



HAL
open science

La gestion par les responsables publics de leur réputation en ligne. Réflexions inquiètes sur les déséquilibres du droit au déréférencement

Emmanuel Netter

► To cite this version:

Emmanuel Netter. La gestion par les responsables publics de leur réputation en ligne. Réflexions inquiètes sur les déséquilibres du droit au déréférencement. La vie privée des responsables publics, Charles-Edouard Sénac, Feb 2019, Amiens, France. hal-02308919

HAL Id: hal-02308919

<https://hal.science/hal-02308919v1>

Submitted on 8 Oct 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.

La gestion par les responsables publics de leur réputation en ligne. Réflexions inquiètes sur les déséquilibres du droit au déréférencement

*Emmanuel Netter, MCF HDR en droit privé
Université d'Avignon, LBNC (EA 3788)*

Qui n'a jamais tapé son propre nom dans un moteur de recherche ? La démarche n'a rien d'incongru. Chacun contemple son reflet avant de quitter sa salle de bains, pour s'assurer qu'il présentera au reste du monde un aimable visage. Un coup d'œil au miroir ne fait pas un Narcisse. Certains, sans doute, prolongeront cette rencontre avec eux-mêmes, soumettant leur avatar à un examen plus sévère ou plus tendre. C'est qu'ils désirent, davantage qu'un autre, s'attirer l'admiration de leurs contemporains. Peut-être même rêvent-ils, en se rasant, d'un destin présidentiel.

Taper son nom dans un moteur de recherche, c'est tendre devant soi un miroir numérique. Cet autre visage qui apparaît, fait d'électrons et de données, sera scruté bien souvent : par des amis, de vagues connaissances, un employeur, des clients, des élèves, des concurrents, des électeurs. Cette figure, comme l'autre, nous l'aimerions dénuée de boutons de fièvre, de cicatrices et de balafres. Le visage numérique semble pourtant particulièrement fragile : les blessures anciennes y cicatrisent mal – une information honteuse mais très ancienne peut y subsister indéfiniment – et il peut être agressé en notre absence – par la rumeur, le sous-entendu, la calomnie, la diffamation.

La Cour de Justice de l'Union européenne a volé au secours des avatars défigurés, dans un arrêt « Google Spain »¹. Les grandes lignes de cette décision sont bien connues, mais il nous faudra discuter ici de ses conséquences concrètes de manière détaillée. Le lecteur averti nous pardonnera donc d'en reprendre entièrement l'examen, et pourra se dispenser des premières étapes de la discussion si elles lui sont familières.

M. Gonzalez, citoyen espagnol, avait fait l'objet de saisies immobilières pour non-paiement de dettes sociales. Le journal *La Vanguardia* avait sobrement relaté les événements dans un article, destiné à rester indéfiniment disponible sur son site internet. Le moteur de recherche généraliste *Google Search*, conformément à la fonction qui lui est assignée, avait découvert ce contenu, l'avait indexé et le présentait parmi les résultats de recherche à tout internaute formant une requête composée des prénom et nom du protagoniste. Des années s'étaient écoulées, mais le résultat de recherche infamant n'avait pas disparu, et il est probable que même son classement ne s'était pas dégradé. En effet, lorsqu'une réponse proposée aux internautes fait l'objet d'un clic de leur part, le moteur prend note de cet intérêt et maintient ou améliore la position de cette page parmi les résultats. La nature humaine est ainsi faite que les informations déshonorantes éveillent la curiosité et suscitent facilement de « l'engagement » de la part des internautes. Leur visibilité risque ainsi de

1 CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL, Google Inc. c./ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C-131/12 : RLDI, août 2014, n° 107, p. 32, note O. Pignatari ; RJPF, juill. 2014, n° 7, p. 19, note S. Mauclair ; JCP G, juin 2014, n° 26, p. 1300, note L. Marino ; J.-M. Bruguière, « Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? », CCE, mai 2015, n° 5, p. 15 ; 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, nov. 2014, n° 109, p. 35 ; V.-L. Bénabou et J. Rochfeld, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I : Le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome », D., 2014, p. 1476 ; N. Martial-Braz et J. Rochfeld, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée », D., 2014, p. 1481 ; L. Marino, « Comment mettre en œuvre le "droit à l'oubli" numérique ? », D., 2014, p. 1680.

ne jamais décroître si personne n'intervient pour provoquer artificiellement leur recul ou leur retrait. M. Gonzalez s'est habilement saisi de la législation protectrice des données personnelles – s'agissant d'une affaire antérieure au fameux RGPD, une directive de 1995² – pour tenter de faire évoluer cette question. Il est important de préciser au préalable que son action contre *la Vanguardia* avait échoué, car l'article ne franchissait à aucun moment les limites de la liberté d'expression, n'étant ni injurieux, ni diffamatoire, en ce qu'il rapportait de façon mesurée des faits exacts. S'agissant de Google, la Cour devait répondre à un ensemble de questions parfois très techniques sur l'interprétation de la directive, mais l'essentiel du débat pouvait se résumer ainsi : le recensement puis la présentation d'informations licites dans un moteur de recherche peuvent-ils constituer des actes illicites ? L'intuition commandera chez beaucoup une réponse négative. La Cour l'accepte pourtant :

(§80) [...] un traitement de données à caractère personnel, tel que celui en cause au principal, réalisé par l'exploitant d'un moteur de recherche, **est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel** lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, **qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée** et qui, sans ledit moteur de recherche, n'auraient pas ou seulement que très difficilement pu être interconnectées, et ainsi d'établir un profil plus ou moins détaillé de celle-ci. [...].

(dispositif) [la personne peut] [...] **demander que l'information en question ne soit plus mise à la disposition du grand public** du fait de son inclusion dans une telle liste de résultats, ces droits prévalent, en principe, non seulement sur l'intérêt économique de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur l'intérêt de ce public à accéder à ladite information lors d'une recherche portant sur le nom de cette personne. Cependant, **tel ne serait pas le cas s'il apparaissait, pour des raisons particulières, telles que le rôle joué par ladite personne dans la vie publique, que l'ingérence dans ses droits fondamentaux est justifiée par l'intérêt prépondérant dudit public à avoir, du fait de cette inclusion, accès à l'information en question**³.

Alors que les textes soumis à son interprétation ne fournissaient pas directement la solution, la CJUE innove et consacre un droit nouveau : celui d'obtenir que soient retirés certains résultats de recherche, lorsque la requête adressée au moteur de généraliste consistait dans le nom d'une personne physique. Il n'est pas nécessaire d'obtenir le retrait du contenu d'origine, ni d'en démontrer l'illicéité. Dans quels cas ? Lorsque « ces informations apparaissent, eu égard à l'ensemble des circonstances caractérisant le cas d'espèce, **inadéquates, pas ou plus pertinentes ou excessives** »⁴. Dans le cas de M. Gonzalez, les faits relatés par *la Vanguardia* n'étaient plus pertinentes. Au sein des mémoires humaines, leur ancienneté les auraient conduites doucement mais sûrement à disparaître, mais l'ordinateur n'efface une information que s'il en reçoit l'ordre. Ainsi

2 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

3 Les caractères gras et soulignés sont de notre fait.

4 §94.

qualifie-t-on parfois le droit au déréférencement ainsi consacré de « droit à l'oubli », appellation techniquement peu rigoureuse mais d'un emploi commode.

À nouvelles menaces nouveaux droits. Nous avons, comme beaucoup d'autres, salué cet arrêt dans son principe. Mais il nous faut aujourd'hui nous inquiéter de ses modalités d'application les plus concrètes. Dans les replis d'une belle décision nichent parfois de grands périls. Comme le rappelle la Cour, juger une information « inadéquate, excessive ou plus pertinente » c'est mettre en balance deux droits antagonistes : celui de la personne qui demande le déréférencement à protéger sa vie privée et celui du public à accéder à une information qui, une fois retirée des résultats de recherche, va largement perdre en visibilité, quand bien même elle serait toujours présente sur son support initial. Cette pesée est particulièrement délicate. Qui y procédera ? En suivant quelle procédure ? C'est qu'il faut mettre en place ici une mécanique de haute précision, dont le moindre grain de poussière risque de fausser le fonctionnement.

Dans le cadre d'une telle étude, les personnes jouant un rôle dans la vie publique en général, et le personnel politique en particulier, constituent une population-test idéale, pour deux raisons qui vont en sens inverse l'une de l'autre. D'abord, ils bénéficient d'une motivation supérieure à la moyenne pour opérer un contrôle resserré de leur « e-réputation ». Ils sont donc naturellement enclins à se saisir du droit qui leur est reconnu par la jurisprudence *Google Spain*. Ensuite, la place particulière qu'ils occupent dans la cité confère aux informations qui les concernent une valeur supérieure. La Cour expose que cela n'interdit pas qu'il soit fait droit à leurs demandes, mais exige que celles-ci soient étudiées avec une particulière sévérité, l'intérêt du public pesant ici plus lourd.

On trouve, sur cette question, assez peu de décisions rendues par les juridictions supérieures⁵. Le droit au déréférencement serait-il peu invoqué ? Bien au contraire. Le moteur le plus utilisé, *Google Search*, révèle qu'il a reçu depuis l'arrêt de la CJUE environ 187 000 demandes de suppression, portant sur près de 670 000 adresses internet, si l'on s'en tient aux seuls citoyens français⁶. Les affaires qui parviennent jusque devant la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la CJUE, qui se comptent sur les doigts des deux mains, font certes avancer le droit sur des points précis, mais ils ne révèlent rien de la façon dont ce flot immense de demandes est traité au quotidien. Ceux qui se situent en première ligne, ce sont les moteurs de recherche généralistes eux-mêmes, qui réunissent chacun des commissions pour déterminer, au cas par cas, s'il convient de faire droit à une demande de déréférencement. Nous avons procédé à des entretiens avec deux de ces moteurs, afin de mieux comprendre comment ils procèdent et quelles difficultés ils rencontrent. Ces échanges ont nourri notre réflexion, sans jamais s'y substituer : les analyses qui suivront sont les nôtres, et nous les assumons comme telles. Afin qu'elles puissent s'exprimer librement, les deux entreprises nous ont demandé de ne pas faire apparaître leur nom en regard de leurs réponses.

L'examen des demandes de déréférencement, tel qu'il est actuellement organisé, ne nous semble pas satisfaisant, pour des raisons qui touchent aussi bien au fond (I) qu'à la procédure (II). Les défauts

5 Certaines d'entre elles seront citées plus loin.

6 https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?submitter_types=country:FR:excludePrivateIndividuals:&lu=requests_over_time&requests_over_time=country:FR. Il est précisé en tête de document que « cette liste de critère est un outil destiné à aider les autorités de protection dans leur analyse, elle n'est pas exhaustive et sera amenée à évoluer en fonction de l'expérience acquise ». Il reste que ce document sert de référence aux moteurs de recherche, et que sa portée normative ne doit pas être sous-estimée.

qui seront relevés apparaissent avec une acuité particulière lorsque le demandeur est une personne assumant « un rôle public », ce qui est naturellement le cas du personnel politique.

I – L'excessive subtilité des critères de fond : la délicate appréciation du rôle public

Les autorités de protection des données européennes ont conçu ensemble une grille d'analyse qu'il convient de mettre en œuvre lors de l'étude d'une demande de déréférencement⁷. La CNIL y précise ce que signifie selon elle « jouer un rôle dans la vie publique ». Le personnel politique y est cité en premier, qu'il soit élu ou nommé, mais sont également concernés les acteurs du monde des affaires ou « appartenant à la sphère médiatique ». L'autorité évoque à titre d'illustration un cas dont elle a été saisie. En un sens, il s'agit d'une élue... puisqu'il s'agit d'une « Miss dans un canton français ». Et la CNIL de rappeler que « Les Miss ont une fonction de représentation et jouent, à leur échelle, un rôle dans la vie publique »⁸.

La notion sera donc interprétée largement, mais les responsables publics y occuperont évidemment une place de choix. L'autorité rappelle d'ailleurs les termes d'un arrêt *Von Hannover* de la Cour européenne des droits de l'Homme. A l'occasion de cette affaire, il fut affirmé : « (...) alors qu'une personne privée inconnue du public peut prétendre à une protection particulière de son droit à la vie privée, il n'en va pas de même des personnes publiques. On ne saurait en effet assimiler un reportage relatant des faits susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique, au sujet de **personnalités politiques dans l'exercice de leurs fonctions officielles** par exemple, à un reportage sur les détails de la vie privée d'une personne ne remplissant pas de telles fonctions »⁹. Il était ici question de photographies du prince Rainier de Monaco et de sa famille aux sports d'hiver, prises contre leur gré par la presse « people ». La Cour avait admis la publication de ces images au motif que les articles qu'elles illustraient « rendaient compte aussi de la maladie du prince Rainier III, souverain régnant de la principauté de Monaco à l'époque, et du comportement des membres de sa famille pendant cette maladie [et qu'il] s'agissait là d'un événement de l'histoire contemporaine dont les magazines pouvaient rendre compte et qui les autorisait à assortir leurs reportages écrits des photos litigieuses, puisque celles-ci étayaient et illustraient cette information »¹⁰. Ainsi, toutes les vies privées ne se valent pas, et l'intimité rétrécit à mesure que la notoriété augmente. Où placer ses contours exacts ?

Face à une demande de déréférencement, le moteur de recherche devra donc procéder à deux opérations fort délicates. Dans un premier temps, il devra déterminer si la personne concernée joue un rôle public (A). Si la réponse est positive, il faudra dans un deuxième temps se demander si l'information litigieuse relève malgré tout de sa vie privée (B).

7 CNIL, Droit au déréférencement. Les critères communs utilisés pour l'examen des plaintes : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf.

8 Ibid., p. 4.

9 CEDH, 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne*, §110.

10 La Cour européenne des droits de l'Homme se contente ici d'approuver le raisonnement initialement développé par la Cour fédérale allemande.

A – Distinguer les personnages publics

La question de savoir si une personnalité joue un rôle public ne peut appeler une réponse binaire. On ne protège pas de la même façon le président de la République en exercice et un quelconque conseiller départemental. La CNIL insiste « plus (le rôle public) est important, plus l'information concernant cette personne a un intérêt à être référencée »¹¹. Les deux moteurs interrogés en conviennent volontiers : on attend d'eux une appréciation graduelle, qui se traduit, de manière plus ou moins formalisée, par une note de notoriété.

Encore faut-il tenir compte d'un facteur de complexité supplémentaire. Le moteur A déclare en effet :

« (...) un conseiller municipal d'une petite commune ne joue, à l'échelle nationale, aucun rôle public important. Néanmoins son rôle public peut être décisif à l'échelle locale. Nous devons donc apprécier la demande au regard de l'impact que peut avoir la suppression de l'accès à l'information dans la vie publique, compte tenu des responsabilités exercées, ou que souhaiterait exercer, le demandeur ».

Ce n'est donc pas une note *absolue* de notoriété qui doit être attribuée au demandeur, mais une note *relative*, qui est fonction de l'information dont le déréférencement est demandé. Il faut parfois prêter autant d'attention à celui qui est premier dans son village qu'à celui qui est second à Rome.

Les moteurs prennent-ils le temps de livrer un diagnostic aussi subtil lorsqu'ils doivent étudier un grand nombre de demandes chaque année ? Le moteur B explique que lorsque l'information dont le déréférencement est demandé a été produite par des journalistes professionnels, la demande est étudiée avec une minutie plus grande, ce qui implique que des recherches – en ligne – seront effectuées pour détecter un éventuel rôle public qui n'apparaîtrait pas à la seule lecture de la page-cible. En revanche, une page produite par un non professionnel de l'information, comme un blog, bénéficiera d'un temps d'examen plus bref. Dans ce cas, si le rôle public n'est pas notoire et qu'il n'apparaît pas non plus à la lecture de la page-cible, il est possible qu'il échappe à la commission d'examen. Le moteur A, au contraire, déclare effectuer une enquête en ligne pour toutes les demandes de déréférencement, que la page-cible ait été produite par un professionnel de l'information ou non.

Une fois les personnages publics identifiés et leur notoriété par rapport à l'information litigieuse établie, il n'est pas question de rejeter automatiquement leurs demandes de déréférencement. Leur droit à la vie privée sera apprécié avec davantage de rigueur que pour un citoyen ordinaire, car l'intérêt du public à ce que l'information conserve une visibilité maximale est plus grand. Intéressons-nous à présent à ce second temps de l'examen.

B – Délimiter la vie privée des personnages publics

Les personnes jouant un rôle public ont aussi une sphère de vie privée : quel est son diamètre exact ? Sur ce point, les consignes de la CNIL manquent singulièrement de clarté :

« (...) certaines informations relatives à des personnes publiques relèvent par essence de leur vie privée, comme celles en lien avec leur santé ou leur famille, et n'ont donc pas vocation à

11 CNIL, Dééréférencement..., art. préc., p. 3.

apparaître dans les moteurs de recherche. Une distinction doit ainsi être faite entre la nature des informations traitées, même si d'une manière générale le fait qu'elles concernent une personnalité publique milite pour maintenir leur référencement »¹².

Le début et la fin de cet extrait semblent indiquer des directions contraires. De surcroît, la CNIL prend l'exemple des données de santé comme relevant par essence de la vie privée de toute personne y compris jouant un rôle public, alors qu'on a vu qu'elle sollicite un peu plus loin l'arrêt *Von Hannover* de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui considère au rebours que la santé du prince Rainier peut faire l'objet d'un débat d'intérêt public.

On peine ainsi à se former une image claire de la sphère de vie privée d'une telle personnalité, qui serait par nature plus étreinte que celle d'un citoyen ordinaire, tout en bénéficiant d'un noyau d'informations intimes le plus souvent irréductible... mais pas toujours.

Il ne s'agit pas ici de démontrer que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est insuffisamment claire. De meilleurs spécialistes de la question démontreraient peut-être qu'elle est parfaitement lisible. Il s'agit seulement de rappeler à quel point l'appréciation d'une telle question, nécessairement menée au cas par cas, est délicate. Au moins le juge est-il en position de trancher les litiges avec l'autorité et la légitimité qui sont les siennes. On conçoit moins aisément qu'une telle mission soit dévolue au groupe de travail d'un acteur privé, quelle que soit son éventuelle bonne volonté. On objectera que la question est susceptible, après les premières lignes d'examen par les moteurs et par la CNIL, de parvenir jusqu'au juge. Mais nous démontrerons précisément que ce ne sera pas le cas dans un grand nombre d'affaires, qui peuvent compter les plus délicates.

N'anticipons pas : nous avons demandé aux moteurs comment ils procédaient pour délimiter la sphère de vie privée des personnes endossant un rôle public. S'agissant des personnalités politiques en particulier, nous avons cherché à savoir s'il serait tenu compte d'une éventuelle contrariété entre leurs discours et leurs actes.

Le moteur B considère deux critères et rien d'autres. Le premier : plus la personne est connue, plus on considérera qu'une publication qui la concerne doit rester référencée. La vie privée des grands personnages nationaux et mondiaux s'évapore, en quelque sorte, à la chaleur des projecteurs qui sont braqués sur eux. Le second critère : si la personne a divulgué elle-même une information qui relèverait habituellement de sa vie privée, il est considéré qu'elle a implicitement renoncé à sa protection sur ce point. En revanche, une éventuelle contrariété entre les prises de position publiques et l'attitude privée ne constituera pas un critère pour cette entreprise.

Le moteur A, à l'inverse, répond qu'« il peut parfois y avoir un intérêt du public à connaître la profession ou l'identité du conjoint d'un élu si cela éclaire une prise de position dans le débat public, ou explique une affaire pénale en cours ».

Il semble donc subsister un certain flottement sur les méthodes exactes à employer pour jauger la vie privée des responsables publics présentant une demande de déréférencement. Or, la complexité de la question vient encore de s'accroître. Un récent arrêt de la CJUE, répondant à des questions préjudicielles qui lui avaient été adressées par le Conseil d'État, conduit en effet à affiner davantage

12 Ibid.

les raisonnements dans certaines hypothèses¹³. Relevons au préalable que deux des quatre demandes de déréférencement à l'origine de cette affaire concernaient la sphère politique : dans l'une, une conseillère régionale d'Île-de-France s'est plainte de la présence sur le moteur d'un lien vers une vidéo satirique, évoquant des relations intimes avec le maire de sa commune ; dans l'autre, un ancien conseiller de Gérard Longuet demandait la suppression de plusieurs articles évoquant une mise en examen dans les années 90, alors qu'il avait bénéficié d'un non-lieu en 2010. Ces affaires étant antérieures au RGPD, la Cour avait à éclairer le sens de la directive de 1995 précitée. Une première question était posée : lorsqu'une demande de déréférencement est présentée pour une page contenant des « données sensibles » au sens de l'article 8 de cette directive (rapp. art. 9 RGPD), faut-il renoncer à mettre des intérêts antagonistes en balance et retirer le lien systématiquement ? Cela aurait concerné toutes les publications évoquant, par exemple, la santé ou les opinions politiques de la personne demanderesse : l'enjeu était donc absolument considérable. La Cour répond d'abord positivement – toute page contenant de telles données doit être déréférencée sur simple demande – mais réserve immédiatement des exceptions de nature à rogner largement le principe. La première exception bénéficie aux informations « manifestement rendues publiques » par la personne elle-même¹⁴. La seconde exception, la plus intéressante, s'appuie sur la possibilité de traiter des données sensibles pour « un motif d'intérêt public important » (art. 8,4 de la directive) et est ainsi libellée : « [le moteur doit vérifier] si l'inclusion de ce lien dans la liste de résultats, qui est affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, s'avère **strictement nécessaire** pour protéger la liberté d'information des internautes potentiellement intéressés à avoir accès à cette page web au moyen d'une telle recherche »¹⁵. Il s'agit donc à nouveau d'opérer une mise en balance, mais particulièrement exigeante et différemment calibrée : la seule présence d'informations sensibles dans la page-cible ajoute un poids considérable sur le plateau dévolu à la protection de la vie privée. Même lorsque le demandeur endosse un rôle public, le refus de sa demande de déréférencement, dans ce contexte, semble devenir l'exception, et le retrait du lien le principe. La deuxième question à laquelle répond la Cour dans cette décision est celle de savoir quel sort il convient de réserver à des pages évoquant des infractions et condamnations pénales, notamment des compte-rendus de procédures judiciaires encore inachevées. Ici, la réponse de principe est que le moteur « est tenu de faire droit à une demande de déréférencement portant sur des liens vers des pages web, sur lesquelles figurent de telles informations, lorsque ces informations se rapportent à une étape antérieure de la procédure judiciaire en cause et ne correspondent plus, compte tenu du déroulement de celle-ci, à la situation actuelle [...] ». Mais là encore, la Cour estime que la liberté d'information du public peut l'emporter, au cas par cas, en considération de certains critères, parmi lesquels se trouve une

13 CJUE, 24 septembre 2019, C-136/17, *GC, AF BH et ED c./ CNIL*, rendu à la suite de Conseil d'État, Assemblée, 24 février 2017, n°391000. Pour un compte-rendu de l'audience devant le Conseil d'État, : M. Rees, « Droit à l'oubli : au Conseil d'État, l'usine à gaz de la désindexation des données sensibles », article nextinpact.com du 2 février 2017.

14 Extrait du dispositif : « L'article 8, paragraphe 2, sous e), de la directive 95/46 doit être interprété en ce sens que, en application de celui-ci, un tel exploitant peut refuser de faire droit à une demande de déréférencement lorsqu'il constate que les liens en cause mènent vers des contenus comportant des données à caractère personnel qui relèvent des catégories particulières visées à cet article 8, paragraphe 1, mais dont le traitement est couvert par l'exception prévue audit article 8, paragraphe 2, sous e) [...] ». Or, ledit texte prévoit que l'interdiction de traiter des données sensibles ne s'applique pas lorsque « le traitement porte sur des **données manifestement rendues publiques par la personne concernée** ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice » (souligné par nous).

15 Extrait du dispositif de l'arrêt.

nouvelle fois le rôle public du demandeur¹⁶. Toutefois, si le moteur décide de maintenir un lien vers une page relatant une procédure judiciaire inachevée, par exemple une mise en examen, il a obligation « d'aménager la liste de résultats de telle sorte que l'image globale qui en résulte pour l'internaute reflète la situation judiciaire actuelle, ce qui nécessite notamment que des liens vers des pages web comportant des informations à ce sujet apparaissent en premier lieu sur cette liste »¹⁷. La Cour ne se contente plus de demander aux moteurs de prendre des décisions binaires de maintien ou de retrait de résultats : pour la première fois, elle leur donne l'ordre de modifier l'ordonnancement des résultats restants dans un certain sens.

De tout ce qui précède, il résulte que les groupes de travail constitués par les moteurs sont sommés de mettre en œuvre des grilles d'analyse extrêmement subtiles pour décider s'il convient de donner une suite favorable aux demandes de déréférencement qui leur sont présentées. Ce pouvoir conféré à des opérateurs privés – à leur corps défendant – serait acceptable si leur travail était toujours susceptible de recours efficaces devant les juridictions françaises. Est-ce bien le cas ?

II - L'inquiétant déséquilibre des procédures : des biais favorables au déréférencement

Les décisions prises par les moteurs de recherche, qu'elles consistent à accepter ou refuser le déréférencement, sont susceptibles d'être portées devant la CNIL. À leur tour, les décisions de l'autorité peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. Plus rarement, c'est l'ordre judiciaire qui connaît d'une affaire de déréférencement. Cela se produit lorsqu'un moteur de recherche est assigné en référé afin qu'il soit mis un terme à un trouble manifestement illicite : l'affaire est alors susceptible de parvenir jusqu'à la Cour de cassation¹⁸.

Ainsi donc, la police privée mise sur pied par la jurisprudence *Google Spain* n'est pas abandonnée à elle-même. Elle est apparemment placée sous la double tutelle des magistrats administratifs et judiciaires, ce qui devrait rassurer les esprits les plus inquiets.

De tels recours, toutefois, ne sont véritablement efficaces que si les deux points de vue antagonistes, celui favorable au déréférencement et celui qui s'y oppose, se trouvent représentés avec une égale puissance. Ils doivent être aussi enclins l'un que l'autre, d'une part à saisir ces juridictions, d'autre part à y développer sereinement leur argumentation.

Il nous semble pourtant que ces procédures ne sont contradictoires qu'en apparence. L'une des positions, celle qui est favorable au déréférencement, sera défendue avec bien plus d'énergie. De l'autre côté du prétoire : un plaideur velléitaire, ou même absent. La procédure initiale est biaisée

16 §77 de la décision : « Il appartient ainsi à l'exploitant d'un moteur de recherche d'apprécier, dans le cadre d'une demande de déréférencement portant sur des liens vers des pages web sur lesquelles sont publiées des informations relatives à une procédure judiciaire en matière pénale menée contre la personne concernée, qui se rapportent à une étape antérieure de cette procédure et ne correspondent plus à la situation actuelle, si, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, telles que notamment la nature et la gravité de l'infraction en question, le déroulement et l'issue de ladite procédure, le temps écoulé, le rôle joué par cette personne dans la vie publique et son comportement dans le passé, l'intérêt du public au moment de la demande, le contenu et la forme de la publication ainsi que les répercussions de celle-ci pour ladite personne, cette dernière a droit à ce que les informations en question ne soient plus, au stade actuel, liées à son nom par une liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir de ce nom ».

17 §78 de la décision.

18 C'est le cas de Cass. 1ère civ., 14 février 2018, n° 17-10499.

(A). De plus, la décision qui en sera issue mériterait parfois d'être reconsidérée après plusieurs années, mais ses effets seront absolument définitifs (B).

A – Le biais initial : les adversaires du déréférencement sous-représentés

Qui est susceptible de s'opposer de la manière la plus active au déréférencement ? À qui le retrait du résultat dans le moteur de recherche va-t-il faire grief ? Il s'agit de l'exploitant du site qui cesse d'être lié, qui subira une importante perte de visibilité – du moins sur une requête de recherche précise, celle qui est composée des nom et prénom du demandeur.

Or, à la suite de l'arrêt *Google Spain*, le groupe des CNILs européennes – auparavant dénommé G29, aujourd'hui CEPD – avait produit un document intitulé « interprétation commune de l'arrêt de la CJUE »¹⁹. À la question « Les moteurs de recherche doivent-ils informer du déréférencement le site à l'origine de la diffusion du contenu ? », les autorités de contrôle répondaient sans aucune ambiguïté : « D'une manière générale, les moteurs de recherche n'ont pas à informer du déréférencement le site à l'origine de la diffusion du contenu »²⁰. Le seul cas réservé, qu'on imagine rare en pratique, est celui où il serait nécessaire de demander des précisions à l'exploitant du site pour instruire correctement la demande de déréférencement²¹.

Le même document précise que le public n'a pas à être informé du fait que certains résultats de recherche ont été expurgés. Certains se souviendront pourtant avoir rencontré, en bas de page des résultats du moteur *Google Search*, la mention « Certains résultats peuvent avoir été supprimés conformément à la loi européenne sur la protection des données ». Elle est en réalité apposée dès que la requête porte sur le nom d'une personne physique, y compris si aucun résultat la concernant n'a été retiré.

Ainsi, les principales vigies favorables aux libertés d'expression et d'information, à savoir l'exploitant du site lié et le grand public, n'ont pas connaissance de la procédure de déréférencement. Par conséquent, ils ne peuvent y défendre leur point de vue.

Reste alors la possibilité que le moteur de recherche, conscient de cette absence, prenne sur lui de critiquer les demandes de déréférencement qui lui sembleraient insuffisamment fondées²². Une telle hypothèse appelle plusieurs remarques. En premier lieu, alors que l'idée d'ériger un groupe de travail privé en avant-garde de la CNIL et du système judiciaire soulève déjà de nombreuses réticences, on accroît encore un peu plus les attentes qui pèsent sur les moteurs si on leur demande d'être à la fois juge et partie – puisqu'il leur appartient de rédiger, au moins en leur for intérieur, l'argumentation qu'aurait déployée le titulaire de la page web s'il avait été représenté, puis d'occuper tout à coup une position neutre pour rendre une décision équilibrée. En second lieu, de nombreuses incitations financières font obstacle à ce que le moteur endosse efficacement une telle fonction. S'il

19 www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit_au_dereferencement-Interpretation-Arret.pdf.

20 Ibid., question et réponse n°8.

21 Si l'on imagine ce cas rare, c'est parce que la décision de déréférencement doit se fonder sur l'atteinte à l'intimité qui résulte objectivement du contenu publié, sans considération pour les éventuelles intentions sous-jacentes de l'éditeur de la page, ou plus généralement pour des éléments contextuels que la lecture du contenu seule ne révèle pas.

22 C'est par exemple de cette manière qu'une affaire est arrivée jusque devant la Cour de cassation : Cass. 1ère civ., 14 février 2018, précité.

décidait d'exercer un contrôle très relâché des demandes de déréférencement – en ne refusant que les plus ostensiblement grotesques, et en acceptant toutes les autres – il consommerait fort peu de ressources dans la constitution puis le fonctionnement du groupe de travail. Que risquerait-il ? Par hypothèse, il dit « oui » au demandeur, qui repart satisfait. L'exploitant de la page n'est au courant de rien et ne peut donc pas saisir la CNIL. Cette posture, dramatique pour les libertés publiques, ne présente donc aucun inconvénient concret. Ajoutons qu'elle n'est même pas susceptible de décevoir la communauté des utilisateurs du moteur, puisque l'ampleur des coupes consenties dans les résultats de recherche n'est pas révélée par un usage normal²³. Supposons, à l'inverse, que l'opérateur veuille porter un regard véritablement acéré sur les demandes qui lui sont présentées. Pour un grand moteur, le groupe de travail devra examiner avec sérieux des milliers de demandes par an, ce qui coûtera très cher. La différence avec la situation précédente, c'est qu'il secrète ici des centaines de refus, dont une partie sera portée devant la CNIL par des demandeurs furieux. Eu égard à la subtilité des critères de décision précédemment présentés, il est tout à fait possible que l'interprétation de la CNIL diverge de celle du moteur, dans des dossiers complexes, alors même que l'acteur privé défendrait sa position de bonne foi. La CNIL lui ordonnera de réviser sa position. S'il veut que l'affaire atteigne le bureau des magistrats du Conseil d'État, le moteur devra alors volontairement s'exposer à une sanction. Sa position sera en effet analysée, au regard du RGPD, comme un refus de laisser la personne concernée par un traitement de données personnelles exercer l'un de ses droits fondamentaux – « le droit à l'oubli » de l'article 17 – ce qui l'expose en théorie à la plus forte sanction, celle qui peut atteindre 4% du chiffre d'affaires mondial²⁴. Une amende lui sera infligée, et ce n'est qu'alors qu'il pourra former le recours permettant aux magistrats administratifs de prendre connaissance du dossier.

De ce qui précède, il résulte qu'une politique de déréférencement volontairement trop généreuse de la part d'un moteur ne se heurterait à aucun garde-fou sérieux. Poussons l'expérience de pensée un cran plus loin, et imaginons que les groupes de travail des moteurs adoptent une position équilibrée, mais qu'en revanche la CNIL ait une tendance à soutenir davantage les demandes de déréférencement que ne l'aurait fait le Conseil d'État. Rien ne permet d'imaginer qu'une telle tendance est actuellement à l'œuvre, mais que se passerait-il si tel était le cas²⁵ ? Là encore, il ne faut pas compter sur le demandeur, par hypothèse satisfait, pour former un recours. Il faudrait à nouveau s'en remettre au moteur, qui n'a que des coups à prendre, pour que le juge ait l'opportunité de se prononcer dans une affaire.

À ce biais initial, qui nous paraît préoccupant, il convient d'ajouter celui qui tient à l'absence de suivi dans le temps des déréférencements opérés.

23 Seule une consultation des rapports de transparence produits par le moteur est susceptible de leur révéler un taux anormalement élevé de réponses positives aux demandes de déréférencement, et encore un tel taux peut-il apparaître, aux yeux des utilisateurs n'ayant pas connaissance du contenu des dossiers, comme le signe que de nombreuses demandes sont bien fondées plutôt que comme le résultat d'une politique d'examen volontairement laxiste.

24 Art. 83, 5, b). Bien évidemment, les sanctions prononcées dans ces situations seront très nettement inférieures au plafond, mais il s'agira tout de même de s'exposer à plusieurs milliers d'euros d'amende pour défendre l'intérêt de l'éditeur de la page sans même que celui-ci le sache.

25 La fonction historique de la CNIL, gardien de l'intimité numérique, pourrait l'incliner à accorder un poids légèrement plus important qu'un magistrat judiciaire ou administratif lorsqu'il s'agit de confronter le droit à la vie privée aux libertés d'expression et d'information. Cela n'aurait rien d'incongru.

B – Le biais ultérieur : l'absence de tout réexamen des déréférencements

Interrogés, les moteurs A et B ont parfaitement convergé sur un point : une fois qu'une page web a été gommée des résultats de recherche attachés aux prénom et nom d'une personne physique, cette déconnexion est définitive. Aucun réexamen du dossier n'aura lieu après l'écoulement d'un certain nombre d'années. La pesée n'a lieu qu'une seule fois. Or, quelques années pourraient suffire, par exemple, à un jeune banquier d'affaires inconnu du grand public pour accéder aux plus hautes fonctions de l'État. La « note de notoriété » attribuée aujourd'hui à un dossier peut se révéler très rapidement obsolète. La carrière du demandeur ayant progressé, son rôle public se sera accru, et avec lui l'intérêt du public à accéder à l'information déréférencée. L'information aura certes vieilli, ce qui aura, en sens inverse, accru la probabilité qu'elle soit jugée obsolète et non représentative de l'individu. Mais qui peut dire par avance laquelle des deux tendances l'aurait emporté, si une commission s'était à nouveau réunie ? La décision *Google Spain* est bien trop jeune pour qu'on en mesure les effets de long terme.

Ce qui est certain, c'est qu'un(e) jeune loup(ve) décidé(e) à progresser dans la carrière politique, bien conseillé(e) par des professionnels de la réputation en ligne, aura intérêt à présenter des demandes de déréférencement un peu avant de se lancer dans la campagne ou d'accepter la nomination qui attirera soudain sur lui ou sur elle les projecteurs. S'il convainc la commission du moteur tandis qu'il a encore un pied dans l'ombre, il pourra ensuite avancer sans crainte vers la lumière.

A travers l'exemple des responsables publics, dont la vie privée est plus difficile à cerner, mais qui sont des demandeurs de déréférencement plus motivés et plus stratèges que la moyenne de la population, nous espérons avoir attiré l'attention sur quelques angles morts de la jurisprudence *Google Spain* : le caractère insuffisamment contradictoire de la procédure, et l'absence de suivi sur les moyen et long termes. Ces défauts, le juge européen pourrait en tenir compte et chercher à y porter remède, si les déréférencements excessifs parvenaient jusqu'à lui. Pour les raisons structurelles qui ont été évoquées, il est à craindre que cela ne se produise jamais.