



HAL
open science

Droit à “ l’oubli numérique ” et construction de soi

Judith Rochfeld

► **To cite this version:**

Judith Rochfeld. Droit à “ l’oubli numérique ” et construction de soi. Blandine Mallet-Bricout; Thierry Favario. L’identité, un singulier au pluriel, Editions Dalloz, 2015, 9782247154272. hal-02160330

HAL Id: hal-02160330

<https://hal.science/hal-02160330v1>

Submitted on 19 Jun 2019

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

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

Droit à « l'oubli numérique » et construction de soi

Judith Rochfeld

École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) – IRJS

Sommaire

1. Le droit à « l'oubli numérique » comme réaction à une double distorsion de l'identité

- A. Le « droit à l'oubli numérique » comme réaction aux distorsions de la mémoire
- B. Le « droit à l'oubli numérique » comme réaction aux distorsions de l'identité

2. Les limites du droit à « l'oubli numérique » comme instrument de reconstruction de son identité

- A. Les limites relatives aux informations visées
- B. Les limites relatives aux débiteurs privilégiés

Introduction

1. – Le droit à « l'oubli numérique » — qui n'est véritablement qu'un droit à déréférencement comme nous allons le voir — représente certainement la quintessence des velléités de construction de soi, en l'occurrence d'une construction de l'image numérique que l'on renvoie aux autres, dans le temps. En effet, cette prérogative concentre non seulement une volonté de chacun de contrôler les informations personnelles le concernant, captées et livrées sur les réseaux numériques, mais également une revendication de réversibilité de son identité, de reconnaissance du caractère évolutif de cette dernière. Ce droit manifeste donc — et cela constitue le premier enjeu de sa reconnaissance — une réappropriation active, par chacun, de son identité telle qu'elle apparaît sur internet (plus généralement sur les réseaux numériques, à partir des objets connectés, etc.) : celui qui le brandit se place dans une démarche de construction d'une identité sociale vécue comme évolutive.

2. – Mais de quoi parle-t-on exactement lorsque l'on évoque le droit à « l'oubli numérique » ainsi que « l'identité » ?

Quant au droit à « l'oubli numérique » tout d'abord, il faut remarquer qu'il se rattache à un droit « à l'oubli », qui n'est pas une nouveauté¹. Dans le monde « réel », les problématiques de l'oubli et de la mémoire sont omniprésentes et Paul Ricœur, qui les avait beaucoup travaillées, distinguait déjà « l'oubli de réserve » — qui consiste par exemple, pour un fonctionnaire, en l'effacement de ses blâmes ou encore dans le jeu de la prescription — et « l'oubli par effacement des traces² ». La Cour de cassation a eu dernièrement, d'ailleurs, à traiter de belle manière de ce dernier, confrontée à la revendication d'une personne souhaitant voir effacée la mention de son baptême sur les registres paroissiaux, revendication qu'elle a en l'occurrence rejetée³. Dans le monde « virtuel », c'est-à-dire celui du numérique, cet oubli « par effacement des traces » n'est pas non plus inconnu : il a par exemple été à l'origine du mouvement d'anonymisation des décisions de justice⁴ ou de l'exigence de proportionnalité dans la durée de traitement des données personnelles réunies dans les différents fichiers de police (les juges administratifs sont ainsi régulièrement saisis de la question de la conservation de données⁵).

3. – Qu'ajoute donc, à ces droits à l'oubli devenus classiques, celui « numérique⁶ » tel qu'il a été intronisé avec éclat par la décision retentissante de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014⁷ ? Au moins trois dimensions.

¹Pour une synthèse, v. R. Letteron, « Le droit à l'oubli », *RD publ.* 1996, n° 2, p. 394. Pour la première évocation de ce « droit à l'oubli », v. G. Lyon-Caen, note ss TGI Seine, 14 oct. 1965, *JCP* 1966. II. 14482, selon J. Le Clainche, « CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel », *RLDI* 2014, études, n° 107.

²P. Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Point Seuil, rééd. 2013, sur l'analyse duquel E. Langelier, « Les droits controversés revendiqués devant le juge administratif (droit à l'oubli et droit à la mémoire) », Intervention au colloque du CERAP, *Le juge administratif et l'effectivité des droits*, Université Panthéon-Sorbonne, 29-30 oct. 2013, à paraître.

³Civ. 1^{re}, 19 nov. 2014, n° 13-25.156, *Bull. civ.* I, à paraître, *D.* 2015. 850, note F. Dieu ; *RTD civ.* 2015. 101, obs. J. Hauser (v. égal. Caen, 10 sept. 2013, *D.* 2013. 2611, comm. R. Libchaber), au motif que les registres paroissiaux ne sont pas publics et que leur accès est réservé à l'intéressé et aux ministres du culte, soumis à secret.

⁴CNIL, Délib. n° 01-057 du 29 nov. 2001 portant recommandation sur la diffusion des données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

⁵V. réc., CE 11 avr. 2014, *Ligue des droits de l'homme*, req. n° 360759, *JCP* 2014, n° 486 ; *AJDA* 2014, n° 15, p. 823, obs. D. Poupeau ; *Gaz. Pal.* 15 mai 2014, n° 135, p. 29 ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2014, n° 142, p. 17, chron. M. Guyomar ; *Gaz. Pal.* 31 mai 2014, n° 151, p. 11, obs. B. Sellier.

⁶Sur lequel, par ex., A. Marais, « Le droit à l'oubli numérique », in *La communication numérique, Un droit, des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 63.

⁷CJUE 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Espanola de Proteccion de Datos e. a.*, aff. C-131/12, *JCP E* 2014, n° 1326, note M. Griguer ; *ibid.* n° 1327, note G. Busseuil ; *JCP* 2014, n° 768, note L. Marino ; *D.* 2014. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld (responsable de traitement) et 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld (droit à l'oubli) ; *CCE* 2014/7. Étude 13, A. Debet ; *RLDI* 2014, n° 106, Dossier spécial et n° 107, spéc. D. Forrest et J. Le Clainche ; *RLDI* 2014, n° 109, obs. R. Perray et P. Salen ; *D.* 2014. Pan. 2324, obs. P. Tréfigny ; *AJDA* 2014. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *AJCT* 2014. 502, obs. O. Tambou ; *RTD eur.* 2014. 283, édito. J.-P. Jacqué ; *Constitutions* 2014. 218 s., chron. D. de Bellecize.

Il constitue, en premier lieu, une intensification de la reconnaissance de l'« autonomie informationnelle⁸ » de chacun sur ses traces numériques, à la hauteur de l'accroissement exponentiel des captations dont nous sommes tous les objets. Il faut en effet considérer l'évolution sociale majeure qui s'est produite : quand le texte fondateur du régime des questions numériques — la loi dite « Informatique et libertés » — fut voté en France, le 6 janvier 1978, il n'existait que trois fichiers et l'identité se construisait hors du numérique⁹ ; depuis les années 1990 — c'est-à-dire depuis le développement de l'internet grand public —, et encore davantage depuis le Web 2.0 — c'est-à-dire l'internet alimenté par des contenus générés par les utilisateurs —, les individus construisent une partie de leur identité en ligne et subissent également, à leur insu, des captations de données incomparablement plus nombreuses qu'avant (que ces captations soient le fait d'opérateurs privés ou publics). À l'avenir, par ailleurs, toute notre vie sera traçable numériquement car l'ensemble de nos objets du quotidien seront connectés : l'exposition sera totalisante car on n'ignorera plus rien de chacun d'entre nous lorsque nos frigos, connectés, commanderont les courses de l'ensemble de la famille ou lorsque les montres, connectées toujours, seront/sont (car c'est déjà le cas) capables de transmettre à des tiers toutes nos données de santé, de sports, de sommeil, etc. Les temps, nous le comprenons tous, ont changé et la nécessité d'avoir des droits relatifs au contrôle et à la disparition de ses données doit être reliée à cette exposition exponentielle¹⁰.

En deuxième lieu, il faut également compter avec un autre changement sociologique majeur, fréquemment résumé sous l'appellation de *Privacy Paradox* : il s'agit par là de faire référence à la propension de certaines générations, celles que l'on nomme les *digital natives*, à vivre par et dans l'exposition de soi, dans l'« extimité » comme l'appelle Serge Tisseron ; à s'exposer volontairement et incessamment, tout en voulant gommer *a posteriori* certaines conséquences de cette exposition. Il faut préciser, pour bien comprendre les enjeux, l'ampleur de cette exposition. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer l'identité numérique gérée de celle qui

⁸Cette autonomie a été reconnue pour la première fois par la Cour constitutionnelle fédérale de l'Allemagne, le 15 déc. 1983 en tant que droit fondamental, relativement à une loi sur le recensement, v. Bundesverfassungsgerichtshof, 15 déc. 1983, BVerfGE 65, 1 : le principe fut déduit des articles 1^{er} (dignité de l'homme) et 2 (droit au libre développement de sa personnalité) de la Loi fondamentale et implique que « la Constitution garantit en principe la capacité de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel ». V., Y. Pouillet et A. Rouvroy, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in K. Benyekhlef & P. Trudel (dir.), *État de droit et virtualité*, Montréal, Thémis, 2009.

⁹Pour ces synthèses, v. P. Aigrain, « L'individu et la société à l'âge du numérique », sept. 2014, disponible à l'adresse suivante : http://paigrain.debatpublic.net/?page_id=57

¹⁰P. Aigrain, art. préc.

ne l'est pas¹¹. La première renvoie à des traces volontairement laissées et, partant, à une exposition de soi qui n'est pas vécue comme une contrainte ; elle ne peut donc pas s'accompagner uniquement d'un modèle de droit défensif, tel que le droit au respect de la vie privée, par exemple¹². La protection des traces, en tant qu'instrument de relations sociales, doit en conséquence intégrer la mise en capacité de chacun d'en décider les utilisations, dans une approche positive et offensive. Témoigne d'ailleurs de cette demande le développement des outils de promotion de soi, à savoir de ceux qui permettent la construction de son *e-reputation*, par exemple, ou le phénomène de « *personal branding* » sur les réseaux sociaux (s'y exposer le plus avantageusement possible, en faisant état d'un maximum de relations valorisantes). Dans les hypothèses de captations à l'insu de la personne, le droit défensif retrouve son empire.

Enfin, en troisième lieu, ce droit à « l'oubli numérique » s'inscrit comme une réaction à une donnée technique tout à fait spécifique : le numérique n'a pas d'oubli naturel ; il retient tout. Face à ces constats, qu'a exactement intronisé la CJUE, dans sa décision dite *Google Spain* du 13 mai 2014 sur laquelle nous reviendrons abondamment et que nous avons choisi de traiter en priorité du fait de son actualité et de son rayonnement ? Elle a retenu un droit à déréférencement, c'est-à-dire une prérogative qui permet à une personne de faire supprimer des listes de résultats des moteurs de recherche (en l'espèce Google) certaines de ses données personnelles dès lors que celles-ci peuvent être qualifiées de non pertinentes, d'inadéquates ou d'obsolètes. C'est donc une prérogative qui concerne le message, la visibilité, l'accessibilité à une information personnelle ; elle ne s'adresse pas aux divers sites éditeurs où est l'information première (en l'occurrence une page du célèbre journal espagnol, *La Vanguardia*, sur laquelle était relatée, à la demande impérative du ministère du Travail espagnol, une saisie des biens de la personne concernée pour non-paiement de dettes de sécurité sociale, ce douze ans avant). Il faut donc parler d'un droit à une moindre visibilité, non à un oubli total¹³.

4. – Qu'entend-on par identité ensuite ?

¹¹D. Forrest, « L'identité numérique : un concept introuvable », *Expertise* avr. 2011, p. 135.

¹²S. D. Warren et L. D. Brandeis, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review* 15 déc. 1890, vol. IV, n° 5.

¹³On discute aujourd'hui, également, d'un autre droit à l'oubli que nous laisserons de côté ici : il s'agit de l'oubli nécessaire des navigations ou recherches effectuées. Une recherche sur un moteur comme Google, par exemple, ne donne pas les mêmes résultats en fonction des personnes car l'algorithme ne prend pas en considération que le mot-clé et les résultats (selon divers critères de pertinence) mais également le profil de l'internaute établi à partir des précédents mots-clés qu'il a utilisés, voire de l'ensemble de ses données collectées dans le « silo » Google (à savoir les entreprises qui lui sont reliées et qui se partagent les données, comme YouTube, Google, Google +, etc.).

On peut tout d'abord saisir l'identité de la façon dont l'avait très justement définie Daniel Gutmann, c'est-à-dire en la différenciant de l'identification de la police civile et de l'état civil imposé par l'État : elle est un choix de ce qu'on entend voiler et dévoiler à autrui¹⁴. L'identité, dans cette acception, renvoie à celle vécue et à la revendication que cette dernière corresponde à celle socialement affichée. On sait également que l'on doit la comprendre en relation avec la jurisprudence offensive de la Cour européenne des droits de l'homme développée sur le fondement de l'article 8, comme une identité vécue, dont les éléments doivent correspondre à ce que la personne ressent d'elle-même¹⁵, à nouveau.

Mais ensuite, si l'on veut saisir la dimension « numérique » de l'identité — ce que d'aucuns nomment le « double numérique¹⁶ » —, il faut constater que celle-ci se compose de plusieurs strates d'éléments, très différents de ceux de l'état civil traditionnel.

On y distingue tout d'abord le soi de passage ou de navigation¹⁷ : il est composé des traces inconsciemment laissées sur le réseau et captées par les opérateurs, publics ou privés (les navigations de site en site captées par des cookies ; les mots-clés entrés pour procéder à une recherche, etc.) ; il dessine une personnalité déformée, saisie selon les finalités et les algorithmes d'analyses répondant aux besoins des opérateurs qui assurent leur traitement¹⁸.

On identifie par ailleurs le soi d'expression ou de contenus : il manifeste une exposition de soi volontaire, ce que l'on veut donner à voir, que l'on maîtrise et que l'on exprime, par exemple par le biais de blogs, d'une intervention sur un forum de discussions ou au travers de profils sur les réseaux sociaux¹⁹.

5. – Au vu de ces éléments, la construction de soi par la maîtrise de son identité numérique revient donc à l'idée de contrôler l'ensemble de ses traces et de décider de l'image que l'on

¹⁴D. Gutmann, *Le sentiment d'identité*, préf. F. Terré, LGDJ, 2000 ; A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Mél. M. Gobert*, Economica, 2004, p. 247.

¹⁵ CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c/ RU*, RTD civ. 2002. 862, obs. J.-P. Marguénaud, *Dr. fam.* 2002, comm. 133, obs. A. Gouttenoire, RTDH 2003. 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann, *D.* 2003. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère.

¹⁶M. Arnaud, B. Juanals et J. Perriault, « Les identifiants numériques humains : éléments pour un débat public », in F. Massit-Folléa et R. Delmas (dir.), *La gouvernance d'Internet*, dossier spécial, *Les Cahiers du numérique* 2002, vol. 3, n° 2.

¹⁷Les expressions sont de A. A. Casilli et ont été émises à l'oral. On peut néanmoins lire avec profit, de cet auteur : « Contre l'hypothèse de la "fin de la vie privée" », *Revue française des sciences de l'information et de la communication* 2013, n° 3.

¹⁸V. *infra*.

¹⁹A. A. Casilli, préc., ajoute également « le soi de travail » ou « *digital labor* ».

renvoie aux autres²⁰. Le droit à l'oubli, ou plus exactement à déréférencement, constitue quant à lui son versant dynamique, temporel, c'est-à-dire une possibilité de maîtriser dans le temps cette image renvoyée, par effacement de ce qui ne correspond plus à l'identité actuelle vécue. Il n'en demeure pas moins que cette revendication individuelle se heurte à plusieurs enjeux collectifs (outre que, nous l'avons vu, elle n'est pas facile à articuler individuellement avec le *Privacy Paradox*) : elle entre en conflit avec les libertés d'expression et d'information (voire de commerce quand l'opérateur tire profit de ces expositions) ; elle dérange les impératifs de préservation d'une mémoire collective, d'une histoire partagée et d'archives complètes. Dans quelle mesure, en conséquence, doit-on admettre que, au nom d'une subjectivation des éléments d'information concernant chacun d'entre nous, c'est-à-dire d'un droit subjectif et individuel « à l'oubli », les individus puissent demander une reconstruction de l'information, de l'histoire et des archives ? Quel est l'équilibre à instituer entre cette construction de soi dans le temps et ces enjeux collectifs ? La recherche d'une réponse, délicate, implique de débiter par une analyse des spécificités de « l'oubli numérique », en tant que réaction à une double distorsion de l'identité (1). C'est d'ailleurs à une telle analyse que la Cour de justice s'est parfaitement livrée dans sa décision inaugurale évoquée. L'articulation à opérer conduit, sur ces bases, à poser des limites au droit reconnu, ce qui permet d'expliquer qu'il soit davantage un droit à déréférencement, limité quant à ses domaines et débiteurs, qu'un véritable droit à l'oubli (2).

I. Le droit à « l'oubli numérique » comme réaction à une double distorsion de l'identité

6. – La Cour de justice de l'Union européenne a, le 13 mai 2014, intronisé ce fameux droit à l'oubli, ou plus exactement à déréférencement. Pour ce faire, elle a parfaitement considéré les spécificités de « l'oubli numérique », au sens d'une réaction à une inversion des rapports de la mémoire et de l'oubli (A), ainsi qu'à des manipulations de l'identité numérique de chacun (B).

A. Le droit à « l'oubli numérique » comme réaction aux distorsions de la mémoire

²⁰Cette préoccupation de contrôle de ses données augmente chez les internautes : la CNIL, dans son Rapport d'activité pour 2013, relevait ainsi une hausse des plaintes, sur le fondement du droit d'opposition ouvert par la loi « Informatique et libertés » (c'est-à-dire de s'opposer au traitement de ses données) et l'expliquait par la volonté croissante de contrôler son e-réputation, v. CNIL, *Rapport pour l'année 2013*, p. 46.

7. – Les spécificités de la mémoire numérique tiennent en une inversion du rapport entre mémoire et oubli.

D'un côté, le numérique marque la fin de l'oubli « naturel » : internet n'oublie rien, contrairement à la mémoire humaine. On utilise d'ailleurs souvent, à son égard, la métaphore de l'éléphant pour signifier qu'il n'existe plus, avec le Net, d'oubli d'informations. Il faut donc décider l'oubli, plus fermement que dans les manifestations antérieures.

D'un autre côté, l'oubli a d'autant moins cours que les opérateurs, privés comme publics, ont mis en place divers systèmes de traçabilité des individus à très grande échelle : tous nos pans de vie sont aujourd'hui concernés, « hors de toute négociation » de ces captations²¹.

En conséquence, comme le montre très bien Louise Merzeau, une sociologue qui travaille précisément sur la notion d'identité numérique, il s'est produit une inversion d'un « rapport séculaire entre mémoire et oubli » : « La documentation intégrale des identités prive les individus comme les collectifs d'une fonction essentielle : celle d'organiser le mémorable. L'enregistrement s'effectuant par défaut, c'est désormais l'effacement des traces et non leur conservation qui exige volontarisme, dépense et savoir-faire. Après avoir réclamé un devoir de mémoire, les sociétés modernes se préoccupent donc aujourd'hui d'un droit à l'oubli²². »

8. – Pour réagir à cette évolution et organiser cette perte de mémoire, le droit positif n'était pas complètement démuné, ce même avant la décision de 2014. Il est vrai, néanmoins, que la directive originelle 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 » ainsi que la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978 (plusieurs fois remaniée) ne définissaient pas de prérogative connue sous l'appellation de « droit à l'oubli²³ ». Mais, celle-ci n'en avait pas moins été extrapolée par les juges, à partir de quatre fondements présents dans les textes évoqués : les principes de proportionnalité dans le traitement des données, selon lequel on ne doit traiter que des données strictement nécessaires à la finalité du traitement (Art. 6, c de la directive européenne et 6, 2° de la loi française) ; le principe de proportionnalité dans la durée de conservation des données, imposant que cette durée soit

²¹L. Merzeau, « L'intelligence des traces », *Intellectica* 2013/1, n° 59 : « La première forme d'expropriation, on l'a vu, ce sont les rétentions non anticipées et non désirées que les firmes pratiquent hors de toute négociation. La traçabilité numérique contredit alors le fonctionnement de la mémoire, dont Halbwachs a montré qu'elle a besoin de plasticité : mémoriser, c'est défigurer ses souvenirs en fonction de son histoire, de ses croyances, de son milieu. »

²²L. Merzeau, art. préc. On notera que la préoccupation était déjà présente en 1977, lors des discussions de la loi « Informatique et libertés », v. J. Thyraud, « Informatique et mémoire », Rapp. n° 72, Commission des lois du Sénat.

²³V. par ex. A. Lepage, « "Droit à l'oubli" : sanction de la CNIL », *CCE* 2011, comm. 115.

adaptée à la finalité du traitement, l'écoulement du temps faisant perdre sa légitimité au traitement (Art. 6, c de la directive et 6, 5° de la loi française²⁴) ; le droit de rectification d'un traitement illicite (Art. 12 de la directive et 40 de la loi française²⁵) ; le droit de s'opposer, pour un « motif légitime », à un traitement de ses données personnelles (Art. 14 de la directive et 38 de la loi française).

9. – D'autres fondements, plus généraux, ont par ailleurs été utilisés en jurisprudence, parmi lesquels le droit au respect de la vie privée, le droit de la presse²⁶ ou encore la responsabilité spéciale du commerce électronique²⁷. Les juges judiciaires français ont ainsi déjà ordonné divers déréférencements, à l'encontre d'éditeurs de journaux ou de moteurs de recherche (Google principalement) : en 2009, ils l'ont fait à la demande d'un administrateur de société se plaignant que des articles de journaux, apparaissant lors de recherches sur des moteurs à partir de son nom, mentionnent l'existence de sanctions prononcées contre lui par la COB alors que deux décisions en justice l'avaient ensuite disculpé²⁸ ; en 2012, ils ont fait droit à la demande d'une actrice de films pornographiques, qui avait abandonné cette activité et ne souhaitait pas qu'il puisse y être renvoyé, lors de recherches à partir de son nom sur un moteur toujours²⁹. On notera cependant que les juges se montrent plus circonspects à l'égard des éditeurs, c'est-à-dire des sites « sources » d'informations (ou à l'égard des

²⁴La règle implique de prévoir la destruction du traitement, des données ou encore d'en vérifier régulièrement la durée de validité ainsi que la nécessité. V. par ex. R. Perray, « Informatique. – Données à caractère personnel. – Conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel », *J.-Cl. Adm.*, fasc. 274-20, spéc. n° 42 s., qui souligne qu'il est difficile, en pratique, de déterminer cette durée adéquate. Il faut également prendre garde que la loi prévoit des exceptions, not. pour des données conservées « en vue d'être traitées à des fins historiques, statistiques ou scientifiques » (Art. 36, al. 1^{er}), après avoir fait l'objet d'une sélection (C. patr., art. L. 212-4), v. F. Banat-Berger, « Archives et protection des données personnelles », *RLDI* juill. 2013. 3175.

²⁵Art. 40 : « Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite. »

²⁶L. 29 juill. 1881, art. 29 s., prohibant l'injure ou la diffamation.

²⁷Art. 6, I, Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

²⁸TGI Paris, 25 juin 2009, n° 0955437, *Légipresse* 2009/3, n° 2666, p. 215, note N. Mallet-Poujol, qui refuse plus précisément d'ordonner en référé la suppression de l'article par respect pour la liberté d'expression, mais demande au journal de solliciter de Google la désindexation des deux articles litigieux ; il exige également que, lors de la consultation de ces articles, un texte soit joint *via* un lien, indiquant que deux décisions reconnaissant son innocence ont été rendues par la suite.

²⁹TGI Montpellier, ord. réf., 28 oct. 2010, *Mme C. c/ Google France et Google Inc.*, sur le fondement du respect de la vie privée et du droit d'opposition de l'article 38 de la loi du 6 janv. 1978 : *RLDI* 2011. Actu. 2317, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2011, comm. 47, obs. critiques A. Lepage ; TGI Paris, réf., 15 févr. 2012, *Diana Z. c/ Google* (action contre le moteur de recherche) : *RLDI* 2012. Actu. 2719, obs. M. Trézéguet ; *CCE* 2012, comm. 54, A. Lepage, sur le fondement de l'article 6, I, 2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et après identification d'un trouble manifeste dans le respect du droit à sa vie privée. V. égal. les problèmes soulevés par Google Suggest, la fonction de Google proposant, lors d'une recherche par mots-clés, différents mots associés, T. com., 28 janv. 2014, *M. X c/ Sté Google Inc. et a.*, *RLDI* 2014. 103.

documentaristes) et ont pu dénier « toute reconnaissance légale » d'un droit à l'oubli et/ou faire inversement prévaloir « le droit du public à l'information » dans ce contexte³⁰.

Il est évident que l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, en consacrant cette prérogative sur les fondements mêlés des articles 12 et 14 de la directive de 1995 et en convoquant de surcroît les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (droits au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles), a ouvert plus grand cette voie et a élevé le droit reconnu au rang de fondamental. Aujourd'hui, il arrive aux juges français d'invoquer directement cette décision pour ordonner à Google des déréférencements³¹.

B. Le droit à « l'oubli numérique » comme réaction aux distorsions de l'identité

10. – Dans l'univers numérique actuel par ailleurs, au côté de la mémoire et de l'oubli, l'identité se trouve également distordue : les divers traitements subis par les données relatives à chacun, et notamment ceux que mènent les moteurs de recherche³², dessinent des personnes qui ne nous ressemblent pas toujours. C'est sur le fondement d'une analyse juste de cette distorsion que la Cour de justice a légitimement reconnu que chaque personne concernée pouvait revendiquer des suppressions de données la concernant si celles-ci ne lui semblaient pas ou plus en adéquation avec son identité actuelle³³.

Quels furent précisément ses constats³⁴ ? Ainsi que le retrace la Cour, les moteurs de recherche endossent deux rôles spécifiques, qui rendent les traitements auxquels ces opérateurs procèdent autonomes par rapport à celui des sites éditeurs, « sources » (celui du journal, par

³⁰Paris, 26 févr. 2014, RG n° 2013-01241, à propos d'une action menée directement contre le réalisateur et le producteur d'un documentaire ; égal. Paris, 26 févr. 2014, RG n° 2012-14813, à l'égard d'un journal reprenant une décision de justice ; Paris, 28 mai 2014, RG n° 2012-19857.

³¹Not. TGI Paris, réf., 16 sept. 2014, *M. et Mme X et M. Y c/ Google France*, *Legalis* 24 sept. 2014 (mais les propos en question avaient été jugés diffamatoires donc l'équilibre des intérêts était plus aisé à trouver) ; égal. TGI Paris, réf., 19 déc. 2014, préc.

³²De façon générale, sur ces derniers dans leur rapport aux données, v. Groupe de travail « Article 29 » (G29), avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, 4 avr. 2008, p. 15-16 ; J. Le Clainche, « Les moteurs à la recherche d'un statut juridique », *Légipresse* 2011, n° 284, p. 368.

³³*Contra*, estimant que les risques d'atteintes à la liberté d'expression qui en résultent sont bien trop importants, v. La Quadrature du Net et Reporters sans frontières, *Recommandations sur le droit à l'oubli*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.laquadrature.net/fr/recommandations-sur-le-droit-a-l-oubli-par-la-quadrature-du-net-et-reporters-sans-frontieres>

³⁴Pour des précisions plus poussées et exhaustives, que l'on se permet ici de ne pas donner, v. par ex. J. Le Clainche, « CJUE : le droit à l'oubli n'est pas inconditionnel », *RLDI* 2014, n° 107 ; R. Perray et P. Salen, « La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit "à l'oubli numérique" : une fausse innovation, de vraies questions », *RLDI* 2014, n° 109.

exemple, dans l'affaire *Google Spain*³⁵) : le moteur restructure, selon des impératifs qui lui sont propres, l'identité des personnes concernées par les résultats de recherche qu'il livre ; il amplifie l'écho donné à cette restructuration³⁶.

D'une part en effet, au titre de la restructuration spécifique de l'identité des personnes, il faut bien réaliser qu'un moteur de recherche change véritablement l'information qui concerne ceux qu'il expose : en réponse à la requête d'un internaute, cet acteur offre, au fil d'une liste de résultats (composée de la formulation de liens, d'extraits des sites de destination repris sous les liens cliquables, de légendes sous des vignettes photographiques, etc.), un « aperçu structuré » des données concernant une personne, à partir duquel le requérant pourra établir un profil plus ou moins détaillé de l'individu à qui il s'intéresse. L'information présente sur la page de résultats permet donc à l'internaute de reconstituer une somme de renseignements agrégés et hiérarchisés qui contribuent à créer une représentation particulière de l'identité numérique de la personne ciblée, ceci indépendamment de l'activation effective des liens proposés. C'est en cela — du fait de cette juxtaposition d'informations qui composent les résultats de recherche et du profilage réalisé qui recontextualise les données — que la Cour de justice a considéré qu'un moteur de recherche réalisait un traitement autonome de données, avec des moyens et selon des finalités propres. En outre, la puissance de ces rapprochements confère à l'agrégation de données à caractère personnel une potentialité de révélation de la personne bien plus grande que la navigation laborieuse au sein des différents sites sources. Ce que dévoile le moteur sur ses propres pages est ainsi sans commune mesure avec ce qui se dégage, de manière disséminée, sur les pages des sites répertoriés.

D'autre part, l'écho de ce dévoilement revêt également une mesure propre, considérable : au titre de l'amplification cette fois — ce qu'a également reconnu la Cour de façon juste à notre sens —, il n'est pas niable que les moteurs sont non seulement des facilitateurs d'accès à l'information, mais qu'ils diffusent aussi cette dernière bien au-delà des sites sources. Comme l'a précisé la Cour, la diffusion par le moteur de recherche joue « un rôle décisif dans la diffusion globale desdites données en ce qu'elle rend celles-ci accessibles à tout internaute effectuant une recherche à partir du nom de la personne concernée, y compris aux internautes qui, autrement, n'auraient pas trouvé la page web sur laquelle ces mêmes données sont publiées³⁷ » : elle permet « de faciliter » aux utilisateurs l'accès aux informations publiées sur

³⁵Le constat de cette autonomie ne fait cependant pas consensus, v., pour une synthèse des arguments *contra* les concl. de l'avocat général M. Niilo Jääskinen, concl. du 25 juin 2013, not. § 80 s.

³⁶Ces analyses ont été menées et partagées dans V.-L. Benabou et J. Rochfeld, note préc. sous CJUE, 13 mai 2014, *D.* 2014. 1476.

³⁷CJUE 13 mai 2014, préc., pt 36.

internet³⁸ ; plus avant, les moteurs amplifient de façon non neutre la visibilité des données. C'est en cela que la diffusion qu'ils réalisent « est susceptible de constituer une ingérence plus importante dans le droit fondamental au respect de la vie privée de la personne concernée que la publication par l'éditeur de cette page web³⁹ ». La Cour a donc admis que les moteurs de recherche puissent être saisis comme des responsables de traitement de données autonomes⁴⁰ et a légitimement distingué l'appréciation à mener de l'équilibre entre droits individuels à « l'oubli » et impératifs collectifs selon que celle-ci s'effectuait à l'égard de leur activité ou de celle d'un éditeur de contenu (un journal par exemple) : la légitimité du traitement de l'information n'est pas identique (l'éditeur peut avoir un intérêt plus fort, journalistique par exemple) ; les répercussions sur la vie privée sont décuplées par l'activité du moteur de recherche⁴¹. Les moteurs de recherche ont ainsi été reconnus comme des *tam-tam* de l'ère numérique et comme des amplificateurs de l'écho renvoyé par les données à caractère personnel⁴².

En définitive, ce que montre très bien l'analyse menée par la Cour de justice de l'activité du moteur de recherche, c'est que non seulement l'identité laissée sur la toile ne résume pas l'identité complète d'un individu, mais qu'elle peut en outre être déformée au nom des finalités de l'opérateur qui en organise l'affichage (par les algorithmes qu'il met en place). L'identité travaillée *via* Google (ou d'autres moteurs de recherche) — selon les algorithmes qu'il estime pertinents, selon ce qu'il choisit de privilégier en tête de liste des résultats de recherche, selon les critères qu'il prend en compte, en partie issus de son analyse de l'utilisateur — fait ressortir de chacun de nous une identité numérique spécifique, déformée dans le présent et faisant éventuellement remonter en priorité des informations anciennes qu'un oubli plus naturel aurait dû enfouir. C'est à cette double distorsion que la consécration d'un droit à « l'oubli » a réagi. Il n'en demeure pas moins que, du fait de ces prémisses, la prérogative reconnue se trouve limitée.

³⁸*Ibid.*, pt 37.

³⁹*Ibid.*, pt 87.

⁴⁰Déjà, à titre d'esquisse, CJUE 6 nov. 2003, *Lindqvist*, aff. C-101/01, pt 25 : « L'opération consistant à faire référence, sur une page internet, à diverses personnes et à les identifier soit par leur nom, soit par d'autres moyens » constitue un « "traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie", au sens de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la [directive] », v. les observations de C. de Terwangne, *RDTI* 2004, n° 19, p. 67.

⁴¹CJUE 13 mai 2014, préc., pt 86. *Contra*, La Quadrature du Net et Reporters sans frontières, préc.

⁴²L'expression est de V.-L. Benabou, note précit, n° 6.

II. Les limites du droit à « l'oubli numérique » comme instrument de reconstruction de son identité

11. – Certes, le droit à « l'oubli numérique » a été massivement utilisé par les citoyens européens, en particulier par les internautes français. Les chiffres livrés récemment par Google sont éloquentes : depuis la mise en œuvre d'un formulaire de demande de déréférencement, c'est-à-dire depuis le 29 mai 2014, il y a eu 250 000 demandes de retrait, visant plus d'un million de liens indexés par Google ; les demandes sont venues majoritairement de France, ensuite d'Allemagne, d'Italie, d'Espagne et du Royaume-Uni. En France, plus précisément, 52 000 demandes ont été formulées, visant 174 311 liens. Sur les demandes traitées en Europe, 58 % ont débouché sur un maintien de l'information incriminée ; 52 % en France⁴³. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de justice a rapidement pénétré les raisonnements nationaux, comme l'a montré la première décision d'un tribunal français, le tribunal de grande instance de Paris, rendue le 19 décembre 2014 : elle a sanctionné Google pour un refus de déréférencement d'une information qu'une internaute jugeait gênante pour sa recherche d'emploi⁴⁴.

Pour autant, le dispositif mis en place, parce qu'il se fonde sur les constats précédemment évoqués et tend à un difficile équilibre entre droits individuels et protection d'intérêts collectifs, présente deux types de limites pour la reconstruction de l'identité des personnes concernées : cette reconstruction est limitée relativement à son domaine, c'est-à-dire quant aux informations susceptibles d'être visées par une demande de déréférencement (A) ; elle l'est du fait des débiteurs privilégiés de ce droit, cette prérogative ne saisissant que la visibilité des informations (B).

A. Les limites relatives aux informations visées

12. – Au vu des critères d'appréciation posés par la juridiction européenne, dans sa décision du 13 mai 2014 :

– les demandes de reconstruction devront s'évaluer à la suite d'une analyse **au cas par cas** et d'une **balance des intérêts** en présence, à savoir notamment des nécessités de l'information du public et de la protection des droits fondamentaux de l'intéressé, étant précisé que les droits de la personne concernée protégés par les articles 7 et 8 de la Charte des droits

⁴³ « Comment Google applique le “droit à l'oubli” en Europe », *Le Monde* 14 mai 2015. On notera également que les sites les plus concernés par les demandes de retraits au titre du droit à l'oubli sont Facebook, YouTube et Badoo.

⁴⁴TGI Paris, réf., 19 déc. 2014, *RLDI* févr. 2015, n° 3676, faisant application des critères.

fondamentaux doivent prévaloir de façon générale⁴⁵ (mais que, pour des raisons journalistiques notamment, cette préférence peut se trouver nuancée) ;

– ces demandes n’auront de chance de prospérer que face à des « données **inexactes** », « **inadéquates, non pertinentes** ou **excessives** au regard des finalités du traitement » ou encore **non** « **mises à jour** » ou « **conservées pendant une durée excessive** », c’est-à-dire en face d’inadéquations que l’on peut qualifier de matérielles et/ou de temporelles ;

– même dans ces cas, il faudra tenir compte des limites tenant en ce que « leur conservation s’impose à des fins historiques, statistiques ou scientifiques » ;

– *in fine*, **trois principaux** critères devront présider à l’articulation des différents droits : le **caractère public de la personne** ; **l’intérêt de l’information du point de vue de l’intérêt général** ; **les répercussions sur la vie privée de la personne concernée**⁴⁶.

Dans l’espèce soumise à l’analyse de la Cour de justice, et pour donner un exemple concret de cette appréciation, il fut jugé que, « eu égard à la sensibilité des informations contenues dans ces annonces pour la vie privée de ladite personne et au fait que leur publication initiale avait été effectuée seize ans auparavant, la personne concernée justifi[ait] d’un droit à ce que ces informations ne soient plus liées à son nom au moyen d’une telle liste », d’autant qu’il ne semblait « pas exister [...] de raisons particulières justifiant un intérêt prépondérant du public à avoir, dans le cadre d’une telle recherche, accès à ces informations⁴⁷ ».

13. – L’imprécision des critères a immédiatement été critiquée. L’opprobre nous semble un peu fort : outre que le groupe des autorités européennes⁴⁸ ainsi que les autorités nationales de contrôle — dont la CNIL⁴⁹ — ont livré des grilles d’interprétation, ces arbitrages ne sont pas inconnus du contentieux de la vie privée, que ce soit devant les juges nationaux ou devant la

⁴⁵CJUE 13 mai 2014, préc., pt 97.

⁴⁶*Ibid.*, pt 81. Pour plus de précisions sur l’ensemble de ces critères, ainsi que pour leurs appréciations, v. les commentaires cités *supra*, en note n° 7.

⁴⁷CJUE 13 mai 2014, préc., pt 98.

⁴⁸G29, « 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 González” c-131/12 », 26 nov. 2014, disponible à l’adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf

⁴⁹CNIL, « Droit au déréférencement : les critères communs pour l’examen des plaintes », nov. 2014, disponible à l’adresse suivante : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_libertes/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf : l’Autorité dégage 13 critères, selon que la personne concernée est physique ou non et, pour la première catégorie, qu’elle est publique, mineur ; que les données livrées sont exactes, pertinentes (ou inversement diffamatoires, injurieuses, etc.), actualisées ; qu’elles ont été rendues publiques par la personne elle-même ou non, *a fortiori* dans un cadre journalistique ou relativement à une infraction pénale.

Cour EDH⁵⁰. On sait déjà y faire cohabiter les intérêts collectifs de l'information ou de la mémoire collective, d'un côté, et les intérêts individuels à la protection de la vie privée, de l'autre⁵¹. S'il était avéré qu'on ne le sache pas, ou qu'il faille contester les arbitrages effectués, la critique vaudrait donc pour l'ensemble du contentieux de la vie privée, à la source duquel les critères utilisés ont été puisés. En l'état, la critique générale peut donc paraître excessive et partielle.

14. – Elle redevient très pertinente, en revanche, lorsqu'on la met en relation avec la seconde critique, promptement apparue aussi à l'égard de la décision européenne. Quant à la mise en œuvre du droit reconnu et à l'appréciation des données devant être retirées, en effet, l'arrêt porte une délégation critiquable aux opérateurs privés (Google en l'occurrence, ou tout autre moteur de recherche par la suite⁵²). Ces opérateurs, parties prenantes nous l'avons vu, deviennent les juges des reconstructions admises de l'identité. Acteurs privés, ils sont institués arbitres de l'information légitime et de la suite à réserver aux demandes de retrait : quand bien même les données incriminées ne sont pas évidemment illicites, ils doivent en apprécier la pertinence au regard des critères énoncés. Ils le doivent alors même que le Conseil constitutionnel français, par exemple, à l'égard de la loi du 21 juin 2004 dite « confiance en l'économie numérique » et de l'obligation de prompt retrait qu'elle instituait relativement aux contenus pouvant paraître critiquables (Art. 6), a bien précisé que seuls des contenus « manifestement illicites » peuvent faire l'objet de retrait de la part d'opérateurs privés⁵³. Il semble donc particulièrement grave, alors que sont impliquées les libertés d'expression, d'information, ainsi que les protections de la vie privée et des données, de laisser l'arbitrage de critères flous à de tels acteurs. Cela peut l'apparaître d'autant plus que, comme nous l'avons mentionné, ces derniers peuvent avoir des intérêts non neutres à l'exposition d'un individu : une information croustillante sur la vie privée d'une personne

⁵⁰Par ex., CEDH 14 juin 2005, *Minelli c/ Suisse*, n° 14991/02, prenant en compte le caractère public de la personne concernée par une violation de sa vie privée ; CEDH 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, req. n° 59320/00, concevant largement l'intérêt du public à l'information en face d'une personnalité publique.

⁵¹*Contra*, déplorant le grand risque d'atteinte à la liberté d'expression, La Quadrature du Net et Reporters sans frontières, *Recommandations sur le droit à l'oubli*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.laquadrature.net/fr/recommandations-sur-le-droit-a-l-oubli-par-la-quadrature-du-net-et-reporters-sans-frontieres>

⁵²Dans le même sens, v. par ex., A. Debet, « Google Spain : Droit à l'oubli ou oubli du droit ? », *CCE* 2014. Étude 13, *in fine* ; J. Le Clainche, art. préc., II, A, 2) ; O. Pignatari, « Droit à l'oubli : la CJUE n'oublie pas les internautes », *RLDI* 2014. 107.

⁵³Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, *JO* 22 juin 2004, p. 11182 ; sur la même idée, v. J. Le Clainche, art. préc., II, A, 2).

publique est par exemple à même de générer plus d'audience que beaucoup d'informations plus respectueuses.

15. – Certes, on pourrait se rassurer en considérant la possibilité, pour l'autorité de contrôle nationale de protection des données ou l'autorité judiciaire, de se prononcer dans un second temps : un internaute mécontent d'un refus de retrait peut toujours s'adresser l'autorité ou au juge pour contester la décision du moteur⁵⁴. Le rappel est d'autant plus à faire que plus de la moitié des demandes débouche sur un refus de déréférencement. Le contentieux de ces décisions de refus a d'ailleurs débuté, avec l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris, du 19 décembre 2014, que nous avons évoquée précédemment⁵⁵, ainsi qu'avec une centaine de demandes de contrôle formulées auprès de la CNIL. Néanmoins, au vu des intérêts en jeu, on peut augurer que peu d'internautes mèneront ce type de procès et que seront en conséquence entérinées les appréciations des opérateurs privés.

B. Les limites relatives aux débiteurs privilégiés

16. – La moindre efficacité de la reconstruction de l'identité numérique ouverte par la décision européenne vient également du fait que la Cour de justice a prioritairement ciblé, comme débiteurs de ce droit à déréférencement et toujours en raison de l'arbitrage délicat à opérer, les moteurs de recherche. Dans l'espèce de mai 2014, les articles litigieux, présents sur les sites « sources », c'est-à-dire sur le site de l'éditeur du journal, *La Vanguardia*, n'ont pas été frappés de retrait : l'autorité espagnole a considéré que la parution était tout à fait légitime au vu des impératifs journalistiques et, de surcroît, de l'obligation faite au journal par le ministère du Travail de faire paraître cette information ; la Cour de justice s'est concentrée sur l'activité du moteur de recherche. C'est la visibilité d'une information, et non sa disparition, qui s'est alors trouvée considérée.

Cela ne veut cependant pas dire que toute donnée personnelle dérangeante, présente sur un site « source », ne pourrait faire l'objet d'un effacement. La jurisprudence nationale est là pour attester qu'un tel retrait a déjà été admis⁵⁶. Pour autant, l'arbitrage est beaucoup plus sévère dans cette hypothèse, qui atteint directement l'information et la mémoire ; il s'exerce davantage en faveur de l'intérêt du public à l'information.

⁵⁴On ne sait pas, pour l'heure, si l'éditeur d'une information qui ferait l'objet d'un déréférencement, lui, le pourrait.

⁵⁵TGI Paris, réf., 19 déc. 2014, préc.

⁵⁶V. *supra*.

C'est pourquoi, lorsque l'on évoque le droit à « l'oubli numérique » qu'aurait consacré la Cour de justice, il faut bien davantage parler d'un droit à « déréférencement » : l'information demeure accessible ; seules sa visibilité et son accessibilité se trouvent touchées par la prérogative. D'ailleurs, l'internaute ou le moteur de recherche n'ont pas à prévenir le site éditeur de la demande de retrait⁵⁷. Le déplacement du centre de gravité de la prérogative se comprend très bien et ne doit rien au hasard : dans un contexte d'« infobésité », le rôle de l'intermédiaire est devenu majeur, aussi bien qu'autonome ; la visibilité de l'information est devenue plus gênante que l'information elle-même. Mais l'efficacité du droit au déréférencement sur une reconstruction totale de l'identité de chacun se nuance en conséquence.

17. – Elle se nuance d'autant plus, actuellement et en outre, qu'un certain nombre de biais permettent de prendre connaissance d'une information déréférencée. Tout d'abord, en réaction à la décision européenne et pour en contrer les effets, de nombreux éditeurs de journaux ont mis en place des mesures de restauration de la visibilité perdue : emmenés par le *Guardian*, ils ont organisé des sites de re-référencement des informations déréférencées sur les moteurs de recherche. De son côté, Google laisse apparaître des messages indiquant que certaines informations ont pu faire l'objet d'un déréférencement, attisant par là la curiosité des lecteurs. Par ailleurs, les informations, même déréférencées en Europe, restent accessibles sur la version américaine ou mondiale du moteur de recherche⁵⁸. Enfin, les informations ne sont véritablement condamnées que si la recherche s'effectue à partir du nom de la personne concernée, et non si l'on parvient à les convoquer par le biais d'une autre donnée⁵⁹.

18. – Au vu de ces limites et en réalité, les véritables solutions de maîtrise de son identité dans le temps pourraient venir d'autres initiatives.

D'un côté, d'aucuns proposent des moyens moins attentatoires à l'information : sur des réseaux dits sociaux diffusant très rapidement les informations, il serait possible à chacun de faire des déclarations faisant état de regrets ou d'évolutions personnelles et rétablissant ainsi l'image qu'il souhaite désormais donner⁶⁰. Plus généralement, il serait temps de former chacun

⁵⁷Pour le débat sur ce point, v. J. Le Clainche, art. préc., II, B, a).

⁵⁸V. sur ce point l'indication du G29 et l'injonction formulée par la CNIL, à l'égard de Google, de rendre son déréférencement mondial (sur toutes ses extensions) : G29, « Guidelines on the implementation... », préc. ; CNIL, Décis. n° 2015-047 du 21 mai 2015 mettant en demeure la société GOOGLE INC.

⁵⁹V., J. Le Clainche, art. préc., I, B, b).

⁶⁰P. Aigrain, Intervention orale au séminaire du Département de droit international privé, IRJS, 8 oct. 2014.

à la « gestion des informations personnelles » qui le concernent afin d'en éviter des disséminations non souhaitées⁶¹.

D'un autre côté, le marché s'est mobilisé et les opérateurs privés ont anticipé un nouveau marché de « l'anonymat », développant des outils d'exposition éphémère de soi, c'est-à-dire contrant dès l'origine la conservation des données. On a ainsi vu surgir des applications d'échanges d'images ou de messages éphémères (qui s'effacent après quelques minutes à partir de la réception) ou anonymes. On a également vu fleurir, à leur égard et malheureusement, des condamnations américaines pour pratiques déloyales... l'éphémère ne l'étant pas du tout dans la réalité et la conservation des données se faisant tout autant qu'avant⁶².

Inversement, des outils de mémoire se développent, c'est-à-dire des sites dédiés à constituer des boîtes de souvenirs (par exemple Memory-life, disparu depuis juin 2014), au titre d'une mémoire choisie cette fois. « Après avoir longtemps ignoré la dimension mémorielle des réseaux, les fournisseurs de services ont perçu cette aspiration à mémoriser et recomposer nos traces au sein d'espaces dédiés », souligne-t-on⁶³.

19. – La matière n'est donc pas figée et le législateur s'en est également emparé : à des titres prospectifs, en Europe comme en France, de nombreuses réflexions sont menées pour tracer les contours de ce droit encore expérimental à « l'oubli numérique » et à la reconstruction de soi.

En Europe, c'est évidemment la proposition de règlement du 25 janvier 2012 (remaniée par le Parlement européen) qui se trouve au centre des débats⁶⁴ : elle contient un article 17, qui s'intitulait dans sa première version « droit à l'oubli » (au moins dans la version française), mais qui n'est plus censé traiter, dans la seconde, que de « l'effacement » des données. Il ne porterait plus qu'une possibilité de sanction du non-respect des obligations d'un traitement légitime (en termes de durée de conservation notamment) et non une prérogative de reconstruction de soi⁶⁵.

⁶¹J. Le Clainche, art. préc., II, B, 2°, b).

⁶²Snapchat a ainsi été condamné sur ce fondement par la *Federal Trade Commission* : FTC, n° 132-3078, 8 mai 2014, *Snapchat inc. Chairwoman E. Ramirez*.

⁶³L. Merzeau, art. préc., précisant que ce passage constitue celui de traces à « souvenirs ».

⁶⁴Proposition du Parlement européen et du Conseil 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, 25 janv. 2012, COM (2012) 11 final.

⁶⁵Pour plus de détails, v. N. Martial-Braz (dir.), *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel : propositions du réseau Trans Europe Expert*, SLC-TEE, vol. 9, 2014, p. 56 s. et p. 422 s.

En France, un précédent secrétariat d'État chargé de la prospective et du développement de l'économie numérique avait cherché à renforcer la mise en œuvre d'un droit à l'oubli et avait proposé aux opérateurs la signature de « chartes du droit à l'oubli numérique⁶⁶ ». Les signataires étaient censés s'engager à mettre en place des dispositifs de révision ou d'effacement des traces (délais de conservation limités, suppression du cache de pages indexées, etc.). Mais ces orientations étaient largement contraires aux modèles économiques en cours et aux nécessités actuelles de l'analyse de données à grande échelle (le *Big Data*), de sorte que Google et Facebook ne s'y étaient pas engagés et que l'initiative n'avait pas été couronnée de succès. Par ailleurs, la loi numérique en préparation, ne pouvant empiéter sur le domaine du règlement européen, ne devrait pas contenir de disposition instituant un droit à l'oubli⁶⁷.

En pratique, enfin, dans les entreprises et les administrations, les idées d'une évaluation régulière des données et d'une élimination de celles excessives progressent. Outre l'obligation de proportionner les délais de conservation à la finalité du traitement, la suppression des traces peut aussi s'avérer judicieuse économiquement : « L'obésité des bases de données est un phénomène général qui grève les coûts et fait chuter les performances. La purge des données serait ainsi à la fois au service des droits des individus et de la saine gestion des entreprises. » Pour autant, « ces nettoyeurs du Net et autres assurances en e-réputation n'ont guère intérêt à voir se généraliser les pratiques de désherbage dans les entreprises⁶⁸ ».

20. – Ces pistes de réflexion lancées et les évolutions récentes retracées, est-on en définitive parvenus à cerner, par ce prisme du droit « à l'oubli », ce qu'impliquerait une véritable maîtrise, par chacun, de son identité numérique ? On peut ne pas le penser car, outre les articulations délicates que la mise en œuvre de ce droit implique (avec les libertés d'expression et d'information, ainsi qu'avec la préservation d'une mémoire collective), il existe un autre versant de la problématique qui se laisse moins apercevoir mais s'avère tout aussi fondamental. Les opérateurs numériques de tous ordres ont en effet des intérêts considérables à pouvoir réutiliser les données personnelles collectées auprès de chacun d'entre nous (les traces plus généralement), de façon illimitée et pour des finalités encore

⁶⁶Not. Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche, 13 oct. 2010, *RLDI* 2010/65, p. 3.

⁶⁷En l'état du projet, il est question d'un « droit à l'oubli pour les mineurs », en tant que droit spécifique d'opposition de l'article 38 de la loi « Informatique et libertés », le « motif légitime » de l'opposition tenant précisément à la minorité de la personne concernée.

⁶⁸L. Merzeau, art. préc.

inconnues lors de la collecte initiale : le fonctionnement même du *Big Data* (l'analyse à grande échelle de quantités considérables de données en temps réel) le requiert⁶⁹. Or, à l'égard de ce processus, la prérogative reconnue à l'individu en termes de droit « à l'oubli » ne lui sera d'aucune aide : ces analyses de traces se déroulent en toute opacité, en dehors de la connaissance et du contrôle des personnes concernées, et aboutissent à des résultats dont celles-ci n'ont pas même conscience ; elles emportent pourtant des conséquences non négligeables puisqu'elles permettent de rapporter chaque individu à des schémas-types et de lui proposer, sur ce fondement, des biens, des services ou des résultats de recherche, censés correspondre à son schéma de rattachement. Les enjeux consistent alors ici à penser une protection contre des manipulations occultes, contre une société de prédictibilité totalisante où l'entrée dans un schéma-type accole à la personne un ensemble de prédictions quant à ses goûts et ses désirs, prédictions dont elle ne peut s'échapper lorsqu'elle fréquente internet ; ils consistent également à restaurer la possibilité d'un espace public partagé par tous et restant diversifié⁷⁰. D'aucuns ont donc raison de dénoncer « un fétichisme » des données personnelles et de souligner que la protection qu'on tente de leur adjoindre ne suffit pas à répondre aux défis majeurs que les traitements soulèvent. Ainsi que le formule très justement Antoinette Rouvroy, il faut bien se rendre compte en définitive que « [l]es formes de pouvoir qui s'exercent aujourd'hui sur les individus passent peut-être beaucoup moins par les traitements de données à caractère personnel et l'identification des individus que par des formes algorithmiques de catégorisations impersonnelles, évolutives en continu, des opportunités et des risques, c'est-à-dire des formes de vie (attitudes, trajectoires⁷¹...) » ; qu'« être profilé de telle ou telle manière affecte les opportunités qui nous sont disponibles et, ainsi, l'espace de possibilités qui nous définit : non seulement ce que nous avons fait ou faisons, mais ce que nous aurions pu faire ou pourrions faire⁷² ». Au côté de la quête du droit « à l'oubli numérique », et plus largement d'une maîtrise de l'identité numérique, il faut donc formuler une autre revendication, assez surprenante dans ce contexte : celle de la possibilité de déjouer l'anonymisation que les traitements de l'ensemble des traces, même non visibles, induisent ; de contrer la perte d'identité propre et spécifique que la traduction en schémas-types de

⁶⁹Sur ce point et les apports de la proposition de règlement, v. N. Martial-Braz (dir.), *op. cit.*, p. 98 s. et p. 262 s.

⁷⁰A. Rouvroy, « Des données sans personne : du fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie du Big Data », contribution en marge de l'Étude annuelle du Conseil d'État, *Le numérique et les droits et libertés fondamentaux*, 2014, disponible à l'adresse suivante : http://works.bepress.com/antoinette_rouvroy/55

⁷¹*Ibid.*, l'auteur ajoutant qu'« [u]n profil, ce n'est en réalité personne — personne n'y correspond totalement, et aucun profil ne vise qu'une seule personne, identifiée ou identifiable ».

⁷²*Ibid.*

chacun produit ; de permettre, partant, à ceux qui le souhaitent de revenir à une libre détermination, sans enfermement dans des prédictions, le tout dans un espace resté public et divers... Le chemin reste ici à parcourir, qui passera à tout le moins par une exigence de transparence des algorithmes qui nous classent.

| **Septembre 2015**

