécution d'une injonction (...) ne soient pas susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle, elles ne sauraient être considérées pour autant comme incompatibles avec l'exigence d'un juste équilibre à trouver (...) entre tous les droits fondamentaux applicables »¹⁷. L'absence d'efficacité totale ne semble pas constituer un obstacle rédhibitoire à la proportionnalité d'une injonction de blocage à l'égard d'un fournisseur d'accès. Ce constat est renforcé par l'une des deux conditions auxquelles la Cour de Luxembourg soumet le prononcé d'une mesure de blocage. À l'estime de la haute juridiction européenne, pour respecter le juste équilibre à atteindre entre droits fondamentaux concurrents, les mesures de blocage doivent notamment empêcher ou, *au moins, rendre difficilement réalisables* les consultations non autorisées des objets protégés ou *décourager sérieusement* les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de l'injonction de consulter les objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle¹⁸. Au-delà de l'admissibilité d'une mesure à l'efficacité limitée en vue de protéger les droits de propriété intellectuelle, la Cour de justice semble considérer que le caractère aléatoire des résultats auxquels la mesure permet d'aboutir contribue à la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits concurrents des droits de propriété intellectuelle, à savoir notamment le droit des internautes d'accéder à l'information sur la Toile. Aussi, la Cour souligne-t-elle expressément « qu'il n'est pas exclu que l'exécution d'une injonction, telle que celle en cause au principal, n'aboutisse pas à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle des personnes intéressées »¹⁹, en ajoutant ensuite qu'« il ne ressort nullement de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte que le droit de propriété intellectuelle soit intangible et que, partant sa protection doive nécessairement être assurée de manière absolue »²⁰.

¹⁶ C.J. (4^e ch.), 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, C-314/12. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, « Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de justice affine sa jurisprudence », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 38-60.

¹⁷ Arrêt précité, § 63.

¹⁸ *Ibid.*, § 63.

¹⁹ *Ibid.*, § 58.

²⁰ *Ibid.*, § 61.

7. Le très médiatique arrêt *Google Spain* déjà évoqué témoigne également du succès grandissant des demi-mesures au sein des ingérences portées dans le droit à la liberté d'expression sur l'internet²¹.

En l'espèce, le litige portait sur le bien-fondé de la décision adoptée par l'agence espagnole de protection des données à caractère personnel et faisant obligation au célèbre moteur de recherche d'adopter les mesures nécessaires pour empêcher qu'une requête sous les nom et prénom du demandeur fasse apparaître dans les résultats de recherche des liens vers une annonce parue en 1998 dans le journal espagnol *La Vanguardia* – dont les archives ont été ultérieurement mises en ligne – « pour une vente aux enchères immobilière liée à une saisie pratiquée en recouvrement de dettes de sécurité sociale »²².

Deux des trois principales questions préjudicielles posées à la haute juridiction européenne laissent pourtant apparaître le défaut potentiel de nécessité d'une obligation de déréférencement partiel imposé à un moteur de recherche, à tout le moins, faute pour la personne concernée de s'être adressée « préalablement ou simultanément au propriétaire du site web sur lequel figurent lesdites informations »²³, « lorsque les données personnelles ont été publiées légalement par des tiers et demeurent sur le site web d'origine »²⁴ ou « alors même qu'il s'agirait d'informations publiées légalement par des tiers »²⁵.

Vraisemblablement pour contourner une possible objection d'absence de nécessité, et pour faire échec à une éventuelle exigence de subsidiarité qui aurait imposé à la personne concernée d'agir préalablement contre le propriétaire du site web contenant les informations litigieuses afin de les supprimer, la Cour de justice a fortement insisté sur le fait que l'activité d'un moteur de recherche était différente et additionnelle à celle d'un éditeur²⁶, lequel, selon la directive protection des données, pourrait quant à lui, le cas échéant, se prévaloir du régime des traitements effectués aux seules fins de journalisme pour faire échec à une demande de retrait. Jugé non suffisamment neutre par rapport aux données à caractère personnel pour échapper à la qualification de responsable de traitement²⁷, *Google* ne semble pas être suffisamment proche du contenu pour revendiquer le bénéfice

²¹ La présente contribution ne vise pas à livrer un commentaire exhaustif de cet arrêt. À cet égard, nous renvoyons le lecteur vers d'autres études. Voy. notamment le dossier spécial de la *Revue Lamy Droit de l'Informatique*, juillet 2014, n° 106, pp. 67-93. Voy. également, entre autres commentaires, E. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données 'inadéquates, non pertinentes ou excessives' », *J.T.*, 2014, pp. 457-459; A. CASSART et J.-F. HENROTTE, « Arrêt *Google Spain* : la révélation d'un droit à l'effacement plutôt que la création d'un droit à l'oubli », *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1183-1191; E. FRANTZIOU, *op. cit.*, pp. 761-777; J. AUSLOOS et B. VAN ALSENOY, note, *A&M*, 2014, pp. 411-416; E. DEFREYNE et R. ROBERT, « L'arrêt 'Google Spain' : une clarification de la responsabilité des moteurs de recherche... aux conséquences encore floues », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 73-114; C. KUNER, *op. cit.*, pp. 1-31.

²² Arrêt *Google Spain* précité, §§ 14-16.

²³ Question 2), c).

²⁴ Question 2), d).

²⁵ Question 3).

²⁶ Voy. arrêt *Google Spain* précité, spéc. §§ 35-38, § 80, § 83 et § 87.

²⁷ Sur la qualification de l'exploitant d'un moteur de recherche en responsable de traitement, voy. les §§ 32-41 de l'arrêt *Google Spain*.

du régime particulier des traitements effectués aux seules fins de journalisme, lequel est pourtant défini très largement²⁸.

Il est indéniable que, comme véritables portes d'entrée vers les renseignements disponibles sur la Toile, les moteurs de recherche peuvent amplifier la diffusion de certaines informations et notamment des données à caractère personnel. Mais la Cour de justice n'aurait-elle pas pu considérer, à la lumière de son récent arrêt *Svensson*, rendu sur le terrain du droit d'auteur et concernant la mise en place d'hyperliens vers des contenus protégés, qu'à défaut d'avis contraire de leur part, les éditeurs entendent être référencés par les moteurs de recherche²⁹, de sorte que le public qui accède au contenu par le biais de ces derniers est prévisible et même recherché par les éditeurs et ne constitue pas à proprement parler un public nouveau par rapport à celui qui consulte les articles directement sur le site indexé³⁰?

Dans une récente affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* déférée à la Cour de Strasbourg et qui portait sur l'interdiction d'une campagne d'affichage dans l'espace public en raison du lien qu'elle comportait vers un site Internet, l'organisation « Article 19 », tiers intervenant, invitait la haute juridiction à se prononcer sur le régime juridique des hyperliens, en émettant l'avis qu'« (...) une mesure consistant à exiger la suppression d'un lien sans traiter d'abord la source du contenu prétendument illégal constituerait toujours une démarche disproportionnée »³¹. À notre estime, il devrait en aller d'autant plus ainsi des moteurs de recherche dont le référencement, quoique fondé sur des algorithmes créés par l'homme, n'en présente pas moins un caractère automatique³².

²⁸ Ainsi, par un arrêt *Satamedia*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une activité peut être qualifiée d'activité de journalisme si elle a pour seule finalité « la divulgation au public d'informations, d'opinions et d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit » (C.J. (GC), 16 décembre 2008, *Tietosuoja-valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, C-73/07, § 61). Au principal, l'affaire *Satamedia* concernait l'activité d'une société commerciale proposant « un service de SMS qui permet aux utilisateurs de téléphones mobiles, en envoyant le nom et la commune de résidence d'une personne, de recevoir des informations, [librement accessibles auprès de l'administration fiscale en vertu de la publicité des données publiques], concernant les revenus du travail et du capital ainsi que le patrimoine [de certaines personnes physiques dont le revenu excède certains seuils] » (§§ 35-37). On le voit, les activités en cause dans les affaires *Satamedia* et *Google Spain* paraissent étrangement similaires. Elles consistent à chaque fois à faciliter l'accès à des informations disponibles par d'autres biais. L'on pourrait dès lors s'étonner que dans le premier cas, la Cour ait paru encline à inclure l'activité de l'entreprise concernée dans les traitements de données menés aux seules fins de journalisme alors que dans le second cas, elle ait semblé partir du principe que le régime dérogatoire ne saurait profiter à *Google*. À nos yeux, une manière de réconcilier ces deux enseignements apparemment contradictoires serait de considérer que les activités en cause dans les deux arrêts ne seraient pas parfaitement identiques. Ainsi, l'on pourrait considérer que l'activité visée dans l'affaire *Satamedia* se caractérise par la sélection – certes très large – opérée par l'entreprise concernée, au contraire de l'activité d'un moteur de recherche comme *Google* qui consiste à ratisser, indexer et référencer automatiquement l'ensemble des contenus disséminés sur le réseau. L'utilisation du terme « divulgation » (« disclosure » en anglais) dans l'arrêt *Satamedia* permet de conforter ce point de vue, ce terme ne se confondant pas avec celui de « communication » ou de « transmission », en ce qu'il suppose une plus grande proximité avec le contenu diffusé qu'un simple relais automatique de l'information.

²⁹ En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *Google Spain*, § 122.

³⁰ C.J. (4^e ch.), 13 février 2014, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c. Retriever Sverige AB*, C-466/12, §§ 24-28. Voy. aussi C.J. (9^e ch.), 21 octobre 2014, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*, C-348/13, §§ 15-16. Rapp. conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *Google Spain* précité, § 33 : « (...) dans sa forme de base, un moteur de recherche sur Internet ne crée pas en principe de contenu autonome nouveau. Dans sa forme la plus simple, il se borne à indiquer où trouver un contenu préexistant, mis à disposition par des tiers sur l'Internet, en fournissant un hyperlien vers le site web qui comporte les termes recherchés ».

³¹ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, req. n° 16354/06, § 47.

³² À notre estime, on ne peut qualifier le référencement opéré par un moteur de recherche d'une « redivulgation » d'informations comparable à celle en cause dans le droit à l'oubli « classique » qui permet, dans certaines conditions,



Telle était du reste l'opinion de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire concernée³³. Conscient de la difficulté qu'il y avait à remédier aux problèmes de protection des données à caractère personnel « en s'adressant uniquement aux responsables de traitement des pages web source »³⁴, l'avocat général avait néanmoins considéré que la responsabilité des gestionnaires de moteurs de recherche ne devrait être que *subsidaire* par rapport à celle des éditeurs des pages web contenant les données à caractère personnel litigieuses³⁵.

Il est d'ailleurs symptomatique de relever que la proposition de règlement actuellement en discussion – texte dont on peut penser qu'il a vocation à remédier aux lacunes du droit en vigueur – n'est pas allée aussi loin dans la consécration d'un « droit à l'oubli », dans la mesure où, selon ses termes, il appartient au responsable qui a rendu publiques les données à caractère personnel de prendre « toutes les mesures raisonnables, y compris les mesures techniques, en ce qui concerne les données publiées sous sa responsabilité, en vue d'informer les tiers qui traitent lesdites données qu'une personne concernée leur demande d'effacer tous liens vers ces données à caractère personnel, ou toute copie ou reproduction de celles-ci »³⁶. Selon ce texte, le moteur de recherche ne serait qu'un tiers par rapport au traitement effectué par l'éditeur, en matière telle que la responsabilité du droit à l'effacement et à l'oubli reposerait à titre principal sur le dernier qui serait chargé de faire diligence auprès du premier afin de faire supprimer les liens qui continueraient à renvoyer indûment vers des données à caractère personnel³⁷.

Si la crainte de la possibilité offerte par les moteurs de recherche aux utilisateurs de pouvoir dresser un profil complet des personnes physiques tout autant que celle inspirée par l'ubiquité de l'internet semblent avoir fondé la solution retenue par la Cour de justice³⁸, ne faut-il pas constater, en raison précisément des caractéristiques

de s'opposer à la rediffusion d'informations judiciaires passées (*contra*, en doctrine, E. CRUYSMANS et A. STROWEL, « Un droit à l'oubli face aux moteurs de recherche : droit applicable et responsabilité pour le référencement de données 'inadéquates, non pertinentes ou excessives' », *J.T.*, 2014, pp. 457-459, spéc. p. 458, n° 9 ; A. STROWEL, « Censure ! Vous avez dit censure ? – À propos de l'arrêt *Google* sur le 'droit à l'oubli' », *A&M*, 2014/5, pp. 311-313, spéc. p. 311 ; en jurisprudence, Civ. Liège, division Liège (4^e ch.), 3 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1961, note E. CRUYSMANS). Notre opinion est fondée sur deux raisons. D'une part, en raison de son automaticité, l'activité d'un moteur de recherche ne traduit pas la volonté de son exploitant de remettre une information sur le devant de la scène médiatique. D'autre part, à nos yeux, l'effet amplificateur que la Cour de justice attache à l'activité d'un moteur de recherche se manifeste instantanément, au contraire de la redivulgence en cause dans le droit à l'oubli « traditionnel », laquelle, par définition, n'intervient que des années après une première diffusion.

³³ Conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *Google Spain* précitées, §§ 41-43.

³⁴ *Ibid.*, §§ 44 et 45.

³⁵ *Ibid.*, §§ 43 et 46. Voy. aussi la référence, faite au § 88 des conclusions de l'avocat général, à l'avis 1/2008 du Groupe de travail « Article 29 » sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche (p. 15) : « Le principe de proportionnalité veut que, lorsqu'un fournisseur de moteur de recherche agit exclusivement en tant qu'intermédiaire, il ne soit pas considéré comme le principal responsable du traitement des données à caractère personnel effectué. Dans ce cas, les responsables principaux sont les fournisseurs d'informations ». Rapp. également R. HARDOUIN, « La recherche d'un équilibre entre les libertés publiques sur internet : l'effet sur les moteurs de recherche en matière de référencement », *R.L.D.I.*, 96/2013, pp. 98-104 et spéc. p. 103 : « Les possibilités d'agir du demandeur contre le moteur de recherche dépendront de la décision obtenue lors de l'action diligentée à l'encontre de l'éditeur de service de communication au public en ligne ».

³⁶ 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), 25 janvier 2012, article 17, § 2 et considérant 54.

³⁷ Voy. en ce sens les conclusions de l'avocat général Jääskinen précitées, § 110.

³⁸ Arrêt précité, § 80.

téristiques techniques du réseau, que le déréférencement se trouve frappé du sceau de l'inefficacité? Ainsi, par la limitation de son application aux seuls établissements des gestionnaires de services de référencement qui seraient établis dans un État membre de l'Union européenne et dont les activités seraient dirigées vers les citoyens de cet État membre³⁹, le contournement du déréférencement qui serait imposée à une ou plusieurs des filiales européennes de *Google* est possible aujourd'hui par la simple consultation de la version américaine du célèbre moteur de recherche⁴⁰. En conséquence, de manière pour le moins paradoxale, une comparaison entre les résultats ainsi affichés sur les différentes versions d'un moteur de recherche permet non seulement d'établir le profil exhaustif de l'ensemble des personnes physiques, en dépit du déréférencement partiel intervenu, mais également d'effectuer un relevé précis des informations considérées comme gênantes aux yeux des personnes qui auraient exercé leur droit à l'oubli.

Dans de récentes lignes directrices, le groupe de travail « Article 29 » a considéré quant à lui que, dans un souci d'effectivité, le déréférencement devrait être appliqué sur l'ensemble des extensions des moteurs de recherche⁴¹, rejoignant la position adoptée en référé par le Tribunal de grande instance de Paris, le 16 septembre 2014, qui avait rejeté l'argument de *Google France* qui entendait limiter l'injonction de déréférencement prononcée à son encontre « aux seuls liens avec *Google.fr* », à défaut pour la société défenderesse d'avoir établi « l'impossibilité de se connecter depuis le territoire français en utilisant les autres terminaisons du moteur de recherche *Google* »⁴². En doctrine, il a toutefois été soutenu que le maintien pour les usagers européens de la version américaine du moteur de recherche participait à la proportionnalité de la solution dégagée par la Cour de

³⁹ Pour la Cour de justice, « (...) un traitement de données à caractère personnel est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable de ce traitement sur le territoire d'un État membre [et est donc soumis à la directive] (...) lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche crée dans un État membre une succursale ou une filiale destinée à assurer la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet État membre » (arrêt *Google Spain* précité, § 60, nous soulignons). En vertu de la proposition de règlement précitée, les règles européennes relatives à la protection des données s'appliqueraient à l'avenir « au traitement des données à caractère personnel appartenant à des personnes physiques ayant leur résidence sur le territoire de l'Union, par un responsable de traitement qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées : a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union; b) à l'observation de leur comportement » (nous soulignons).

⁴⁰ Après le prononcé de l'arrêt, *Google* a fait savoir qu'elle ne procéderait au déréférencement que sur les seules extensions européennes de son moteur de recherche. À suivre l'entreprise américaine, les internautes qui chercheraient à se connecter au site *Google.com* seraient automatiquement redirigés vers les sites de *Google* spécifiques dans chaque pays (*Google.be*, *Google.fr*, etc.), l'accès à la version américaine du site n'étant possible que par le biais d'une démarche supplémentaire, en manière telle que, d'après la firme de *Mountain View*, seule une part minime des utilisateurs européens (principalement composée de voyageurs de passage) aurait recours au domaine *Google.com*. À cet égard, voy. également le rapport final du Comité consultatif de *Google* sur le droit à l'oubli, adopté le 6 février 2015, p. 19, § 5.4. Le rapport est disponible à l'adresse : <https://www.google.com/intl/fr/advisorycouncil/>.

⁴¹ Voy. Groupe de travail « Article 29 », Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on *Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzales*, C-131/12, 26 novembre 2014, 14/ENWP 225, §§ 7 et 20.

⁴² Pour un raisonnement comparable en matière de publication obscène sur l'internet, voy. Cour eur. D.H. (4^e sect.), déc. *Perrin c. Royaume-Uni*, 18 octobre 2005, req. n° 5446/03, où, sous l'angle de la proportionnalité, la Cour de Strasbourg considère que « (...) si la diffusion des images en question peut n'avoir rien eu d'illégal dans d'autres États, y compris des États non parties à la Convention, comme les États-Unis, cela ne signifie pas qu'en interdisant pareille diffusion sur son territoire et en poursuivant et en condamnant le requérant l'État défendeur ait outrepassé sa marge d'appréciation ». Voy. également Trib. gr. inst. Paris (réf.), 22 mai 2000, ordonnant à *Yahoo! Inc.* « de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur *Yahoo.com* du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de toute autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

justice⁴³. Telle a également été la position adoptée par le Comité consultatif mis en place par *Google*⁴⁴.

Toujours est-il que dans l'état actuel des choses, une recherche effectuée sur *Google.com* par les nom et prénom du demandeur au principal dans l'affaire *Google Spain* renvoie toujours à l'information parue plus de quinze ans plus tôt dans le journal *La Vanguardia*... Et il en va de même dans le cas des nombreuses autres personnes ayant obtenu un déréférencement partiel de la part du gestionnaire de moteur de recherche.

Selon l'appréciation retenue par les juges de Luxembourg dans l'arrêt *Google Spain*, tout se passe comme si l'information, quoique librement accessible et licitement diffusée sur le net, ne devient réellement problématique que dans l'hypothèse où elle se trouve reliée au nom d'une personne physique par l'entremise d'un moteur de recherche. Certes, du point de vue de la liberté d'expression, le fait qu'une information soit déjà présente dans le domaine public ou soit toujours accessible n'est pas évasive de l'intérêt légitime qu'il peut y avoir à en limiter la diffusion⁴⁵. Mais, d'après nous, cet élément aurait néanmoins dû être davantage pris en compte par la Cour de justice lors de l'examen de la nécessité de l'obligation imposée aux moteurs de recherche⁴⁶. En Belgique, des juges ont ainsi pu considérer que c'était «à juste titre» qu'un demandeur avait fait valoir «qu'à supposer que les sociétés émettrices de moteurs de recherche (*Google*, *Yahoo* ou autres) suppriment un référencement des articles litigieux, ceux-ci demeurerait accessibles, par une recherche relative aux données personnelles du demandeur, via les sites internet des journaux édités par les défenderesses»⁴⁷ ou encore que sans «le maintien en ligne, de manière non anonymisée, des articles litigieux», «les moteurs de recherche tel que *Google* ne renseigneraient pas l'existence de ceux-ci et aucune atteinte au droit à l'oubli et à la réputation du demandeur ne serait à déplorer»⁴⁸. S'attaquer en premier lieu aux résultats affichés par les moteurs de recherche revient à atténuer les symptômes du mal que l'on combat plutôt qu'à tenter de l'enrayer à sa source. Cela est d'autant plus vrai que, comme l'enseignent les auteurs d'un récent rapport, «les dispositifs qui permettent d'accéder à des contenus sur internet ne se limitent pas aux moteurs de recherche, et aujourd'hui bien d'autres types d'outils sont mis à la disposition des internautes,

⁴³ Voy. notamment A. STROWEL, «Censure! Vous avez dit censure?...», *op. cit.*, p. 313.

⁴⁴ Voy. le rapport précité, pp. 18-20, § 5.4. Une opinion dissidente a été émise sur ce point par l'un des membres du Comité (*ibid.*, pp. 26-27).

⁴⁵ Voy. ainsi Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Aleksey Ovchinnikov c. Russie*, 16 décembre 2010, req. n° 24061/04, définitif depuis le 16 mars 2011, § 50 (où la Cour de Strasbourg considère que, dans certaines circonstances, une restriction de la diffusion d'une information déjà entrée dans le domaine public peut être justifiée) et C.J. (GC), 16 décembre 2008, *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, C-73/07, §§ 38-49 (où la Cour de justice considère que la directive protection des données ne comporte aucune dérogation en faveur des données à caractère personnel qui auraient déjà été publiées comme telles dans les médias).

⁴⁶ Voy. à cet égard l'arrêt *Aleksey Ovchinnikov c. Russie* précité, § 49, ainsi que les conclusions de l'avocat général Jääskinen, § 107 et la référence à C.J. (3^e ch.), 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) c. Administración del Estado*, C-468/10 à C-469/10, §§ 44-45.

⁴⁷ Civ. Bruxelles (prés.), 9 octobre 2012, A&M, 2013, p. 267, et note E. CRUYSMANS.

⁴⁸ Civ. Liège, division Liège (4^e ch.), 3 novembre 2014, J.L.M.B., 2014, p. 1961.

qu'il s'agisse des réseaux sociaux avec leurs multiples dispositifs d'orientation et de classement, ou des technologies innovantes actuellement plutôt expérimentales comme les moteurs pair-à-pair⁴⁹.

D'aucuns pourront tirer argument du maintien d'une certaine disponibilité du contenu pour affirmer que la portée de l'arrêt *Google Spain* se trouve limitée précisément dans la mesure où ce dernier ne vise que l'hypothèse d'un lien entre la recherche effectuée à partir des nom et prénom de la personne concernée et les données à caractère personnel contenues dans les pages indexées⁵⁰. *A contrario*, les pages litigieuses restent en ligne, de même que les liens qui y renvoient par une recherche effectuée au moyen d'autres termes que les nom et prénom de la personne concernée. Mais ne doit-on pas reconnaître avec l'avocat général Jääskinen que, dans l'hypothèse visée dans l'arrêt *Google Spain*, «l'internaute exerce activement son droit de recevoir des informations relatives à la personne concernée à partir de sources publiques, pour des raisons connues de lui seul»⁵¹ et que «dans la société contemporaine de l'information, le droit de rechercher des informations publiées sur Internet en recourant à des moteurs de recherche constitue l'un des moyens les plus importants d'exercer ce droit fondamental»⁵² ?

8. Dans une récente décision *Akdeniz c. Turquie*, la Cour de Strasbourg s'est également appuyée sur l'argument de l'accessibilité par d'autres voies pour justifier son refus de reconnaître la qualité de victime d'une violation du droit à la liberté d'expression à l'utilisateur régulier des sites web *myspace.com* et *last.fm*, tous deux consacrés à la musique et bloqués parce qu'ils ne respectaient pas la législation relative aux droits d'auteur⁵³. En l'espèce, la haute juridiction européenne a souligné que le requérant «ne se trouve privé que d'un moyen parmi d'autres d'écouter de la musique»⁵⁴. La Cour européenne a relevé que «l'intéressé peut sans difficulté accéder à tout un éventail d'œuvres musicales par de multiples moyens sans que cela n'entraîne une infraction aux règles régissant les droits d'auteur» et ajouté que «le requérant ne conteste pas qu'il pouvait, au moment de la décision litigieuse, recevoir ces programmes ou des programmes similaires par des biais autres que les sites web en question»⁵⁵. Il est intéressant de noter que, sans doute pour éviter de se prononcer sur la question de l'efficacité limitée du blocage litigieux, question qui avait pourtant été soumise aux parties⁵⁶, la Cour de Stras-

⁴⁹ V.-L. BENABOU, J. FARCHY et C. MÉADEL, *Rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Le référencement des œuvres sur Internet*, 2013, p. 3.

⁵⁰ Voy. notamment A. STROWEL, «Censure! Vous avez dit censure?...», *op. cit.*, pp. 312-313.

⁵¹ Conclusions de l'avocat général Jääskinen, § 130.

⁵² *Ibid.*, § 131.

⁵³ Cour eur. D.H. (2^e sect.), déc. *Akdeniz c. Turquie*, 11 mars 2014, req. n° 20877/10.

⁵⁴ Décision *Akdeniz* précitée, § 25. Sur ce point, la Cour s'est appuyée sur une affaire antérieure dans laquelle les requérants se plaignaient de la fermeture d'un journal (Cour eur. D.H. (2^e sect.), déc. *Tanrikulu, Çetin, Kaya et autres c. Turquie*, 6 novembre 2001, req. n°s 40150/98, 40153/98, 40160/98). Comp. ce dernier arrêt avec Comité D.H., *Mavlonov et Shansiy Sa'di c. Ouzbékistan*, communication n° 1334/2004, déc. du 19 mars 2009 (CCPR/C/95/D/1334/2004).

⁵⁵ Décision *Akdeniz* précitée, § 25.

⁵⁶ La question avait été posée aux parties en ces termes: «Peut-on considérer que les mesures litigieuses étaient adéquates, c'est-à-dire susceptibles de permettre ou de faciliter la réalisation du ou des but(s) poursuivi(s), nécessaires pour la réalisation de ces mêmes buts et proportionnées?».

bourg a préféré souligner la possibilité d'accéder à un contenu de même nature plutôt que de souligner l'accessibilité du contenu précis qui faisait l'objet de la mesure de blocage par la voie de procédés de contournement. La haute juridiction parvient ainsi à conclure à la proportionnalité de la mesure sans devoir mettre en évidence l'efficacité toute relative de la mesure de blocage prononcée par les juridictions internes. Sans doute la Cour était-elle consciente de l'avis émis auparavant par l'un de ses juges à propos des mesures de blocage déployées à l'égard de sites web et invitant à prendre en considération «le fait que certaines mesures de blocage peuvent aisément être contournées, ce qui rend la nécessité de la mesure douteuse»⁵⁷. Avec le requérant, on peut cependant se demander si l'argument de la disponibilité d'autres moyens d'accéder à des contenus d'une certaine nature ne risque pas de conduire à légitimer le blocage «de n'importe quel site web dès lors que le même type de contenu serait disponible par le biais d'autres sources»⁵⁸.

9. L'admission par les juges de restrictions à l'efficacité partielle constitue sans doute une réponse réaliste à l'émergence, avec l'internet, d'un réseau diffus et transfrontière où l'emprise du droit ne peut par définition être totale. Une telle approche concorde d'ailleurs avec l'admission croissante de la nécessité qu'il y a à limiter la diffusion de propos qui auraient déjà investi le domaine public ou qui seraient librement disponibles, quoique de manière plus discrète. À l'avenir, les juges devraient cependant se montrer attentifs à ne pas faire de l'(in-)efficacité relative des mesures de blocage prononcées à l'égard de contenus diffusés sur le net une clause de style de nature à conférer un brevet de proportionnalité à l'ensemble des ingérences dans le droit à la liberté d'expression sur la Toile, comme si tout ce qui était perdu en terme d'efficacité était nécessairement récupéré en terme de proportionnalité au sens strict. En admettant des solutions qui ne se révèlent efficaces qu'à l'égard de l'internaute moyen, on peut se poser la question de savoir si on ne contribue pas de la sorte à renforcer les inégalités dans l'accès aux contenus sur l'internet. On peut également se demander si, en érigeant explicitement ou implicitement la relative inefficacité des mesures qu'ils prononcent en garantie de leur proportionnalité, les juges ne vont pas à moyen terme renforcer l'inefficacité des solutions juridiques dégagées, par le crédit qu'ils offrent aux stratégies de contournement déjà accessibles aujourd'hui aux internautes.

⁵⁷ Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque jointe à Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie*, 18 décembre 2012, req. n° 3111/10. Voy. également Y. AKDENIZ, «To block or not to block: European approaches to content regulation, and implications for freedom of expression», *C.L.S.R.*, 2010, pp. 260-272, spéc. pp. 270-271; Q. VAN ENIS, «Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet...», *op. cit.*, spéc. pp. 879-882.

⁵⁸ Décision *Akdeniz* précitée, § 17.

II. La dangereuse sous-traitance de la mise en balance entre les intérêts en présence à des entreprises privées

10. Dans l'univers ouvert et mondialisé de l'internet, il est tentant pour les autorités de s'adresser aux intermédiaires souvent plus accessibles que les auteurs directs du mal qu'elles souhaitent enrayer. Ainsi, dans le contexte de la protection du droit d'auteur sur le net, la Cour de justice de l'Union européenne a souligné que « dès lors que les services d'intermédiaires sont de plus en plus utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur ou à des droits voisins, ces intermédiaires sont, dans de nombreux cas, les mieux à même de mettre fin à ces atteintes »⁵⁹. Dans son arrêt *Google Spain*, la Cour de Luxembourg a également insisté sur la plus grande commodité qu'il y avait à agir directement contre les exploitants de moteurs de recherche plutôt que contre les éditeurs de pages Internet, « compte tenu de la facilité avec laquelle des informations publiées sur un site web peuvent être répliquées sur d'autres sites et du fait que les responsables de leur publication ne sont pas toujours soumis à la législation de l'Union »⁶⁰. À nos yeux pourtant, la circonstance que les éditeurs de sites web soient *parfois ou même souvent* établis en dehors du territoire de l'Union européenne et hors de portée ne suffit pas à elle seule à justifier que l'on fasse *toujours* reposer en premier lieu la mise en balance entre droits concurrents sur les gestionnaires de moteurs de recherche. L'argument de la facilité avec laquelle les informations publiées sur l'internet peuvent être reproduites d'un site à l'autre ne nous paraît pas davantage pertinent dans la mesure où le déréférencement qui pourra être exigé de la part des exploitants de moteurs de recherche ne portera lui aussi que sur certains liens identifiés⁶¹ et n'empêchera pas la réapparition dans les résultats de recherche d'autres liens vers des sites comprenant des informations similaires.

11. L'implication croissante des intermédiaires de l'internet dans l'exercice de mise en balance entre les intérêts attachés à la liberté d'expression et d'autres intérêts légitimes concurrents entraîne d'importants risques de censure privée. Le souci d'éviter pareille censure ne date pourtant pas d'hier. Il a présidé en Belgique

⁵⁹ C.J., arrêt *UPC* précité, § 27. Comp. avec les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón précédant cet arrêt, § 107 : s'il ne peut être totalement exclu que l'on puisse demander des comptes au fournisseur d'accès qui n'a pas de relation contractuelle avec l'exploitant d'un site web illicite comprenant des contenus protégés par le droit d'auteur, « le titulaire du droit d'auteur est tenu de poursuivre *prioritairement, pour autant que cela soit possible*, les exploitants du site Internet illicite ou leur fournisseur d'accès » (nous soulignons).

⁶⁰ C.J., arrêt *Google Spain* précité, § 84. La solution prônée par le juge européen n'emportant pas le retrait du contenu de l'internet, la personne concernée par la diffusion injustifiée de données à caractère personnel devra paradoxalement faire valoir son droit au déréférencement *auprès de différents moteurs de recherche* alors que, dans de nombreux cas, *une seule* demande – de retrait, d'anonymisation ou de désindexation – dirigée vers l'éditeur du contenu litigieux aurait pu lui donner satisfaction *de manière générale et définitive*.

⁶¹ Voy. à cet égard les §§ 82, 88 et 94 de l'arrêt *Google Spain*, où la Cour de justice parle de la possibilité d'exiger du gestionnaire de moteur de recherche qu'il supprime « *des liens vers des pages web* » (nous soulignons). Comp., dans un autre contexte, Trib. gr. inst. Paris (17^e ch.), *Max M. c. Google France et Google Inc.*, 6 novembre 2013, où le juge fait obligation à *Google Inc.* de retirer et de cesser d'afficher sur son moteur de recherche *Google Images* neuf clichés dont le demandeur a sollicité l'interdiction, sans que ce dernier « ait à formuler, à chaque réapparition de ces images, une requête indiquant l'adresse URL où se trouvent ces images sur le réseau internet ».

à l'adoption de la règle constitutionnelle de la responsabilité en cascade⁶², destinée à soustraire l'auteur à la censure que n'auraient pas manqué de lui imposer les intermédiaires chargés d'assurer la diffusion de son message, s'ils avaient eu à craindre de devoir répondre du contenu publié devant un juge, pénal ou civil⁶³. C'est également cette préoccupation qui a conduit à l'adoption de la solution de compromis retenue dans la directive 2000/31 sur le commerce électronique⁶⁴, laquelle directive prévoit une exonération conditionnelle de responsabilité au profit de certaines activités d'intermédiation dans la société de l'information (à savoir les activités de simple transport, de cache et d'hébergement) et interdit de faire supporter une obligation générale de surveillance aux intermédiaires qui fournissent de tels services. Ces règles visent notamment à ménager la liberté d'expression sur le réseau⁶⁵. Une solution convergente est promue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans la Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet⁶⁶. Si ce dernier texte est dépourvu de toute force contraignante directe, son importance ne peut être sous-estimée. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à s'inspirer des solutions dégagées dans ces textes dits de *soft law* aux fins de déterminer la portée des dispositions abstraites de la Convention⁶⁷.

Trois observations doivent être formulées sur la portée des deux textes européens mentionnés.

Tout d'abord, les exonérations de responsabilité prévues en faveur de certaines activités d'intermédiation sont conditionnelles et dépendent de la réunion de

⁶² Aux termes de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution belge, « lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ». Sur la prévention de la censure indirecte de la part des intermédiaires, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 265 et s.

⁶³ Voy. Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 559, n° 202, préc. des conclusions conformes de l'avocat général J.-F. Leclercq; *J.T.*, 1996, p. 597 et les conclusions conformes de l'avocat général; *A&M*, 1996, p. 362, obs. F. JONGEN; *R. Cass.*, 1996, p. 389, note D. VOORHOOF; *R.W.*, 1996-1997, p. 565; *C.D.P.K.*, 1997, p. 412, note A. SCHAUS; *R.C.J.B.*, 1998, p. 357, note M. HANOTIAU. Ce dernier arrêt est venu confirmer la position que la haute juridiction avait déjà adoptée dans deux arrêts antérieurs: Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110; Cass. (1^{re} ch.), 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267.

⁶⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16, spéc. art. 12-15.

⁶⁵ Voy. le 9^e considérant de la directive qui fait une référence expresse à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur les rapports entre la liberté d'expression et le régime d'exonérations de responsabilité au profit de certaines activités d'intermédiation dans l'univers numérique, voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, études précitées. Voy. également F. DUBUISSON, « Société de l'information, médias et liberté d'expression – Chronique 2012 », *J.E.D.H.*, 2013/3, pp. 467-470; F. DUBUISSON et I. RORIVE, *op. cit.*, spéc. pp. 371-379.

⁶⁶ Déclaration sur la liberté de communication sur l'internet, adoptée par la Comité des ministres le 28 mai 2003, lors de la 840^e réunion des Délégués des ministres, principes 3 et 6. Compte tenu de la reconnaissance au sein du Conseil de l'Europe de principes similaires à ceux consacrés dans le droit de l'Union européenne, l'on s'étonnera que dans un récent arrêt *Delfi AS c. Estonie*, qui portait sur la condamnation encourue par un portail d'informations en raison de la diffusion de commentaires postés par des internautes, la Cour européenne des droits de l'homme ait tiré prétexte du fait qu'il incombe au premier chef aux juridictions internes d'interpréter la législation interne pour refuser de substituer son appréciation à celle des juges nationaux, lesquels avaient considéré que les activités de la société requérante ne relevaient pas de la directive sur le commerce électronique et de la loi qui la transposait en droit estonien (Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 10 octobre 2013, § 74). L'affaire a été renvoyée devant la grande chambre de la Cour.

⁶⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'Homme est-il vraiment si *soft*? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505-526.

conditions strictes. Ainsi, l'exonération de responsabilité qui profite au fournisseur d'hébergement est soumise à la condition que le prestataire n'ait pas connaissance de l'information illicite⁶⁸ ou qu'il agisse promptement pour retirer ou rendre inaccessible ladite information dès qu'il en a connaissance⁶⁹. Ces conditions ne permettent pas d'exclure totalement le risque d'une censure privée de la part des intermédiaires, en particulier de la part des hébergeurs, auxquels est confiée la délicate tâche d'apprécier au premier chef la licéité des informations qu'ils contribuent à diffuser⁷⁰.

Ensuite, ni la directive sur le commerce électronique, ni la déclaration du Conseil de l'Europe n'interdisent que des mesures de blocage et de filtrage déterminées soient imposées aux intermédiaires par le biais d'injonctions prononcées à leur encontre⁷¹.

Enfin, ces textes restent en défaut de viser l'ensemble des intermédiaires que l'on rencontre dans l'univers numérique. Ainsi, comme l'a reconnu l'avocat général Jääskinen dans ses conclusions précédant l'arrêt *Google Spain*, «le rôle et la situation juridique des fournisseurs de services de moteur de recherche sur Internet n'ont pas été expressément réglementés dans le droit de l'Union»⁷².

De manière générale, il convient cependant de considérer que la directive et la Déclaration n'épuisent pas la prise en compte des intérêts attachés à la liberté d'expression sur la Toile. En conséquence, les autorités publiques devraient dûment prendre en compte cette liberté fondamentale lorsqu'elles tentent de s'adjoindre le concours d'un intermédiaire quel qu'il soit dans l'adoption d'une mesure restrictive de la liberté d'expression sur le net⁷³.

La Cour de justice de l'Union européenne est forcément consciente de l'importance de la liberté d'expression dans le contexte des injonctions qui peuvent être prononcées à l'égard des intermédiaires de l'internet, lorsque, dans son récent arrêt *UPC* déjà mentionné, elle affirme que l'obligation de blocage déterminé qui peut être imposée à un fournisseur d'accès pour sauvegarder le droit d'auteur ne doit pas conduire à *priver inutilement* les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles⁷⁴. À partir de quand pourrait-on considérer que le fournisseur d'accès porte *inutilement* atteinte au droit

⁶⁸ Et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances rendant l'information illicite apparente.

⁶⁹ Voy. l'article 14 de la directive sur le commerce électronique.

⁷⁰ Voy. à cet égard F. DUBUISSON, «Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet...», *op. cit.*, pp. 135-142.

⁷¹ Voy. le principe 6, alinéa 5, de la déclaration et le considérant n° 47 de la directive «commerce électronique».

⁷² Conclusions précitées, § 37. Voy. également l'article 21, § 2, de la directive «commerce électronique». L'avocat général Jääskinen suggère néanmoins «d'analyser [la position des fournisseurs de services de moteur de recherche sur Internet] à l'égard des principes juridiques fondant les limitations de responsabilité des fournisseurs de services Internet» (*ibid.*, § 38).

⁷³ Le terme «intermédiaire» est ici entendu dans un sens large comme toute personne qui contribue à la diffusion d'un message dont il n'est pas l'auteur. Voy. à cet égard Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, M. F. La Rue, présenté à la dix-septième session du Conseil des droits de l'homme (16 mai 2011), (A/HRC/17/27), § 38.

⁷⁴ Arrêt *UPC* précité, §§ 63-64.

des internautes d'accéder à l'information? La formulation souple retenue par la Cour de Luxembourg laisse une grande marge d'appréciation au fournisseur d'accès, qui, chargé de mettre en balance le droit du public à recevoir des informations et le droit d'auteur d'un plaignant risque bien de se ranger aux arguments de ce dernier pour éviter d'avoir à payer des astreintes.

12. Les mêmes dangers se manifestent sur le terrain de la responsabilité des intermédiaires. Dans un récent rapport, le Rapporteur spécial de l'ONU pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a ainsi affirmé que: « (...) la censure ne devrait jamais être déléguée à une entité privée et nul ne devrait être tenu responsable d'un contenu diffusé sur Internet s'il n'en est pas l'auteur »⁷⁵. Le risque encouru est évident: « Le fait de rendre les intermédiaires responsables du contenu diffusé ou créé par les utilisateurs porte gravement atteinte à la jouissance du droit à la liberté d'opinion et d'expression, dans la mesure où cela conduit à l'auto-protection et à une large censure privée, souvent sans transparence ni respect de la loi »⁷⁶. Il en va d'autant plus ainsi que, dans les conditions générales qui le lient à son client, le fournisseur d'hébergement aura souvent pris soin d'exclure toute responsabilité en cas de retrait injustifié d'informations qui, après examen, se révéleraient parfaitement licites⁷⁷. De la même manière, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a considéré que, dans l'appréciation de la responsabilité des intermédiaires, « une attention particulière doit être portée au respect de la liberté d'expression de ceux qui sont à l'origine de la mise à disposition des informations, ainsi que du droit correspondant des usagers à l'information »⁷⁸, dans la mesure où « il peut être dangereux du point de vue de la liberté d'expression et d'information que les fournisseurs de services suppriment trop rapidement un contenu après réception d'une plainte », en ajoutant qu'« un contenu parfaitement légitime pourrait ainsi être supprimé par crainte de voir sa responsabilité mise en cause »⁷⁹. Ce danger a encore été souligné par les rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de plusieurs organisations internationales dans une récente déclaration commune qui amène ces derniers à considérer que « les simples fournisseurs de services techniques comme l'accès, la recherche, la transmission ou le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de l'information (« *caching* ») ne doivent pas être tenus responsables de contenus produits par des tiers et disséminés par le biais de leurs services, à moins qu'ils ne soient intervenus dans le contenu concerné ou qu'ils aient refusé d'obéir à une injonction de retrait d'un tribunal, quand ils ont la capacité de le faire (...) »⁸⁰. Par

⁷⁵ Rapport précité, § 43.

⁷⁶ *Ibid.*, § 40.

⁷⁷ Voy. à ce sujet, F. DUBUISSON, « Les restrictions à l'accès au contenu d'Internet... », *op. cit.*, pp. 137-142.

⁷⁸ Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet, principe 6.

⁷⁹ Commentaire sur les principes de la Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, principe 6, 4^e §. Voy. également la Déclaration du Comité des ministres sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plateformes internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne, adoptée le 7 décembre 2011 lors de la 1129^e réunion des Délégués des ministres, spéc. § 4.

⁸⁰ Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et Internet, 1^{er} juin 2011, du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, du Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, du Rapporteur spécial de l'OEA pour la liberté d'expression et du Rapporteur spécial sur la liberté d'expression de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), 2, a). La traduction en français est empruntée à l'organisation « Article 19 ».

ailleurs, « *conscients* du large éventail d'acteurs agissant en qualité d'intermédiaires sur Internet – en fournissant des services comme l'accès et l'interconnexion à Internet, la transmission, le traitement et le routage du trafic, l'hébergement et l'accès à des contenus produits par d'autres internautes, la recherche, le référencement de contenus, les transactions financières en ligne et les réseaux sociaux – et des tentatives de certains États de tenir ces intermédiaires responsables de contenus préjudiciables ou illicites »⁸¹, les rapporteurs spéciaux se sont d'ailleurs également prononcés en faveur d'une application par analogie à d'autres intermédiaires et notamment aux moteurs de recherche des garanties ainsi formulées⁸².

13. Le même péril se fait jour lorsqu'on délègue aux gestionnaires de moteurs de recherche, sans intervention judiciaire préalable, l'exercice délicat de mise en balance entre le droit au respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel et la liberté des internautes d'accéder, par leur intermédiaire, à l'information disponible sur la Toile. Si l'activité des moteurs de recherche a été expressément exclue de la directive sur le commerce électronique⁸³, dans une récente Recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe « considère (...) essentiel que les moteurs de recherche soient libres d'explorer et d'indexer les informations qui sont ouvertement accessibles sur internet et qui sont destinées à être diffusées massivement »⁸⁴. Aux yeux de l'avocat général Jääskinen, le gestionnaire d'un moteur de recherche doit être considéré comme un intermédiaire, dès lors que les exonérations de responsabilité prévues dans la directive sur le commerce électronique comme le considérant 47 de la directive sur la protection des données, prévoyant que le responsable du traitement de messages comportant des données à caractère personnel transmises par voie de télécommunication ou de courrier électronique est la personne dont émane le message, ne constituent que des manifestations particulières d'un principe plus général « selon lequel les rapports automatisés, techniques et passifs à l'égard d'un contenu stocké ou transmis par voie électronique n'instituent pas un contrôle ou une responsabilité sur celui-ci »⁸⁵. Si le service de référencement offert par les gestionnaires de moteurs de recherche n'apparaît peut-être aussi incontournable pour les éditeurs que l'hébergement qui leur fournit un espace de stockage sur le réseau, il faut admettre que, sauf indication contraire de leur part, le référence-

⁸¹ Préambule de la Déclaration (nous soulignons la seconde fois).

⁸² 2, b).

⁸³ Voy. l'article 21, § 2, de la directive « commerce électronique ».

⁸⁴ Recommandation CM/Rec(2012)3 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, adoptée le 4 avril 2012 lors de la 1139^e réunion des Délégués des ministres. Il est intéressant de relever, même si la présente étude se limite à l'analyse du droit des internautes de recevoir des informations ou des idées, qu'aux termes de la Recommandation précitée, les fournisseurs de moteurs de recherche peuvent eux-mêmes prétendre au bénéfice du droit à la liberté d'expression (voy. en particulier le § 12 de ce texte). À ce sujet, voy. également les conclusions de l'avocat général Jääskinen précitées, § 132 et Q. VAN ENIS, « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet... », *op. cit.*, p. 865. Voy. encore la récente ordonnance de référé du tribunal d'Amsterdam du 18 septembre 2014 (affaire n° C/13/569654, n° de rôle KG ZA 14-960), qui entend prendre en considération la liberté d'information de Google mais également les intérêts des internautes, des webmasters et des fournisseurs d'information sur l'internet.

⁸⁵ Conclusions précitées, § 87. Voy. également § 38.

ment est recherché par ces derniers⁸⁶ et qu'il contribue grandement à l'accessibilité des contenus disponibles sur la Toile⁸⁷.

En dépit des enseignements qui précèdent, dans son arrêt *Google Spain*, la Cour de justice de l'Union européenne a donc déduit de la directive sur la protection des données un droit pour la personne concernée de demander à un moteur de recherche de ne plus faire apparaître de lien dans la liste des résultats qu'il affiche entre le nom d'une personne physique et les données à caractère personnel la concernant qui seraient incomplètes, inexactes, inadéquates, excessives, pas ou plus pertinentes, en l'absence d'un intérêt prépondérant du public à accéder à ces informations⁸⁸.

Certes, la réserve de l'intérêt prépondérant du public est de taille, mais elle n'empêche pas que la Cour de Luxembourg ait rendu des entreprises privées responsables en première ligne de la mise en balance entre les intérêts en présence, en obligeant les gestionnaires de moteurs de recherche à définir eux-mêmes ce qui constitue une information présentant un intérêt public prépondérant. Or, comme l'énonçait de manière prémonitoire le rapporteur spécial de l'ONU: « (...) les intermédiaires, en qualité d'entités privées, ne sont pas les mieux placées pour déterminer si un contenu est illégal; cela nécessite un équilibre entre des intérêts concurrents et l'examen de la défense »⁸⁹. À notre avis, il en va d'autant plus ainsi que dans l'arrêt *Google Spain*, le retrait des résultats de recherche n'est aucunement conditionné à l'illicéité de l'information concernée, pas plus qu'à son caractère dommageable pour la personne concernée⁹⁰.

On peut se demander quel incitant va avoir l'exploitant d'un moteur de recherche à maintenir des liens vers une information qui concerne une personne physique dans les résultats des recherches effectuées à partir des nom et prénom de cette dernière⁹¹, *a fortiori* compte tenu du régime de responsabilité prévu par la loi belge relative à la protection des données⁹². En cas de doute, ne sera-t-il pas tenté de se ranger du côté de la sécurité et d'opter pour le retrait du résultat de recherche problématique⁹³, compte tenu également du temps que l'appréciation approfondie de chaque cas particulier risque de requérir ?

⁸⁶ Voy. *supra*, n° 7.

⁸⁷ Voy. *supra*, n° 7.

⁸⁸ Voy. *supra*, n° 6.

⁸⁹ Rapport précité, § 42.

⁹⁰ Arrêt *Google Spain*, § 96.

⁹¹ Voy. le rapport du Rapporteur spécial de l'ONU précité, § 44: « (...) compte tenu de la pression qu'exercent sur elles [les entreprises privées] les États, conjugué au fait que leur principale motivation est plutôt de générer des profits que de respecter les droits de l'homme, il est essentiel d'empêcher le secteur privé d'aider les États à violer les droits de l'homme, ou d'en être complices, pour garantir le droit à la liberté d'expression ».

⁹² Aux termes de l'article 15bis, alinéas 2 et 3, de la 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.*, 18 mars 1993), « le responsable de traitement est responsable du dommage causé par un acte contraire aux dispositions déterminées par ou en vertu de la présente loi », il n'est exonéré de cette responsabilité que « s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est pas imputable ».

⁹³ Voy., *mutatis mutandis*, le rapport du Rapporteur spécial de l'ONU précité, § 44.

Il est d'ailleurs frappant que lors de récentes discussions au sein du Conseil de l'Union européenne au sujet de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la protection des données, le risque a été évoqué que «la liberté d'expression et l'intérêt du public à avoir accès à l'information puissent finir par être "sous-estimés" dans le cadre du processus de pondération auquel se livre le responsable de traitement, en particulier lorsque ce dernier est un moteur de recherche»⁹⁴. Il a en effet été avancé que «la protection de la liberté d'expression n'est pas la finalité habituelle des activités d'un moteur de recherche, dont la nature est plutôt commerciale, même si la crédibilité constitue un atout important dans ce contexte» et qu'«en conséquence, il est probable que la liberté d'expression jouera un rôle limité dans le processus de décision d'un moteur de recherche sur une demande d'effacement».

L'avocat général avait lui aussi émis de sérieuses réserves quant à l'idée que «[les] intérêts concurrents pourraient être mis en balance de façon satisfaisante dans les situations individuelles, sur la base d'une analyse au cas par cas, en laissant aux fournisseurs de services de moteurs de recherche sur Internet le soin de statuer»⁹⁵. Leur imposer une telle tâche «[conduirait] vraisemblablement, soit au retrait automatique de liens vers tout contenu faisant l'objet d'une opposition, soit à un nombre ingérable de demandes traitées par les fournisseurs de services de moteur de recherche sur Internet les plus populaires et importants»⁹⁶.

Certes, il semble qu'aujourd'hui *Google* soit loin d'accéder à l'ensemble des demandes de déréférencement qui lui sont soumises⁹⁷. Mais cette politique actuelle constitue-t-elle une réelle garantie pour l'avenir, compte tenu de l'absence totale de transparence qui caractérise le processus de déréférencement mis en œuvre⁹⁸? En tout état de cause, à nos yeux, elle ne présage en rien de la réaction que les moteurs de recherche pourraient adopter si une condamnation venait sanctionner leur défaut d'accéder à une demande de suppression de résultats de recherche dans un cas donné. Force est d'ailleurs de constater à cet égard que seules les personnes qui souhaiteraient contester un refus de déréférencement opposé par le gestionnaire d'un moteur de recherche disposent de voies de recours efficaces – auprès des autorités nationales de protection de la vie privée et des juges –, au contraire aussi bien des utilisateurs passifs de l'internet que des éditeurs de contenus qui souhaiteraient contester un déréférencement injustifié de la part d'un moteur de recherche⁹⁹.

⁹⁴ Conseil de l'Union européenne, dossier interinstitutionnel 2012/0011 (COD), note 13619/14, adoptée le 29 septembre 2014, § 7.

⁹⁵ Conclusions précitées, § 133.

⁹⁶ *Ibid.*, § 133.

⁹⁷ Voy. les statistiques et les exemples signalés à l'adresse suivante : <http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=fr>. Voy. aussi l'espèce récemment tranchée par le tribunal d'Amsterdam mais dans laquelle l'absence d'obligation de déréférencement semblait clairement s'imposer, compte tenu des circonstances de la cause. Dans cette affaire, le demandeur – une personne reconnue coupable de tentative d'incitation au meurtre moins de deux ans auparavant et dont la condamnation se trouvait alors soumise à l'appréciation d'une cour appel pour réexamen – avait tout de même obtenu le déréférencement de certains liens de la part de *Google*.

⁹⁸ Voy. aussi E. FRANTZIOU, *op. cit.*, p. 770.

⁹⁹ Au contraire des fournisseurs d'hébergement, et hors l'hypothèse du référencement payant, les moteurs de recherche ne se trouvent pas dans une relation contractuelle avec les éditeurs de sites référencés. Le cas échéant,

14. Entretemps, *Google* a lancé une consultation publique et mis en place un comité d'experts pour définir les pratiques internes à l'entreprise concernant les suites à réserver à l'arrêt rendu par la Cour de justice¹⁰⁰. Le Groupe de travail « Article 29 »¹⁰¹ a également adopté des lignes directrices censées s'imposer aux moteurs de recherche¹⁰². Les dangers pour la liberté d'information ne sont pas écartés pour autant. D'une part, les règles dégagées sont édictées en dehors de tout cadre légal prévisible¹⁰³, par une instance consultative dont la mission consiste à veiller à la protection de la vie privée des individus à l'égard des traitements de données à caractère personnel et aucunement, comme un juge, à effectuer une mise en balance équilibrée entre les différents intérêts en présence dans un cas d'espèce. D'autre part, aussi précises que puissent être ces lignes directrices, elles ne remettent nullement en question le principe de la délégation à une entreprise privée du soin de définir les informations qui ressortissent à l'intérêt prépondérant du public.

N'aurait-il pas été plus opportun de faire reposer cette délicate tâche de mise en balance sur les épaules de l'éditeur, lequel, au contraire du gestionnaire du moteur de recherche, est directement intéressé par le contenu diffusé? Comme le soutenaient *Google Inc.* et *Google Spain*, « en vertu du principe de proportionnalité, toute demande visant à l'élimination d'informations doit être adressée à l'éditeur du site web concerné puisque c'est ce dernier qui prend la responsabilité de rendre les informations publiques, qui est en mesure d'évaluer la licéité de cette publication et qui dispose des moyens les plus efficaces et les moins restrictifs pour rendre ces informations inaccessibles »¹⁰⁴. Cela est d'autant plus vrai que l'intérêt public attaché à une information peut être amené à varier considérablement au cours du temps¹⁰⁵. Or, il semble peu réaliste de vouloir imposer à un moteur de

seul un fondement extracontractuel permettrait donc aux éditeurs, voire aux utilisateurs (voy. toutefois *infra*, n°s 16 et s., à cet égard), d'engager la responsabilité de l'exploitant d'un moteur de recherche. Il est toutefois probable que ce dernier aura pris soin de limiter voire d'exclure sa responsabilité par le biais des conditions d'utilisation disposées sur son site.

¹⁰⁰ Voy. à cet égard le rapport précité, adopté le 6 février 2015.

¹⁰¹ Ce groupe de travail est composé de représentants issus des autorités nationales de protection des données, du contrôleur européen de la protection des données et de la Commission européenne, conformément à l'article 29, § 2, de la directive protection des données.

¹⁰² Lignes directrices précitées.

¹⁰³ Toute restriction apportée au droit de recevoir des idées ou des informations doit être « prévue par la loi », condition qui apparaît aux yeux de la Cour de Strasbourg comme « la plus importante » des trois conditions cumulatives énoncées à l'article 10, § 2, de la Convention, qui permettent de justifier une ingérence d'autorités publiques dans l'exercice de la liberté d'expression. Voy. en ce sens, Cour eur. D.H. (5^e sect.), arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, req. n° 33014/05 (définitif depuis le 5 août 2011), § 51. Pour la Cour européenne, il ne suffit pas que l'ingérence ait une base en droit interne. Encore faut-il que la norme qui la prévoit soit accessible et prévisible, c'est-à-dire « énoncée avec assez de précision pour permettre au justiciable de régler sa conduite » (*ibid.*, § 51).

¹⁰⁴ Arrêt *Google Spain*, § 63.

¹⁰⁵ Voy. en ce sens, Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Éditions Plon c. France*, 18 mai 2004, req. n° 58148/00 (définitif depuis le 18 août 2004), § 53 (où la Cour admet que les justifications d'une interdiction provisoire de publication peuvent disparaître avec l'écoulement du temps); Cour eur. D.H., arrêt *Schwabe c. Autriche*, 28 août 1992, § 31 req. n° 13704/88 (en l'espèce, la Cour a considéré que la révélation des antécédents judiciaires d'un homme politique permettait de contribuer à la discussion d'une question d'actualité); Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Cumhuriyet Vakfi et autres c. Turquie*, 8 octobre 2013, req. n° 28255/07, définitif depuis le 8 janvier 2014 (la Cour conclut à la violation de l'article 10 en raison d'une injonction judiciaire faisant interdiction à un journal de répéter des propos qui auraient été prononcés plus de dix ans auparavant par un candidat à la présidence). Voy. également l'opinion concordante précitée du juge Pinto de Albuquerque jointe à Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Yildirim* précité: « Les ordonnances de blocage de l'internet perpétuelles ou à durée indéterminée sont en soi des ingérences non nécessaires dans le droit à la liberté d'expression ».

recherche l'obligation de réanalyser régulièrement l'ensemble des mesures de déréférencement qu'il adopte. En bref, pour la firme de *Mountain View* et sa filiale espagnole, «imposer à l'exploitant d'un moteur de recherche de retirer de ses index des informations publiées sur Internet tiendrait insuffisamment compte des droits fondamentaux des éditeurs de sites web, des autres internautes ainsi que de cet exploitant lui-même»¹⁰⁶.

15. Certes, le régime des traitements de données effectués aux seules fins de journalisme semble théoriquement pouvoir faire échec à l'exercice par la personne concernée d'un droit d'accès et de rectification à l'égard de l'éditeur d'une page Internet¹⁰⁷. On rappellera à cet égard que, dans son arrêt *Satamedia*, la Cour de justice de l'Union européenne s'était limitée à considérer qu'une activité peut être considérée comme une activité de journalisme au sens de la directive sur la protection des données si elle a pour seule finalité «la divulgation au public d'informations, d'opinions et d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit»¹⁰⁸, sans faire aucunement allusion à l'actualité des renseignements diffusés. Il faut toutefois souligner qu'en tant que tel, le régime des fins journalistiques est supposé intégrer une composante de proportionnalité qui veut que les exemptions et les dérogations sont admises par le législateur européen «dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression»¹⁰⁹. Ainsi, en droit belge, quoiqu'aucune limite de temps n'ait été assignée par le législateur aux exonérations offertes au responsable d'un traitement effectué aux seules fins de journalisme à l'égard de l'exercice par la personne concernée de ses droits d'accès, de rectification et d'opposition¹¹⁰, ce dernier est toujours tenu de respecter le principe de proportionnalité inscrit à l'article 4 de la loi, dont la violation, à défaut de droit personnel de la personne concernée, pourrait faire l'objet d'une sanction pénale¹¹¹. D'autres voies d'accès au juge semblent cependant ouvertes à la personne concernée pour s'opposer au maintien de données à caractère personnel dans les archives publiques des sites de presse en ligne. En Belgique, plusieurs juges ont érigé en faute le fait pour des éditeurs d'avoir refusé de rendre anonymes d'anciens articles contenus dans leurs archives de presse en ligne qui faisaient référence au passé judiciaire des intéressés et, par voie de conséquence, leur ont fait obligation d'anonymiser

¹⁰⁶ Arrêt *Google Spain*, § 63.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 85: «(...) le traitement par l'éditeur d'une page web, consistant dans la publication d'informations relatives à une personne physique, peut, le cas échéant, être effectué "aux seules fins de journalisme" et ainsi bénéficier, en vertu de l'article 9 de la directive 95/46, de dérogations aux exigences établies par celle-ci (...)» (nous soulignons).

¹⁰⁸ Arrêt *Satamedia* précité, § 61.

¹⁰⁹ Article 9 de la directive sur la protection des données.

¹¹⁰ Article 3, § 1^{er}, c), de la loi du 8 décembre 1992 précitée. Voy. Civ. Bruxelles (prés.), 9 octobre 2012, *A&M*, 2013, p. 267, et note E. CRUYSMANS. Le législateur a toutefois prévu que la dérogation concernée n'est applicable que dans l'hypothèse où l'exercice des droits d'accès, de rectification et d'opposition compromettrait une publication en projet, ce qui ne semble pas être une conséquence nécessaire du fait de rendre anonymes certaines données contenues dans les archives publiques des éditeurs. Voy. *contra* l'argumentation de la société *Rossel* dans l'affaire précitée (p. 269), selon laquelle une modification des archives mises à disposition du public impliquerait nécessairement une altération des archives mêmes du journal.

¹¹¹ Sur pied de l'article 39, 1^o, de la loi. Voy. toutefois le jugement précité dans lequel le président du tribunal de première instance de Bruxelles estime de manière générale que «l'article 4, § 1^{er}, 5^o, de la loi, appliqué aux activités de journalisme, ne peut avoir pour conséquence d'imposer aux sociétés éditrices de journaux de rendre anonymes des données à caractère personnel contenues dans des archives» (*ibid.*, p. 270).

les contributions litigieuses¹¹². S'il doit être possible, en certaines circonstances, d'imposer à un éditeur une anonymisation de certains articles contenus dans ses archives numériques¹¹³, une telle solution ne peut toutefois être que subsidiaire, l'ajout d'indications permettant de « contextualiser » une information passée devant toujours être privilégié afin de respecter l'exigence de nécessité que doit rencontrer toute ingérence dans le droit à la liberté d'expression, et ce, quand bien même l'information litigieuse présenterait un caractère diffamatoire avéré¹¹⁴.

Si l'actualité des informations ne conditionne pas le bénéfice du régime dérogatoire prévu pour les traitements de données effectués aux seules fins de journalisme, dans l'affaire *Satamedia*, la Cour de Luxembourg a toutefois laissé le soin au juge national saisi d'effectuer la balance entre les intérêts en présence¹¹⁵. Sans

¹¹² Civ. Liège, division de Liège (4^e ch.), jugement précité; Liège (20^e ch.), 25 septembre 2014, disponible sur www.juridat.be, confirmant Civ. Neufchâteau (2^e ch.), 25 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1182; *A&M*, 2013/6, p. 478. Au passage, on s'étonnera cependant que la cour d'appel de Liège ait considéré dans son arrêt que les principes dégagés dans l'arrêt *Google Spain* pouvaient « être transposés en l'espèce dans la mesure où l'éditeur permet également une mise en une de l'article litigieux via le moteur de recherche de son site consultable gratuitement (...) ». Nous ne pouvons pas nous rallier à cette appréciation. À notre estime en effet, l'outil de recherche fourni par un éditeur pour rechercher des informations sur son site Internet n'entre pas dans les prévisions de l'arrêt *Google Spain*. D'une part, il nous apparaît que la position de la Cour de justice n'est pas fondée sur la gratuité du service fourni par un moteur de recherche mais sur la considération que « l'activité d'un moteur de recherche est (...) susceptible d'affecter significativement et de manière additionnelle par rapport à celle des éditeurs de sites web les droits fondamentaux de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel » (arrêt précité, § 38). D'autre part, il semblerait paradoxal, sinon contradictoire, de considérer les principes dégagés dans l'arrêt *Google Spain* applicables comme tels aux sites éditoriaux, dès lors que, dans l'arrêt rendu par la Cour de justice, la possibilité d'agir directement contre le moteur de recherche a précisément été justifiée par la prétendue impossibilité de faire valoir ses droits contre l'éditeur, à tout le moins dans certaines circonstances, en raison du régime dérogatoire prévu en faveur des traitements de données effectués aux seules fins de journalisme (§ 85).

¹¹³ Comp. à cet égard avec les conclusions de l'avocat général Jääskinen précitées, § 129: « (...) rien ne pourrait justifier d'exiger la republication numérique du numéro d'un journal avec un contenu différent de la version papier initialement publiée. Cela s'apparenterait à de la falsification de l'histoire » (nous soulignons). La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a déjà eu l'occasion de souligner que dans la mesure où « l'Internet est [...] un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information » et que « ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles ni au même contrôle », « assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée » (Cour eur. D.H., arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel* précité, § 63).

¹¹⁴ La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré que le refus des juridictions nationales de faire obligation aux gestionnaires d'un site de presse en ligne de retirer des articles dont le caractère diffamatoire était avéré n'était pas constitutif d'une violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée), compte tenu de la possibilité qui existait pour le requérant de demander l'ajout aux articles d'une référence aux jugements qui en avaient reconnu le caractère diffamatoire. La Cour de Strasbourg a souligné à cet égard que « ce n'est pas le rôle des autorités judiciaires de s'engager dans la réécriture de l'histoire en ordonnant le retrait du domaine public de toutes les traces de publications passées qui ont pu être jugées constituer des atteintes injustifiées à la réputation d'individus ». *Cfr* Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n° 33846/07 (définitif depuis le 16 octobre 2013), § 65. *Voy.* également Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *Times Newspapers Limited c. Royaume-Uni (n°s 1 et 2)*, 10 mars 2009, req. n°s 3002/03 et 23676/03 (définitif depuis le 10 juin 2009), § 47 (où, pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence, la Cour prend en considération le fait, d'une part, qu'aucune obligation n'avait été imposée au journal de retirer purement et simplement des articles de ses archives et, d'autre part, qu'un avertissement succinct informant le public de ce que ces derniers faisaient l'objet d'une contestation judiciaire aurait suffi à exclure la mise en cause de responsabilité de la société requérante). *Voy.* à cet égard, Q. VAN ENIS, « Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du *Times* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 94-103.

¹¹⁵ L'on relèvera que les entreprises en cause dans l'affaire *Satamedia* ont introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, alléguant que leur droit à la liberté d'expression avait été violé par les décisions des juridictions internes subséquentes à l'arrêt rendu par la Cour de Luxembourg et selon lesquelles, à défaut d'être justifiée par un intérêt public, la publication de l'ensemble des données fiscales concernant des personnes physiques de certaines personnes physiques dont le revenu excède certains seuils ne pouvait être considérée comme une activité journalistique, compte tenu de la nécessité d'interpréter de manière stricte la dérogation contenue dans la loi nationale de transposition de la directive sur la protection des données (Cour eur. D.H. (4^e sect.), *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, introduite le 18 décembre 2012. *Voy.* également Cour eur. D.H. (4^e sect.), déc. *Anttila c. Finlande*, 19 novembre 2013, req. n° 16248/10 (irrecevabilité *ratione personae* de la requête introduite par l'un des représentants des deux sociétés concernées et qui n'était pas partie au litige devant les juridictions internes).

qu'il puisse constituer une condition d'application de l'exemption, le critère de l'actualité pourrait donc, à tout le moins dans certaines circonstances, continuer à guider le juge dans son exercice de mise en balance. Une telle approche présenterait d'ailleurs l'avantage d'être en phase avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui semble intégrer l'écoulement du temps dans son raisonnement en accordant une marge d'appréciation plus grande aux États dans la mise en balance des intérêts en présence lorsque se trouvent en jeu des informations portant sur des événements passés plutôt que sur des événements actuels¹¹⁶.

Était-il réellement nécessaire de tirer prétexte de la circonstance qu'un éditeur *pourrait* s'être vu reconnaître par une loi nationale une dérogation lui permettant de conserver des données à caractère personnel dans ses propres archives sans limite de temps pour imposer *de manière générale* le fardeau de la mise en balance des intérêts à un moteur de recherche? Il est permis d'en douter. D'une part, par application du principe de subsidiarité, la Cour de Luxembourg aurait pu limiter l'intervention des moteurs de recherche aux hypothèses concrètes dans lesquelles le régime dérogatoire prévu par un État membre priverait effectivement la personne concernée de toute possibilité d'agir à la source à l'encontre des éditeurs de pages Web¹¹⁷. D'autre part, et plus fondamentalement, au vu des enseignements qui précèdent, il nous semble qu'il eût été loisible à la Cour de justice de prévoir un moyen d'action en faveur de la personne concernée, sans devoir nécessairement remettre en cause la large définition des fins de journalisme contenue dans le précédent arrêt *Satamedia*. Ainsi, la Cour aurait pu simplement ériger elle-même l'actualité comme un critère à prendre en compte par le juge national dans la mise en balance à effectuer entre l'intérêt que peut avoir l'éditeur à garder des données à caractère personnel accessibles à un large public et l'intérêt de la personne concernée à en limiter la diffusion. À notre estime, rien ne s'opposait réellement à ce que la Cour interprète l'exigence de proportionnalité inhérente au régime que les États peuvent mettre en place en faveur des traitements effectués aux seules fins de journalisme comme imposant aux éditeurs l'obligation de prévoir une solution de désindexation des données à caractère personnel ayant perdu de leur pertinence avec l'écoulement du temps, en l'absence d'intérêt prépondérant du public à prendre connaissance de l'information litigieuse. Telle était d'ailleurs la solution de compromis qui semblait se dégager en Belgique entre la Commission pour la protection de la vie privée et les éditeurs de presse au moment où l'arrêt *Google Spain* a été rendu. Si, dans l'affaire soumise à la Cour de justice, les juridictions espagnoles avaient considéré que rien ne pouvait être exigé de l'éditeur dans la mesure où la publication des données à caractère personnel litigieuses était légalement justifiée dès lors qu'elle avait eu lieu sur ordre des autorités publiques¹¹⁸, n'aurait-on pas pu considérer que la finalité poursuivie par le traitement de données effectué par l'éditeur

¹¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Times Newspapers Limited* précité, § 45.

¹¹⁷ Voy. *supra*, n° 7.

¹¹⁸ Voy. le § 16 de l'arrêt *Google Spain* précité.

avait été réalisée de sorte que leur maintien sous une forme non anonymisée dans les archives numériques du journal (en tout cas dans leur version accessible au public) ne se justifiait plus¹¹⁹ ?

III. Le caractère aléatoire de l'accès au juge par le candidat-récepteur de l'information

16. Comme on l'a vu, les intermédiaires ne semblent pas les mieux placés pour effectuer la balance des intérêts entre la liberté d'expression des internautes et d'autres droits concurrents. Compte tenu des dangers entraînés par la délégation aux intermédiaires privés de la censure des contenus diffusés sur le net, existe-il une réelle possibilité pour les utilisateurs d'internet de faire valoir en justice leur droit de recevoir des informations ou des idées ? Les développements qui suivent montrent qu'une action judiciaire dans leur chef est difficile à mettre en œuvre, aussi bien pour des raisons juridiques que pour des raisons pratiques. Voyons cela de plus près.

17. Dans son récent arrêt *UPC* déjà mentionné, la Cour de justice semble avoir conditionné la possibilité d'enjoindre un blocage au fournisseur d'accès sans prescrire de dispositif technique précis, à la reconnaissance aux usagers du droit de saisir le juge *a posteriori* afin de contrôler la manière dont l'intermédiaire a pris en considération leur droit fondamental d'accéder à l'information. Comme le constate la Cour, dans la situation d'une injonction qui laisse le choix des moyens à mettre en œuvre au fournisseur d'accès en vue d'empêcher la consultation des contenus protégés par le droit d'auteur, « (...) les juridictions nationales n'auront pas la possibilité d'effectuer un (...) contrôle au stade de la procédure d'exécution, faute de contestation à ce sujet »¹²⁰, la haute juridiction ajoutant qu'il est dès lors « nécessaire que les règles nationales de procédure prévoient la possibilité pour les internautes de faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet »¹²¹. La prise en compte du droit des internautes à accéder à l'information est louable. En l'espèce, la possibilité laissée aux internautes de saisir le juge *a posteriori* apparaît comme la contrepartie de la liberté laissée au fournisseur d'accès d'opter pour la méthode de blocage de son choix, liberté qui, quant à elle, contribue aux yeux de la Cour à ménager la liberté d'entreprise de l'intermédiaire, érigée en droit fondamental par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

18. À notre estime, un tel droit d'accès au juge devrait être reconnu de manière générale aux internautes, indépendamment de la question de savoir si l'injonction judiciaire précise ou non le dispositif de blocage à mettre en œuvre par l'inter-

¹¹⁹ Rappr. C. KUNER, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹²⁰ Arrêt *UPC* précité, § 57.

¹²¹ *Ibid.*, § 57.

médiaire¹²². En effet, il apparaît difficile d'exclure totalement qu'une mesure de blocage entraîne des effets collatéraux pour les internautes désireux d'accéder à des contenus licitement diffusés sur le net¹²³. Sans préciser les personnes ayant un intérêt à agir, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait déjà soumis le prononcé d'une mesure de filtrage ou de blocage visant un contenu spécifique et clairement identifiable à la condition qu'« une autorité nationale compétente [ait] pris une décision au sujet de l'illégalité de ce contenu » et que « la décision [puisse] être réétudiée par un tribunal ou entité de régulation indépendant et impartial, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹²⁴. Dans le même ordre d'idées, au sein de l'Union européenne, l'article 1^{er}, § 3bis, de la directive 2002/21/CE¹²⁵, inséré par la directive 2009/140/CE¹²⁶, prévoit que toute mesure restreignant « l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques qui serait susceptible de limiter les libertés et droits fondamentaux (...) ne peut être instituée que si elle est appropriée, proportionnée et nécessaire dans le cadre d'une société démocratique, et sa mise en œuvre est subordonnée à des garanties procédurales adéquates (...), y compris le droit à une protection juridictionnelle effective et à une procédure régulière (...) Le droit à un contrôle juridictionnel effectif en temps utile est garanti »¹²⁷.

19. Toujours est-il que, pour être réellement efficace, l'exercice *a posteriori* d'un droit d'accès au juge – pour autant que ce droit soit déjà reconnu – dépend, d'une part, de la connaissance par les internautes¹²⁸ de l'existence d'un dispositif de

¹²² L'on relèvera que dans l'affaire *Akdeniz c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté le grief tiré de l'article 6 de la Convention formulé par le requérant, en raison de la conclusion d'irrecevabilité adoptée par la haute juridiction sur le terrain de l'article 10 de la Convention (décision précitée, § 29). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Yildirim c. Turquie* précité, §§ 71-72, dans lequel la Cour a néanmoins conclu à la violation de l'article 10, en raison de l'absence dans le droit interne d'obligation pour le juge d'examiner les conséquences disproportionnées d'une mesure de blocage (§ 66).

¹²³ Comme l'a relevé le Groupe de spécialistes sur les droits de l'homme dans la société de l'information, « si une partie importante du contenu bloqué est en fait inoffensive, la restriction imposée à la liberté d'expression peut être considérée comme disproportionnée au regard du but légitime poursuivi » (Rapport sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique, CM(2008)37add, 26 février 2008, § 49).

¹²⁴ Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des ministres aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet, adoptée le 26 mars 2008, lors de la 1022^e réunion des Délégués des ministres.

¹²⁵ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.C.E.*, n° L 108, 24 avril 2002, p. 33.

¹²⁶ Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, n° L 337, 18 décembre 2009, p. 37.

¹²⁷ Par sa formulation large, la disposition semble pouvoir être appliquée au-delà du contexte qui avait présidé à son adoption, à savoir celui des sanctions de déconnexion imposées aux internautes s'étant rendus coupables de violations du droit d'auteur par le biais du réseau. Voy. à cet égard le considérant n° 4 de la directive 2009/140/CE.

¹²⁸ Au passage, l'on relèvera également que ni l'arrêt *Google Spain*, ni l'arrêt *UPC Wien Telekabel*, ne font allusion à une quelconque obligation d'information de l'auteur ou l'éditeur du contenu partiellement déréférencé ou bloqué de la mesure de déréférencement ou de blocage mise en œuvre qui les concerne directement. Voy. à cet égard les conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *Google Spain*, § 134, qui met en garde la Cour de justice contre la mise en œuvre d'un « droit à l'oubli » opposable aux moteurs de recherche : « [une telle obligation] serait constitutive d'une ingérence dans la liberté d'expression de l'éditeur de la page web, qui ne jouirait pas, dans une telle situation, d'une protection juridique adéquate, puisque toute "procédure de notification et de retrait" non réglementée constituerait une affaire privée entre la personne concernée et le fournisseur de services de moteur de recherche. Cela

blocage et, d'autre part, de leur volonté d'aller jusqu'à s'engager dans une action en justice en vue d'accéder à l'information recherchée. Il convient de relever, quant au premier point, que rien n'est prévu ni dans l'arrêt *Google Spain*, ni dans l'arrêt *UPC* – d'apparence plus attentif au droit à l'information des internautes – quant au signalement aux utilisateurs de l'existence respectivement d'une mesure de retrait partiel des résultats de recherche¹²⁹ ou d'une mesure de blocage¹³⁰. L'exercice d'une quelconque contestation par les internautes semble dès lors quelque peu illusoire¹³¹.

20. Pour ces raisons, la prise en compte des intérêts des usagers par le juge d'initiative *avant* le prononcé de toute injonction constituerait à nos yeux une meilleure manière de sauvegarder la liberté d'information des internautes que l'octroi aux internautes d'un aléatoire droit d'action *a posteriori*¹³². S'il peut contribuer à l'exercice par les internautes de leur droit de recevoir des informations, le droit d'accès au juge postérieurement au prononcé d'une mesure de filtrage ou de blocage limité ne devrait pas conduire à remettre en cause l'obligation pour les cours et tribunaux, en tant qu'autorités publiques, de prendre *directement* en compte les intérêts attachés à la liberté d'expression, au titre de l'effet direct de l'article 10 de la Convention et de l'article 11 de la Charte, lorsqu'ils sont invités, en vue de sauvegarder d'autres intérêts légitimes, à adopter une mesure restrictive de cette liberté fondamentale.

reviendrait à ce qu'un particulier censure son contenu publié». Dans ses lignes directrices, le Groupe « Article 29 » considère qu'aucune base légale ne légitime l'information du webmaster du déréférencement opéré par le gestionnaire de moteur de recherche, même s'il reconnaît que « dans certains cas », un échange préalable pourrait permettre à ce dernier d'obtenir des renseignements complémentaires lui permettant d'apprécier les circonstances factuelles entourant une demande de référencement (*op. cit.*, §§ 9 et 23). Comp. avec les conclusions du Comité consultatif de *Google*, rapport final précité, pp. 17-18, §§ 5.2 et 5.3.

¹²⁹ Dans sa Recommandation précitée sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, le Comité des ministres invitait les États à « veiller à ce que toute loi, règle ou demande individuelle relative à la désindexation ou au filtrage de contenus respecte pleinement les dispositions pertinentes, le droit à la liberté d'expression et le droit de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations. Les principes du droit à une procédure régulière et de l'accès à des mécanismes de réparation indépendants, ainsi qu'à des mécanismes prévoyant l'obligation de rendre compte (*accountability*) devraient également être respectés dans le contexte » (§ 15) et à « veiller à ce que tout filtrage ou blocage nécessaire soit *transparent* pour l'utilisateur » (§ 16, nous soulignons). Certes, *Google* fait aujourd'hui apparaître sous les résultats d'une recherche lancée sur le nom d'une personne physique la mention suivante : « Certains résultats peuvent avoir été supprimés conformément à la loi européenne sur la protection des données » mais, sans doute pour éviter d'attirer l'attention sur l'identité des personnes physiques qui auraient soumis une demande de déréférencement, il semble que ce message apparait également lorsque la personne dont le nom est recherché n'aurait formulé aucune demande de cet ordre. Voy. à ce propos le jugement précité rendu par le tribunal d'Amsterdam le 18 septembre 2014 qui rejette la demande visant à faire interdire à *Google* de faire apparaître la mention en question sous les résultats de recherche de la requête formulée sous les nom et prénom du demandeur. Voy. aussi les lignes directrices du Groupe de travail « Article 29 » aux termes desquelles seul peut être accepté un avertissement d'ordre général ne permettant pas à l'utilisateur de conclure qu'un individu a demandé le déréférencement de certains résultats (*op. cit.*, §§ 9 et 22). Voy. encore le rapport final du Comité consultatif de *Google* précité, p. 21, § 5.5.

¹³⁰ Comp. avec le rapport précité du Rapporteur spécial de l'ONU, § 47, où les intermédiaires sont invités à n'instaurer des restrictions au droit à la liberté d'expression qu'après une intervention judiciaire, à faire preuve de transparence non seulement à l'égard de l'utilisateur directement concerné par la mesure adoptée mais également vis-à-vis du grand public et à prévoir des voies de recours au travers de procédures prévues par l'intermédiaire et par une autorité judiciaire compétente.

¹³¹ Même si des initiatives sont prises par certains sites web pour référencer les sites bloqués ou partiellement évincés des résultats des moteurs de recherche.

¹³² Rapp. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalon précédant l'arrêt *UPC*, § 88 : « L'équilibre des droits fondamentaux doit être apprécié, selon la jurisprudence, dès l'adoption de l'injonction ». L'absence d'une telle prise en compte placerait le fournisseur d'accès devant un dilemme dangereux pour la liberté d'information des internautes : « S'il décide d'adopter une mesure de blocage moins drastique afin de respecter la liberté d'information de ses clients, il aura à craindre qu'une astreinte ne lui soit infligée à l'issue de la procédure d'exécution. S'il décide, à l'inverse, de mettre en œuvre une mesure de blocage plus intensive, il aura à craindre une situation de conflit avec ses clients ».

21. La prise en considération *a priori* par le juge des intérêts attachés à la liberté d'expression des internautes semble également constituer la solution à privilégier, compte tenu de la place procédurale conférée aux utilisateurs passifs de sites Internet par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une récente affaire *Akdeniz*, la Cour de Strasbourg s'est ainsi ralliée à l'appréciation des juridictions internes qui avaient considéré qu'un internaute, en tant que simple utilisateur passif, n'était pas fondé à contester une mesure de blocage prononcée à l'égard de deux sites web mais qu'une éventuelle réclamation aurait dû provenir du gestionnaire du site web bloqué ou du fournisseur d'accès, destinataire direct de l'injonction de blocage. Pour la Cour, l'utilisateur passif, même régulier, d'un site web ne bénéficie d'aucun *locus standi* pour se plaindre de la mesure de blocage litigieuse : « (...) le seul fait que le requérant – tout comme les autres utilisateurs en Turquie des sites en question – subit les effets indirects d'une mesure de blocage concernant deux sites consacrés à la diffusion de la musique ne saurait suffire pour qu'il se voie reconnaître la qualité de "victime"¹³³ au sens de l'article 34 de la Convention »¹³⁴. En dépit de ce constat, la Cour de Strasbourg a tout de même pris la peine de livrer certaines appréciations qui peuvent laisser croire que sa position est en grande partie fondée sur les circonstances propres au cas d'espèce. Comme on l'a déjà indiqué, l'absence de qualité de victime dans le chef du requérant paraît fondée notamment sur l'accessibilité persistante à des contenus de nature similaire¹³⁵. L'incompatibilité *ratione personae* de la requête semble également découler du contenu purement musical des sites litigieux, dont le blocage n'empêchait pas le requérant de prendre part à un débat d'intérêt général¹³⁶. La haute juridiction européenne fait ainsi écho au droit qu'a le public de recevoir des informations sur toute question d'intérêt général et qui se dessine en parallèle avec la mission assignée à la presse en démocratie¹³⁷. Si le critère de l'intérêt général apparaît incontournable dans la nécessaire mise en balance entre les droits et libertés en conflit

¹³³ Aux termes de cette disposition, « la Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ».

¹³⁴ Décision précitée, § 24. La Cour distingue les circonstances de l'affaire de celles entourant son précédent arrêt *Ahmet Yildirim* précité, dans lequel elle avait admis la requête adressée par un *propriétaire et utilisateur* d'un site Internet bloqué en raison de l'effet collatéral d'une mesure de blocage dirigée contre un autre site web (§ 27 de la décision). À notre connaissance, l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* reste le seul exemple de la reconnaissance par la Cour de la qualité de victime au récepteur potentiel du propos censuré. Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction faite à des associations de délivrer aux femmes enceintes des informations sur la possibilité d'avorter à l'étranger. Pour aboutir à la conclusion que les requérantes particulières risquaient de supporter directement les effets de la mesure d'interdiction litigieuse, la Cour s'est satisfaite de la circonstance que les requérantes « [figuraient] sans conteste parmi les femmes en âge de procréer pouvant pâtir des restrictions incriminées » (Cour eur. D.H. (plén.), arrêt du 29 octobre 1992, req. n^{os} 14234/88 et 14235/88, § 44). Auparavant, la défunte Commission européenne des droits de l'homme avait déjà jugé qu'il ne s'imposait pas de trancher la question de savoir si l'article 10 garantissait « un droit général d'être au courant de toute information ou idée qu'un auteur destine à la publication », étant donné l'absence d'ingérence dans l'exercice des droits protégés par l'article 10 (Comm. eur. D.H., déc. X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, 4 mars 1976, req. n^o 5528/72).

¹³⁵ Décision précitée, § 25. Voy. *supra*, n^o 8.

¹³⁶ La Cour distingue l'affaire de l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède* (Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt du 16 décembre 2008, req. n^o 23883/06 (définitif depuis le 16 mars 2009), §§ 44-45), qui concernait les obligations positives des États, et dans laquelle la Cour avait relevé que le refus opposé par un propriétaire à ses locataires d'installer une antenne leur permettant de capter des émissions en provenance de leur pays d'origine a eu pour conséquence de les priver *notamment* de reportages portant sur des questions d'intérêt général mais où la haute juridiction avait également souligné que « la liberté de recevoir des informations ne se limite pas aux sujets relatifs à des événements d'intérêt public : elle vise aussi, en principe, les expressions culturelles ainsi que le divertissement pur et simple ».

¹³⁷ Voy. parmi de nombreux autres arrêts, Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. n^o 6538/74, § 65. Voy. également Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, op. cit., n^{os} 86 et s.

et si la haute juridiction strasbourgeoise l'avait déjà érigé en arbitre entre le droit à la liberté d'expression et le droit d'auteur¹³⁸, il est pour le moins étonnant de le voir utilisé dans la détermination du champ d'application *ratione personae* d'une liberté consacrée par la Convention, celle de recevoir des idées et des informations sans ingérence des autorités publiques, au stade de l'appréciation de la recevabilité d'une requête. La Cour de Strasbourg sera prochainement amenée à préciser sa position, dès lors que, dans une affaire pendante, les requérants se plaignent, à nouveau en qualité de simples utilisateurs, du blocage de l'ensemble de la plateforme de diffusion de vidéos en ligne *YouTube*, laquelle héberge des contenus de nature variable et notamment des contenus contribuant indéniablement à la discussion de questions d'intérêt général¹³⁹.

La décision rendue par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Akdeniz* semble aller à contre-courant de la position adoptée par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *UPC* où la seconde a reconnu, à tout le moins en certaines circonstances¹⁴⁰, un droit aux utilisateurs de s'opposer à une mesure de blocage en recourant à la voie judiciaire¹⁴¹. Certes, les États parties à la Convention européenne restent libres de dépasser les exigences minimales qu'elle contient mais, compte tenu de la double consécration de la liberté d'expression et du droit d'auteur, aussi bien dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que dans la Convention¹⁴², on aurait sans doute préféré une solution plus convergente de la part des deux hautes juridictions européennes.

Conclusion

22. Le droit des internautes de recevoir des informations et des idées par le biais de l'internet peut aujourd'hui être qualifié de véritable parent pauvre du droit à la liberté d'expression dans l'ordre démocratique européen. La faible effectivité attachée au droit à l'information peut s'expliquer en partie par la nature d'un tel droit, qui apparaît d'abord et avant tout comme le corollaire de celui dont dispose autrui de communiquer des idées et des informations. L'étude révèle qu'au-delà de sa faiblesse intrinsèque, les juges peinent aussi à considérer ledit droit à sa juste valeur, en tant que composante essentielle du droit à la liberté d'expression.

¹³⁸ Cour eur. D.H. (5^e sect.), arrêt *Ashby Donald et autres c. France*, 10 janvier 2013, req. n° 36769/08 (définitif depuis le 10 avril 2013), § 39 (refusant de voir une contribution à un débat d'intérêt général dans la reproduction de photographies de défilés de mode sur un site Internet à des fins commerciales).

¹³⁹ Cour eur. D.H. (2^e sect.), *Cengiz c. Turquie et Akdeniz et Altiparmak c. Turquie*, req. n°s 48226/10 et 14027/11, introduites respectivement le 20 juillet 2010 et le 27 décembre 2010, affaire communiquée le 16 avril 2014.

¹⁴⁰ La décision *Akdeniz* ne précise pas si une technique particulière de blocage avait été imposée au fournisseur d'accès ou si ce dernier disposait d'un choix dans la mesure de blocage à mettre en œuvre, à l'instar de la procédure en cause dans l'affaire *UPC*.

¹⁴¹ Dans le même sens, A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet... », *op. cit.*, p. 895.

¹⁴² La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les droits de propriété intellectuelle étaient protégés par l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention. Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janvier 2007, § 72 (req. n° 73049/01); Cour eur. D.H. (5^e sect.), arrêt *Ashby Donald* précité, § 40; Cour eur. D.H. (5^e sect.), déc. *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, 19 février 2013, req. n° 40397/12.

23. Si l'admission croissante de mesures à l'efficacité limitée peut sans doute s'expliquer par la difficulté qu'il y a à maîtriser totalement les activités exercées sur le réseau, les juges devraient cependant veiller à ne pas diluer les différentes composantes de la proportionnalité, en considérant, par un jeu de vases communicants, que le défaut d'efficacité d'une mesure participe nécessairement à l'équilibre à ménager entre les différents droits fondamentaux en présence. En décider autrement reviendrait pour les juges à faire la promotion des possibilités de contournement de mesures qu'ils jugent pourtant appropriées.

La sous-traitance de la mise en balance des intérêts en présence aux intermédiaires de l'internet devrait être limitée en raison des risques importants de censure privée qu'elle fait courir sur l'exercice, actif et passif, de la liberté d'expression en ligne. Il y a fort à parier, en effet, qu'en cas de doute sur l'ajustement de cette balance, ces intermédiaires, constitués sous la forme d'entreprises privées, préfèrent se ranger du côté de la sécurité, en retirant, bloquant ou déréférençant des contenus qui, à l'examen, pourraient se révéler parfaitement licites et appropriés, dans le seul but d'exclure tout risque de voir leur responsabilité mise en cause ou d'avoir à payer des astreintes.

En tout état de cause, la mise à contribution des intermédiaires, entendus dans un sens large, ne devrait être que subsidiaire à la mise en cause des personnes directement responsables de la diffusion d'un contenu, auteurs ou éditeurs, selon le cas.

Si d'aventure, en raison des particularités du contexte numérique, caractérisé par son aspect transfrontière et sa facilité d'accès, il devait apparaître nécessaire, dans certaines hypothèses, de confier aux intermédiaires le soin d'effectuer la balance entre la liberté d'expression et d'autres intérêts légitimes, il faudrait alors songer aux moyens à mettre en œuvre pour permettre aux auteurs et aux éditeurs, mais également aux internautes, d'en contester le résultat devant un juge.

Ce n'est qu'à ces conditions, nous semble-t-il, que le droit de recevoir des idées et des informations pourrait véritablement accéder à la catégorie des droits concrets et effectifs à laquelle il aspire en tant que droit fondamental.

Quentin Van Enis

est docteur en sciences juridiques, maître de conférences à l'Université de Namur, chercheur au CRIDS (Centre de recherches en information, droit et société) et avocat au Barreau de Bruxelles. L'auteur peut être joint à quentin.vanenis@unamur.be