



Tensions entre "droit au débat public" et "droit au déréférencement" regard d'Outre-Atlantique

Robert C Post, Aya Bejerimi, Sibylle Pouillaude

► To cite this version:

Robert C Post, Aya Bejerimi, Sibylle Pouillaude. Tensions entre "droit au débat public" et "droit au déréférencement" regard d'Outre-Atlantique. 2017. hal-03168865

HAL Id: hal-03168865

<https://hal.science/hal-03168865>

Submitted on 14 Mar 2021

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.

TENSIONS ENTRE « DROIT AU DÉBAT PUBLIC » ET « DROIT AU DÉRÉFÉRENCEMENT » REGARD D'OUTRE-ATLANTIQUE¹

Robert C. POST²

Consacré en 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Google Spain SL c. Agencia Española de Protección de Datos*, le droit à l'oubli apparaît conceptuellement confus et juridiquement indésirable. Conceptuellement confus car il mêle droit à la protection de la vie privée et droit à la protection des données alors même que ces deux droits reposent sur des logiques différentes. Juridiquement indésirable car ce nouveau droit entre en conflit avec la liberté d'expression, indispensable aux démocraties. En autorisant les individus à retirer des liens d'une liste de résultats, la Cour a mal intégré la relation qui existe entre les moteurs de recherche et la constitution d'une sphère publique moderne. Cet article revient donc sur le droit à l'oubli et en propose une critique argumentée, en plaçant au cœur du débat la question suivante : comment le droit à la protection des données, consacré par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, peut-il être réconcilié avec la liberté d'expression ?

In 2014, the Court of Justice of the European Union identified the right to be forgotten in its monumental case Google Spain SL c. Agencia Española de Protección de Datos. This right appears conceptually confused and legally undesirable. Conceptually confused because it combines the right to privacy with the right to data protection even

¹ Doyen de l'Université de Yale.

Ce texte est un extrait issu de mon intervention au Conseil d'État lors d'un séminaire organisé les 10 et 11 mars 2017 à Paris.

² Je suis profondément reconnaissant de l'aide qui m'a été fournie dans mes recherches par Jeremy Buotte, Conor Clarke, Nina Cohen, Samir Doshi, Jean-Philippe Foegle, Jesse Hogin, Bryn Lese, Bernat Torok, et Andrew Udelsman. J'ai eu beaucoup de chance de recevoir des apports utiles et constructifs de la part de Jack Balkin, Pablo Salvador Coderch, Dieter Grimm, Amy Kapczynski, Daphne Keller, Leslie Kendrick, Antoni Rubi Puig, Artemi Rallo, Jeffrey Rosen, Timo Ruikka, Reva Siegel, Daniel Solove, et Eugene Volokh. Je remercie également mon ami et mentor, Paul Schwartz, sans qui rien n'aurait pu être écrit, ainsi que les deux traductrices de mon article, Aya Bejerimi et Sibylle Pouillaude, doctorantes en droit comparé de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.

though they are based on opposite principles. Legally undesirable because this new right is set in opposition to the freedom of expression, which is essential to democracies. By allowing data subjects to remove links to web pages containing information about them, the Court misunderstands the relationship between search engines and the constitution of the contemporary public sphere. This article asks how freedom of expression may be reconciled with the conception of personal data at the root of Article 8 of the Charter of the European union. It answers that this work should be done by the right to privacy.

À la croisée du *big data* et de la communication de masse, internet est devenu le point de tension entre les impératifs de protection des données et de protection de la liberté d'expression. Le conflit est particulièrement prégnant au sein de l'Union européenne, où la protection des données à caractère personnel importe énormément.

Les données à caractère personnel sont traditionnellement protégées par les « fair informations practises »³, qui assurent l'exactitude, la transparence, et la rationalité instrumentale du traitement des données⁴. Dès 1978, l'article 40 de la loi Informatique et libertés en France⁵ consacrait le « principe fondamental du droit à l'oubli »⁶, afin de garantir à « [t]oute personne physique (...) le droit d'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 »⁷.

³ Note ajoutée par les traductrices. Les « fair informations practises » sont des principes dégagés en 1973 par le rapport du HEW (U.S Department of Health Education and Welfare, Records, Computers, and the Rights of Citizens, *Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems*, DHEW Publication No.(OS) 73-94, juillet 1973). Les principes sont les suivants : la transparence des systèmes de traitement des fichiers de données « notice / awareness », le droit à ce que l'utilisation des données ne soit pas faite sans le consentement de la personne concernée « choice / consent », le droit d'être averti d'un système de traitement des données « access / participation », le droit de corriger ou de rectifier ses données personnelles « integrity / Security », la responsabilité des détenteurs des données concernant la protection des données en leur possession et leur mauvaise utilisation « enforcement / redress ». Source : FTC, *Fair Information Practice Principles (FIPs) of Notice, Choice, Access, and Security*, 1998, rapport au Congrès, à consulter sur : <https://web.archive.org/web/20090331134113/http://www.ftc.gov/reports/privacy3/fairinfo.shtml>

⁴ D. H. FLAHERTY, *Governmental Surveillance and Bureaucratic Accountability: Data Protection Agencies in Western Societies*, 11 *Sci., Tech., & Hum. Values* 7, 8 (1986).

⁵ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO*, 7 janv. 1978.

⁶ D. H. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*, 180 (1989).

⁷ *Supra* note 3, à l'article 40. « L'ordinateur, qui a une puissance de calcul et de mémoire supérieure à l'homme, doit être fait pour oublier ». Rapport n° 98 de la Commission Nationale de l'informatique et des libertés (1980-81).

Les « fair informations practices » ont été intégrées dans la législation européenne en 1995 avec l'adoption de la directive 95/46/EC⁸ (ci-après la « Directive ») qui est « probablement le texte de protection des données à caractère personnel le plus influent au monde »⁹. La Directive exige des États membres qu'ils assurent la protection de la vie privée des personnes physiques en introduisant dans leurs législations des normes de protection des données à caractère personnel.

L'Union européenne a, une décennie plus tard, affirmé son engagement en faveur de la protection des données personnelles. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), qui est entrée en vigueur en 2009 avec la ratification du Traité de Lisbonne¹⁰, est intitulé « Protection des données à caractère personnel ».

L'article 8 codifie les principes essentiels des « fair informations practices » et prévoit que le respect de ces règles devra être confié à des autorités indépendantes de protection des données.

Bien que la tension entre les « fair informations practices » et la liberté d'expression ait toujours existé, elle est demeurée latente jusqu'en 2014. Cependant, avec l'arrêt historique de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) *Google Spain SL c. Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) (ci-après « arrêt *Google Spain* »)¹¹, cette tension a atteint son paroxysme. La CJUE, interprétant la Directive et les articles 7¹² et 8 de la Charte conjointement, a jugé que les dispositions autorisaient « la personne concernée à exiger de l'exploitant d'un moteur de recherche qu'il retire de la liste de résultats, liste affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne, les liens vers les pages web publiées légalement par des tiers et contenant des informations véridiques relatives à cette dernière, au motif que (...) elle souhaitait être « oubliée » après un certain temps » (para. 99 de la décision)¹³.

L'arrêt *Google Spain* s'est concentré sur le droit à l'oubli et l'a utilisé pour limiter la publication d'informations par le moteur de recherche Google (ci-après « Google ») dans sa fonction d'indexation. La question du traitement

⁸ La Directive 95/46/EC 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 (24 oct. 1995), consultable sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML>.

⁹ S. KULK & F. ZUIDERVEEN BORGESIIUS, « Privacy, freedom of expression, and the right to be forgotten in Europe », in *Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (J. POLONETSKY, O. TEN, and E. SELINGER, eds. 2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2923722

¹⁰ V., art. 16 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE, ex-art. 286 TCE).

¹¹ Arrêt du 13 mai 2014, *Google Spain*, C-131/12, consulté sur : http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=FR&docid=152065. Sur la distinction entre les « deux variantes du droit à l'oubli », v. M. LETA JONES, *The Right To Be Forgotten* 96 (2016) ; A. TAMÒ et D. GEORGE, *Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age*, 5 *JIPITEC* 71 (2014).

¹² Art. 7 de la Charte, intitulé « Respect de la vie privée et familiale ».

¹³ Arrêt *Google Spain*, para. 99.

des données à caractère personnel collectées par Google sur ses propres utilisateurs n'a donc pas été soulevée¹⁴.

À la lumière de cette décision de la CJUE, cet article examinera les questions suivantes : l'extension du droit à l'oubli aux moteurs de recherche sur internet, la nature du droit à la protection de la vie privée applicable à la publication de données sur internet, Google Spain et le « right to be forgotten », l'article 8 de la Charte à l'aune de la démocratie par le débat public, le « Right to be forgotten » versus le RTBF, la position intellectuelle intenable pour la CJUE et les actualités, éléments essentiels au maintien du débat public.

I. L'EXTENSION DU DROIT À L'OUBLI AUX MOTEURS DE RECHERCHE SUR INTERNET

Pour limiter la diffusion d'informations sur internet, la Cour invoque le droit à la protection des données, c'est-à-dire l'article 8 de la Charte et la Directive. La portée des « fair information practices » a donc été largement étendue par la CJUE. Cette interprétation a été reprise en avril 2016 par l'Union européenne lorsqu'elle a promulgué le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)¹⁵. Le RGPD apporte des précisions sur la Directive et sur le droit à l'oubli, tel que consacré par l'arrêt *Google Spain*¹⁶, et on peut s'attendre à ce qu'il ait d'importantes conséquences dans la sphère internationale¹⁷. Il nous amène à nous poser la question générale théorique suivante : comment les « fair information practices » peuvent-elles être réconciliées avec la liberté d'expression ?

L'extension par l'arrêt *Google Spain* de la portée du droit à l'oubli a été vivement critiquée¹⁸. Google a traité, depuis cet arrêt, 480 419 demandes de

¹⁴ Sur la collecte des données par Google, v. par ex. E. A. JONES et J. W. JANES, *Anonymity in a World of Digital Books: Google Books, Privacy, and the Freedom to Read*, 2 *Policy & Internet* 43 (No. 4, 2010) ; B. van der SLOOT et F. ZUIDERVEEN BORESIUS, « Google and Personal Data Protection », in *Google and the Law: Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* 75-112 (A. LOPEZ-TARRUELLA ed. 2012).

¹⁵ Une variante du droit à l'oubli a déjà été insérée dans les précédentes versions du RGPD.

¹⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016, consulté sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>. Le RGPD est applicable à partir du 25 mai 2018. Il abroge la directive 95/46/CE. L'article 17 du RGPD, intitulé, *Droit à l'effacement* (« droit à l'oubli »), est une référence explicite à l'arrêt *Google Spain*.

¹⁷ *On the international consequences of European data privacy regulations*, see, e.g., European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World* (10 janv. 2017), consultable sur http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=41157.

¹⁸ Steptoe Cyberlaw Podcast – Interview avec D. HOFFMAN, Steptoe Cyberlog (sept. 3, 2014), 00:34:39, <http://www.steptoe.com/staticfiles/SteptoeCyberlawPodcast-032.mp2> (« clinically insane ») ; M. WOLFF, « Wolff : The Right to be Forgotten by Google », *USA Today* (8 mai 2014),

suppression de 1 605 769 adresses URL présentes sur son moteur de recherche depuis juin 2014 : 43% de ces URL ont été supprimées et ne paraissent plus dans les recherches effectuées sous le nom de la personne sollicitant cette suppression¹⁹.

L'organisation *Index on Censorship* a comparé le droit à l'oubli au fait de « s'introduire dans une bibliothèque pour obliger à réduire en bouillie les ouvrages présents »²⁰. La commission pour l'Union européenne de la *Chambre des Lords* britannique a conclu sur ces mots (rédigés en caractère gras) : « le « droit à l'oubli » (...) doit s'en aller. Le principe est erroné et inapplicable en pratique »²¹, et le co-fondateur de Wikipédia, Jimmy Wales, a désapprouvé le droit à l'oubli, l'estimant « profondément immoral » car « l'histoire est un droit humain »²². L'arrêt *Google Spain* et le RGPD laissent donc présager « un affrontement de titans » entre les principes européens de protection de la vie privée et les principes américains de protection de la liberté d'expression²³.

Je ne cherche pas à résoudre ici cet affrontement épique. Je souhaite plutôt évoquer deux modestes critiques sur l'application du droit à l'oubli à l'encontre des moteurs de recherche sur internet. Premièrement, l'arrêt *Google Spain* s'est mépris sur la nature du droit à la protection de la vie privée applicable aux données présentes sur internet. Deuxièmement, la CJUE a mal intégré la relation qui existe entre le moteur de recherche Google et la constitution d'une sphère publique moderne. L'arrêt *Google Spain* relègue Google au rang d'une simple entreprise tirant profit de l'exploitation des données. Or, cette vision de Google ne tient pas compte du fait que les moteurs de recherche sont les garants d'un espace ouvert de communication

<http://www.usatoday.com/story/money/columnist/wolff/2014/05/18/a-big-setback-for-google-in-europe/9172941/> (« European luddites »).

¹⁹ <https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=fr> (consulté le 24 juill. 2016).

²⁰ Index Blasts EU court ruling on « right to be forgotten », 13 mai 2014, consultable sur : <https://www.indexoncensorship.org/2014/05/index-blasts-eu-court-ruling-right-forgotten/>.

²¹ House of Lords, European Union Committee, 2nd Report of Session 2014-15, EU Data Protection law: a 'right to be forgotten'?, (23 juill. 2014), consultable sur <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/lducom/40/40.pdf>.

²² S. CURTIS et A. PHILIPSON, « Wikipedia founder: EU's Right to be Forgotten is 'deeply immoral,' », *The Telegraph*, 6 août 2014, consultable sur <http://www.telegraph.co.uk/technology/wikipedia/11015901/EU-ruling-on-link-removal-deeply-immoral-says-Wikipedia-founder.html>.

²³ J. ROSEN, *The Right to be Forgotten*, The Atlantic (juill./août 2012), consultable sur : <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2012/07/the-right-to-be-forgotten/309044/>. Le conflit avec les valeurs du First Amendment (premier amendement de la constitution américaine) est particulièrement frappant eu égard à la mise en demeure récente de la Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés (« CNIL »). V. La CNIL met en demeure Google de procéder aux déréférencements sur toutes les extensions du moteur de recherche, 12 juin 2015, consultable sur <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-met-en-demeure-google-de-proceder-aux-dereferencements-sur-toutes-les-extensions-du-moteur>.

et de partage au sein duquel l'opinion publique démocratique se construit aujourd'hui. Il aurait dû être accordé à Google le même statut que celui dont bénéficie la presse²⁴□.

II. LA NATURE DU DROIT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE APPLICABLE À LA PUBLICATION DE DONNÉES SUR INTERNET

L'article 7 dispose que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications »²⁵. Cet article 7 reproduit pour l'essentiel les dispositions de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (ci-après la « Convention européenne »²⁶) et il doit être interprété de la même manière que la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après « CEDH ») interprète l'article 8 de la Convention européenne²⁷.

Bien que la CEDH ait quelques fois utilisé l'article 8 de la Convention européenne pour exiger le respect des « fair informations practices »²⁸, l'article a principalement été interprété pour protéger le droit de l'individu à s'opposer à la divulgation d'informations privées²⁹ auprès du public. La CEDH a notamment interprété l'article 8 pour interdire la diffusion « d'informations personnelles qui sont légitimement en droit de ne pas être publiées sans le consentement³⁰ de l'individu », car elles peuvent porter atteinte à son « honneur », à son « intégrité psychique ou morale »³¹ ou « porter préjudice » à sa « jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée »³². La Cour a cherché à mettre en balance le caractère « sérieux » des dommages causés par la publication avec la « contribution au débat d'intérêt général »³³. L'article 7 de la Charte protège ce que nous pouvons appeler la « dignité, composante de la vie privée »³⁴.

²⁴ Dans un article à paraître, j'argumente cette critique en rappelant brièvement l'histoire des journaux, et comment ils ont participé à la création de la sphère publique démocratique aux XIX^e et XX^e siècles.

²⁵ Consultable sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.

²⁶ Art. 8 de la Convention européenne.

²⁷ Art. 52(3) de la Charte.

²⁸ V. par ex. l'arrêt (*case of*) *S. and Marper v. United Kingdom* (4 déc. 2004) (applications n° 30562/04 and 30566/04).

²⁹ See, e.g., Restatement (Second) of Torts § 652D (1977).

³⁰ *Case of Axel Springer AG v. Germany*, (7 fév. 2012) (Application n° 39954/08), 83.

³¹ *Case of A. v. Norway* (9 avril 2009) (Application n° 28070/06), 63.

³² *Case of Axel Springer AG v. Germany*, (7 fév. 2012) (Application n° 39954/08), 83.

³³ *Case of Axel Springer AG v. Germany*, (7 fév. 2012) (Application n° 39954/08) 83, 89, 90.

³⁴ R. K. WALKER, The Right to be Forgotten, 64 *Hastings L.J.* 257, 270 (2012) (« Les lois européennes en matière de protection de la vie privée ont d'abord pour objectif de préserver la dignité d'un individu et son image publique, et non de le protéger contre les intrusions gouvernementales.

La vie privée protégée par l'article 7 de la Charte diffère grandement de celle protégée par l'article 8 de cette même Charte. Si l'article 8 définit et impose un traitement bureaucratique³⁵ des données à caractère personnel, l'article 7 définit et impose des normes sociales de publication respectueuses. Le « droit à l'oubli » existe dans ces deux articles, lesquels requièrent néanmoins une analyse juridique différente : le droit à l'oubli numérique peut se référer soit au besoin d'effacer des données qu'il n'est plus nécessaire de conserver au vu des buts poursuivis, soit au besoin d'effacer des données qui ramènent à la surface des événements passés qui pourraient porter atteinte à la dignité de la personne³⁶. En droit français, tout comme dans le droit des « autres pays européens »³⁷, ce dernier droit provient du « droit au respect de la vie privée ». Il emporte l'application d'un « délai à la publication de données : la presse... ne peut continuer à diffuser publiquement des informations qui ne relèvent plus de l'intérêt général », car cela peut « inlassablement causer préjudice » à des personnes « au-delà de la période de relevance médiatique »³⁸. Ce droit à l'oubli a été dégagé par la CEDH à partir de l'article 8 de la Convention européenne (« Droit au respect de la vie privée et familiale »), il est donc également présent à l'article 7 de la Charte (« Respect de la vie privée et familiale »)³⁹.

Dans cet article, j'utilise l'acronyme « RTBF » pour désigner le droit au déréférencement créé par la Directive dans le but de protéger la vie privée grâce au droit de la protection des données à caractère personnel. Par

Cette vision se reflète dans l'article 8 de la Convention européenne qui tire son inspiration de la tradition française de protection de la réputation des citoyens contre des intrusions, particulièrement celles des médias. À cause de cette tradition, les cours européennes sont moins préoccupées que les cours américaines par la protection de la liberté d'expression contre les interférences gouvernementales, et plus enclines à restreindre la liberté d'expression si cela est nécessaire pour protéger les droits à la dignité des citoyens »).

³⁵ NDT : Bureaucratie renvoie ici aux relations bilatérales qui existent entre un individu et une entreprise qui compile et organise des données dans un but précis. Le terme ne revêt donc pas de signification péjorative.

³⁶ See, e.g., *Melvin v. Reid*, 297 P. 91 (Cal. App. 1931) ; *Briscoe v. Reader's Digest Ass'n*, 483 P.2d 34 (Cal. 1971) ; F. WERRO, « The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash », in *Haftungsrecht im dritten millennium: Liber Amicorum Gert Brüggemeir* (A. COLOMBI CIACCHI et al. eds, 2009) ; A. MESSENGER, What Would A "Right to Be Forgotten" Mean for Media in the United States?, 28 *JUN Comm. Lawyer* 29, 29-30, 32-33 (2012) ; Steven c. Bennett, *The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives*, 30 *Berkeley J. Int'l Law* 161, 169-172 (2012).

³⁷ A. MANTELERO, The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the 'right to be forgotten', 29 *Computer Law & Security Rev.* 229, 229 (2013).

³⁸ S. M. LOCASCIO, Forcing Europe to Wear Rose-Colored Google Glass : The "Right to be Forgotten" and the struggle to Manage Compliance Post Google Spain, 54 *Colum. J. Transnat'l L.* 296, 299 (2015).

³⁹ C. BRATIC, A Comparative Approach to Understanding Developments in Privacy Rights in the European Court of Human Rights, 19 *Colum. J. Eur. L.* 341, 347 (2013).

contraste, j'emploie l'expression « right to be forgotten »⁴⁰ pour renvoyer à une version plus traditionnelle de ce droit à l'oubli, qui découle du droit au respect de la vie privée et familiale ancré dans l'article 7 de la Charte (et dans le droit de la responsabilité délictuelle de plusieurs États)⁴¹. L'arrêt *Google Spain* appuie son argumentation en invoquant les articles 8 et 7 de la Charte : il fait donc référence au RTBF et au « right to be forgotten ». Or, ces deux droits conçoivent de manière différente la vie sociale.

D'une part, le RTBF présuppose un monde bureaucratique, gouverné par une logique instrumentale⁴², dans lequel les données sont collectées et traitées pour des « buts spécifiques »⁴³. D'autre part, le « right to be forgotten » présuppose un monde de communication et de partage, régulé par des règles de bienséance, dans lequel les données sont conçues comme relevant d'un dialogue continu et intersubjectif. Le RTBF s'applique à la gestion des données, le « right to be forgotten » s'applique aux communications. L'objectif du RTBF est de donner aux individus la capacité de « contrôler » leurs données personnelles⁴⁴, alors que l'objectif du « right to be forgotten » est de protéger la dignité des êtres humains. Bien que la reconnaissance du RTBF soit légitime, eu égard à l'activité actuelle des grandes entreprises qui exploitent le *big data* pour réaliser des objectifs précis, sa logique managériale est néanmoins incompatible avec la notion d'« agir communicationnel » qui caractérise la sphère publique⁴⁵. Le « right to be forgotten », au contraire, a été appliqué à la sphère publique pendant plus d'un siècle.

Il existe une vive tension entre le « right to be forgotten » et la liberté d'expression, et les systèmes juridiques règlent tous cette tension de manière différente⁴⁶. Je ne suis partisan d'aucune solution particulière. Je cherche

⁴⁰ Nous avons pris le parti de ne pas traduire ces deux expressions « RTBF » (acronyme de Right to Be Forgotten) et « right to be forgotten ». L'auteur désigne en fait « le droit au déréférencement » ou « droit à l'effacement » d'une part et le droit à l'oubli qui découle du « droit au respect de la vie privée » d'autre part. Voici la version originale : In this Lecture, I use "RTBF" to refer to the distinct bureaucratic version of the right to be forgotten created by the Directive and the GDPR, and I use "right to be forgotten" to refer to the more traditional version of the right that is rooted in Article 7 of the Charter (and in the tort law of many nations).

⁴¹ V. le *Restatement Second of Torts* et les notes 28 à 35.

⁴² NDT : Une logique instrumentale signifie ici une logique qui ne cherche pas à donner un sens au réel, et qui considère au contraire l'environnement (ici les données numériques) comme étant au service de fins prédéfinies par les acteurs. Instrumental est dans l'article opposé à normatif. Une logique normative est alors une logique qui donne des orientations générales pour réaliser une société idéale.

⁴³ Charte, art. 8 (emphasis ajoutée).

⁴⁴ V. A. LEVIN et P. SANCHEZ ABRIL, Two Notions of Privacy Online, 11 *Vanderbilt J. of Ent. and Tech. L.* 1001, 1009 (2009) ; JONES *supra* note 42, 94.

⁴⁵ Sur la tension entre la logique managériale et la sphère publique, v. R. C. POST, Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum, 34 *Ucla Law Review* 1713 (1987).

⁴⁶ V., par ex., R. C. POST, « Hate Speech », in *Extreme Speech and Democracy* 123 (I. HARE & J. WEINSTEIN eds., Oxford University Press, 2009).

plutôt à défendre le fait que l'arrêt *Google Spain* mélange l'approche instrumentale du RTBF avec l'approche normative du « right to be forgotten », ce qui le rend conceptuellement confus et juridiquement indésirable. L'arrêt *Google Spain* est en fin de compte une décision ambiguë et opaque : nous ne savons pas si la CJUE cherche à préserver le droit des personnes à contrôler leurs données ou si elle cherche à préserver leur dignité. Nous ne savons pas si l'objectif de la décision est de protéger la vie privée grâce au droit de la protection des données personnelle ou grâce aux droit à la vie privée et à la protection de la dignité. Cette profonde confusion diminue la clarté et la force doctrinale de l'arrêt *Google Spain*.

L'arrêt *Google Spain* aurait dû s'appuyer exclusivement sur le « right to be forgotten ». Il aurait dû protéger le droit à la dignité. Je chercherai à montrer comment l'arrêt aurait pu être écrit si la CJUE avait compris l'enjeu doctrinal derrière cette question.

III. *GOOGLE SPAIN* ET LE « RIGHT TO BE FORGOTTEN »

En 2010, M. Mario Costeja González, un avocat espagnol, a déposé une plainte auprès de l'AEPD (Agence Espagnole de Protection des Données). Douze ans auparavant, suite à des mesures de saisies dans la perspective d'un recouvrement de dettes de sécurité sociale⁴⁷, la propriété de M. Costeja avait fait l'objet d'une vente aux enchères. Le ministère du Travail et des Affaires sociales avait alors demandé à un journal espagnol, *La Vanguardia*, de publier une annonce de la vente aux enchères pour assurer « la publicité maximale (...) afin de réunir le plus grand nombre d'enchérisseurs »⁴⁸. En 2008, le journal *La Vanguardia* a numérisé ses dossiers et l'annonce a donc été publiée sur internet⁴⁹. Deux ans plus tard, lorsque le nom de M. Costeja était saisi sur Google, l'annonce de la vente aux enchères apparaissait clairement dans la liste de résultats. Dans sa plainte, M. Costeja demandait à ce que l'annonce soit retirée au motif qu'elle concernait « des procédures de saisie [qui] avaient été entièrement réglées depuis plusieurs années et que la mention de celles-ci était désormais dépourvue de toute pertinence »⁵⁰.

En réponse à la plainte de M. Costeja, l'AEPD a considéré qu'il ne pouvait être ordonné au site internet *La Vanguardia* de retirer ses dossiers numérisés⁵¹. En revanche, l'AEPD a ajouté que le « *derecho al olvido* » (le

⁴⁷ *Google Spain* 14.

⁴⁸ *Id.* 16.

⁴⁹ J. POWLES, The Case That Won't Be Forgotten, 47 *Loy. U. Chi. L. J.* 583, 587 (2015).

⁵⁰ *Google Spain* ¶ 15.

⁵¹ *Id.* 16.

droit à l'oubli espagnol)⁵² exigeait que la demande soit accueillie contre Google Spain and Google Inc⁵³.

Google Spain et Google Inc. ont fait appel de la décision auprès de la Cour suprême espagnole (l'*Audiencia Nacional*), qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE des questions préjudicielles sur l'interprétation de la Directive. La CJUE, interprétant la Directive à la lumière des articles 7 et 8 de la Charte⁵⁴, a considéré que Google devait déréférencer les liens qui renvoyaient vers l'annonce publiée par le journal *La Vanguardia* lorsqu'une recherche était réalisée à partir du nom de M. Costeja, et ce alors même que les pages internet du journal étaient autorisées à demeurer sur internet.

La CJUE a jugé que les pages internet du journal *La Vanguardia* contenaient des « données à caractère personnel » relatives à M. Costeja⁵⁵, et qu'en incluant ces pages internet dans la liste de résultats, Google avait réédité ces données de telle manière qu'il était devenu un « responsable de traitement »⁵⁶. Pour la CJUE, la question essentielle était donc de savoir si le traitement des données à caractère personnel réalisé par Google était « inadéquat, pas ou plus pertinent ou excessif au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche »⁵⁷. La CJUE a examiné cette question sans regarder si la publication des données à caractère personnel causait un préjudice à la personne concernée⁵⁸.

La CJUE a développé son raisonnement en suivant la logique instrumentale qui innerve la Directive et qui sous-tend également l'article 8 de la Charte. Cette façon de raisonner paraît cohérente au vu du cas d'espèce, étant donné que c'était une autorité publique qui avait demandé au journal *La Vanguardia* de publier l'annonce de la procédure de saisie afin de maximiser

⁵² *Id.* 20.

⁵³ *Id.* 17.

⁵⁴ La Cour a considéré que les dispositions de la directive « doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte ». *Id.* 68. V. 69.

⁵⁵ *Id.* 4. Directive, art. 2(a). Le RGPD définit les données à caractère personnel de la même manière. V. RGPD, art. 4(1).

⁵⁶ *Google Spain* 4, 43. Le RGPD définit le « responsable de traitement » de la même manière. *Id.* 72. Dans ce paragraphe, la CJUE rappelle dans l'essentiel les termes de l'article 6 de la Directive. Dans son article 5, le RGPD définit également la responsabilité du responsable de traitement.

⁵⁷ *Google Spain*, 94. La Commission européenne a publié une fiche d'informations résumant l'arrêt *Google Spain* et interprétant sa portée « les individus ont le droit – sous certaines conditions – de demander aux moteurs de recherches de retirer les liens qui contiennent des données à caractère personnel les concernant. Cela s'applique lorsque l'information est inadéquate, pas ou plus pertinente ou excessive au regard des finalités du traitement en cause ». European Commission, *Factsheet on the "Right to be Forgotten" Ruling*, consultable sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf.

⁵⁸ *Google Spain* 96. V. The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten (6 fév. 2015), consultable sur http://docs.dpaq.de/8527report_of_the_advisory_committee_to_google_on_the_right_to_be_forgotten.pdf

le nombre d'enchérisseurs. Cet objectif ayant probablement été réalisé des années avant que M. Costeja dépose sa plainte, rien ne justifiait plus que le journal *La Vanguardia* continue de traiter les données à caractère personnel de M. Costeja au moment où la CJUE a rendu son arrêt. Une demande officielle avait été formulée dans le but de réaliser un objectif explicite, il était donc normal de limiter la diffusion de l'annonce dans le temps afin que le temps de publication soit en adéquation avec l'objectif poursuivi.

Mais peut-on raisonner de la même manière avec Google ? Les objectifs poursuivis par le journal *La Vanguardia* et son annonce sont explicites et officiels, contrairement à ceux poursuivis par Google. En réalité, il est difficile de dire que le lien Google vers le site internet *La Vanguardia* est « inadéquat, pas ou plus pertinent ou excessif au regard des finalités du traitement en cause », ici réalisé par Google. Cela reviendrait à se demander quels sont les « objectifs *spécifiques* »⁵⁹ servis par un journal ou par une bibliothèque quand ils diffusent des informations.

Le cœur du problème réside ici dans le fait que la Directive s'applique à tous les « traitements » de « données à caractère personnel » (définies comme toutes les informations « qui se rapportent » à une personne identifiable⁶⁰). Il n'est pas indiqué que les données à caractère personnel sont limitées aux informations d'ordre privé, ni aux informations, qui, si divulguées, causent un préjudice à la personne concernée⁶¹. Les données à caractère personnel incluent « des informations parfaitement anodines comme le nom d'un auteur associé au titre d'un ouvrage »⁶². La Directive définit également le « traitement » de manière large⁶³. Étant donné l'étendue considérable de ces définitions, il est quasiment certain que la Directive s'appliquera à des domaines de la vie sociale qui ne sont pas régis par une étroite logique instrumentale⁶⁴.

On peut affirmer que la plupart des sites internet ne se trouvent pas dans la situation décrite par l'arrêt *Google Spain*, où un journal, ici *La Vanguardia*, a publié une annonce qui relève de la logique instrumentale de la Directive. Si vous postez, par exemple, une description de l'anniversaire de votre meilleur ami sur votre blog, vous êtes en train de réaliser un traitement de

⁵⁹ Charte, art. 8 (l'emphasis a été ajoutée).

⁶⁰ Directive, art. 2(a), RGPD, art. 4(1).

⁶¹ *Google Spain* 96.

⁶² D. ERDOS, From the Scylla of Restriction to the Charybdis of License? Exploring the Scope of the "Special Purposes" Freedom of Expression Shield in European Data Protection, 52 *Common Market L. Rev.* 119, 122 (2015).

⁶³ Directive, art. 2(b). Le RGPD définit le « traitement » de la même manière. V. RGPD, art. 4(2).

⁶⁴ Cette logique instrumentale est reprise dans le RGPD.

données à caractère personnel⁶⁵. Il paraît absurde de se demander si l'utilisation que vous faites de ces données à caractère personnel est « inadéquate, pas ou plus pertinente ou excessive » au regard des finalités que vous poursuivez avec votre blog. Vous n'avez probablement pas fait un blog pour réaliser une finalité unique et explicite. Vous vous êtes plutôt engagé dans ce que Jurgen Habermas appelle « l'agir communicationnel », afin de permettre et de garantir l'intercompréhension entre vous, vos amis et vos lecteurs⁶⁶. Quelqu'un qui se demanderait si le traitement des données à caractère personnel de l'anniversaire de votre ami est devenu « inadéquat, pas ou plus pertinent ou excessif » au regard de *cet* objectif ferait preuve d'une incompréhension des formes habituelles que revêt l'interaction sociale. Les données à caractère personnel présentes sur votre blog ne sont pas liées à votre motivation à tenir ce blog, comme un « moyen » pourrait être lié à une « fin ». La Directive énonce donc des critères incohérents d'évaluation de la légitimité d'un traitement de données à caractère personnel.

L'architecture conceptuelle de l'article 8 fait sens quand on parle de gouvernements ou d'entreprises qui collectent, agrègent, et utilisent de grandes masses de données. Pour de tels acteurs, les données sont simplement un moyen de réaliser ce que James Rule qualifiait avec justesse de « surveillance de masse »⁶⁷. Les organisations compilent les données pour atteindre des buts spécifiques. Elles réalisent un audit général afin de déterminer, par exemple, la capacité économique et financière du débiteur lors de l'octroi d'un crédit ou pour minimiser leurs pertes dans le secteur de la santé. La structure de l'article 8 est donc pertinente : elle garantit que, dans de tels contextes, le traitement des données à caractère personnel est limité à des fins convenables et que les personnes concernées peuvent solliciter les responsables de traitement lorsqu'elles ont des craintes légitimes.

Mais l'architecture conceptuelle de l'article 8 n'est pas adaptée à la plupart des activités humaines ordinaires, même si ces activités impliquent ce que la Directive et le RGPD appellent un traitement de données à caractère personnel. Ainsi, par exemple, la Directive et le RGPD disposent qu'une personne « traite » des données à caractère personnel lorsqu'elle conserve un « fichier de données à caractère personnel »⁶⁸ qui n'est pas utilisé

⁶⁵ Et si votre description révèle l'identité raciale de votre ami ou le fait qu'il a un rhume, vous avez révélé ce que la Directive (art. 8, v. *Lindqvist* 51) et le RGPD (art. 9) appellent des « catégories particulières » de données à caractère personnel, leur traitement étant fortement « prohibé » (et sujet à des exceptions strictement délimitées).

⁶⁶ V. e.g., J. HABERMAS, *Toward a Rational Society: Student Protest, Science and Politics* 81-122 (J. J. SHAPIRO, Trans. 1970) ; J. HABERMAS, *Knowledge and Human Interests* (J. J. SHAPIRO, trans. 1972).

⁶⁷ James B. Rule: *Private Lives and Public Surveillance: Social Control in the Computer Age* 300-358 (1974).

⁶⁸ Directive art. 2(c). Le RGPD reprend la même définition. Directive, art. 3(1). RGPD art. 2(1).

« uniquement » à des fins privées ou domestiques (comme un carnet d'adresse qui contiendrait les noms et adresses d'amis et de connaissances professionnelles⁶⁹). Si une personne conserve un tel carnet d'adresses, les personnes qui y sont mentionnées ont le droit de savoir quelles sont les informations qui les concernent, de les corriger, de remettre en question leur pertinence ou leur adéquation au vu des buts poursuivis, et de demander que ces droits soient garantis par une autorité indépendante. Je trouve cela saisissant. Cela crée exactement le « big brother » que l'article 8 voulait prévenir.

Comme l'architecture conceptuelle du RGPD (et de la Directive) doit s'appliquer à de grandes organisations bureaucratiques, une importante présence gouvernementale serait peut-être la solution. Le RGPD exige en effet que les responsables de traitement indiquent aux personnes concernées quelles sont les données à caractère personnel qu'ils ont en leur possession et quelles sont « les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel »⁷⁰. Il faut également qu'ils élargissent les droits d'accès et de rectification des personnes concernées⁷¹ et qu'ils mettent en place la portabilité des données⁷², etc.

Le RGPD et la Directive ont cherché à éviter cette difficulté en prévoyant qu'ils ne s'appliqueraient pas aux traitements réalisés par « une personne physique pour l'exercice d'activités *exclusivement* personnelles ou domestiques »⁷³. Cependant, le monde ne se divise pas aussi facilement entre une sphère non-instrumentale « exclusivement personnelle ou domestique » et une sphère instrumentale qui englobe tout le reste. Au contraire, et de manière plus pertinente encore pour nos objectifs, il existe une sphère publique de textualités qui inclut ce que nous pourrions appeler le public de lecteurs. La CJUE a de son côté considéré que rendre les données « accessibles à un nombre indéfini de personnes » sur internet emporte l'application de la Directive car il ne peut être considéré que les données rendues ainsi accessibles soient à usage « domestique » ou « personnel »⁷⁴.

⁶⁹ Art. 3(2) de la Directive d considérant 12 ; RGPD, considérant 18.

⁷⁰ RGPD, art. 13-14.

⁷¹ RGPD, art. 15-16.

⁷² RGPD, art. 20.

⁷³ Directive, art. 3(2); GDPR, art. 2(2)(c) (emphase ajoutée). V. *supra* note 60.

⁷⁴ Référence à la Cour pour une décision préliminaire concernant la procédure pénale contre Bodil Lindqvist, Case C-101/01 (6 nov. 2003) 47, consultable sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=48382&doclang=en>.

IV. L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE À L'AUNE DE LA DÉMOCRATIE PAR LE DÉBAT PUBLIC

La conception des données à caractère personnel à l'origine de l'article 8 de la Charte est incompatible avec la sphère publique de textualités. D'ailleurs, la déclaration présente dans le RGPD affirme désormais explicitement : « les personnes physiques devraient avoir le contrôle des données personnelles les concernant »⁷⁵. Si l'enjeu est celui de savoir à quelle entité confier la protection des données à caractère personnel lorsqu'elles sont produites par des structures de surveillance de masse, il paraît légitime de donner cette compétence de « contrôle » aux personnes physiques, en prévoyant des exceptions, plutôt qu'aux organisations bureaucratiques⁷⁶. Cependant, si au contraire on conçoit le monde social comme un monde où les individus sont engagés dans un dialogue intersubjectif continu grâce aux procédés de l'agir communicationnel (et non comme un monde où les individus se battent contre une organisation bureaucratique), la métaphore du « contrôle » n'est pas correcte.

Nous pouvons grossièrement définir la démocratie comme « le gouvernement de l'opinion publique »⁷⁷. La démocratie exige par conséquent que la liberté d'expression soit respectée afin que se forme l'opinion publique⁷⁸. J'utilise le terme « débat public » pour renvoyer à l'ensemble des discussions, des communications, des publications, considérées constitutionnellement nécessaires pour que se forme une opinion publique démocratique⁷⁹. La démocratie présuppose que l'échange, au sein même du débat public, soit davantage intersubjectif qu'instrumental⁸⁰. Il existe une vive tension entre les faits partagés, nécessaires pour alimenter de tels échanges, et un ordre légal qui autoriserait les individus à retirer leurs données à caractère personnel de la circulation quand ils le désirent.

⁷⁵ RGPD, considérant 7. V. P. FRANZINA, *The EU General Data Protection Regulation: a look at the provisions that deal specifically with cross-border situations*, *conflictoflaws.net: News and Views in Private International Law* (10 mai 2016), consultable sur <http://conflictoflaws.net/2016/the-eu-general-data-protection-regulation-a-look-at-the-provisions-that-deal-specifically-with-cross-border-situations/>

⁷⁶ V. D. J. SOLOVE, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, 53 *Stan. L. Rev.* 1393, 1398 (2001). V. 1461. V. *id.* 1436. V. P. SCHWARTZ, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 *Vand. L. Rev.* 1609, 1612, 1641 (1999).

⁷⁷ C. SCHMITT, *Constitutional Theory* 275 (J. SEITZER trans. 2008).

⁷⁸ R. C. POST, *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* 13-21, (2012).

⁷⁹ POST, *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* 13-21 (2012), 15. Dans cet article, je n'utilise pas le terme « débat public » pour renvoyer à ces types de discours qui, en droit constitutionnel américain, impliqueraient la légitimation démocratique pour les individus. Comparer R. C. POST, *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution* 71-74 (2014).

⁸⁰ F. MICHELMAN, *Law's Republic*, 97 *Yale L. J.* 1493, 1526-27 (1988).

Comme l'article 8 de la Charte est entièrement écrit au sein d'une matrice de rationalité managériale, il ne prend pas en compte les autres structures normatives de communication. Il ne reconnaît pas que le débat public puisse être un terrain alternatif pour l'interaction entre les individus. Par conséquent, pris littéralement, l'architecture conceptuelle de l'article 8 éliminerait la possibilité de la légitimation démocratique. La Directive et le RGPD reconnaissent tous deux cette difficulté. Pour que l'application de l'article 8 soit compatible avec la « liberté d'expression » (inscrite à l'article 11 de cette même Charte), ils excluent (à contrecœur) les débats publics de la portée de leurs exigences managériales.

La Directive dispose que « Les États membres prévoient, pour les traitements de données à caractère personnel effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire, des exemptions et dérogations au présent chapitre, au chapitre IV et au chapitre VI dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression »⁸¹. Le RGPD plus largement encore dispose que « Les États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire »⁸².

La question centrale est donc la suivante : comment « la liberté d'expression et d'information »⁸³ peut-elle être *réconciliée* avec la conception abstraite, hypostasiée et au cœur de l'article 8 de la Charte, des « données à caractère personnel » ? La Directive et le RGPD ne fournissent aucun indice à ce sujet. Pour résumer, la réconciliation est expliquée grâce à la métaphore remarquable d'un « équilibre entre la protection de la vie privée et la protection de la liberté d'expression ». Or il est difficile de comprendre cette image d'équilibre car la protection de la vie privée dont il est question ici, qui utilise le droit de la protection des données, s'exerce dans un domaine distinct et exclusif de celui de la liberté d'expression. Le débat public est entravé si la protection des données à caractère personnel est au service de la protection de la vie privée⁸⁴, mais les « fair informations practices » s'évanouissent si le

⁸¹ Directive, art. 9. Pour une étude exhaustive et préoccupante sur la manière dont les lois nationales des États membres de l'Union européenne cherchent à concilier (ou non) la Directive avec la liberté de la presse, v. D. ERDOS, *European Union Data Protection Law and Media Expression: Fundamentally Off Balance*, 65 *Int'l Comp. L. Q.* 139 (2016).

⁸² RGPD, art. 85(1).

⁸³ En Europe, « le droit (...) à l'information » est compris comme le droit à *recevoir* des informations. V. Charte, art. 11.

⁸⁴ Ainsi, par exemple, en Italie, où la loi nationale ne prévoit pas d'exceptions pour les activités journalistiques. Il est possible d'évaluer les préjudices causés par les articles de journaux numériques s'ils ne sont pas retirés par les sites internet : ils sont supposés être postés « pour un laps de temps (...) »

débat public est exempté de leur logique. Cette forme de protection de la vie privée n'est possible que dans un univers bureaucratique, univers inconciliable avec les actions communicationnelles constitutives de la sphère publique⁸⁵.

V. « RIGHT TO BE FORGOTTEN » V. RTBF

Dans ce contexte, le « right to be forgotten » entre en contradiction avec le RTBF, tel qu'il est prévu par la Directive et le RGPD. Aux États-Unis⁸⁶, dans nombre de pays européens⁸⁷, et dans la Convention européenne⁸⁸, le « right to be forgotten » est depuis longtemps utilisé pour réconcilier protection de la vie privée et de la dignité avec le débat public. Par essence, le « right to be forgotten » permet de se demander si les publications sont devenues si offensantes au vu des « mœurs de la communauté » qu'elles ne peuvent plus être considérées comme relevant de « l'intérêt légitime ou de la curiosité »⁸⁹ du public⁹⁰. Les publications qui violent de manière sérieuse les normes de protection de la vie privée sont considérées causer un préjudice de « mortification et d'humiliation »⁹¹. Cette approche ne se concentre pas *per*

nécessaire au vu des objectifs pour lesquels » ils sont publiés. Les conséquences sur le débat public sont donc importantes. A. MATTHEWS, « How Italian courts used the right to be forgotten to be an expiry date on the news », *The Guardian* (20 sept. 2016), consultable sur https://www.theguardian.com/media/2016/sep/20/how-italian-courts-used-the-right-to-be-forgotten-to-put-an-expiry-date-on-news?CMP=share_btn_tw.

⁸⁵ Notre conception de la vie privée, comme Jack Hirschleifer l'a une fois remarquablement observé, signifie « une structure sociale d'un type particulier avec à l'appui une éthique sociale ».

⁸⁶ V. not. *Restatement (second) of torts* 652D (1977).

⁸⁷ V. J. M. HAUCH, Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Tort is Alive and Well and Flourishing in Paris, 68 *Tul. L. Rev.* 1219 (1994) ; B. MARKESINIS, C. O'CINNEIDE, J. FEDTKE, and M. HUNTER-HENIN, Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (and How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help), 52 *Am. J. Comp. L.* 133 (2004) ; J. Q. WHITMAN, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 *Yale. L.J.* 1151 (2004).

⁸⁸ V. *Case of A. v. Norway* (9 avril 2009) (Application n° 28070/06), 63, *Case of Axel Springer AG v. Germany*, (7 fév. 2012) (Application n° 39954/08) 83, 89, 90. La CEDH considère que le droit à la protection de la vie privée (art. 8 de la Convention) est un droit dépendant du contexte auquel il s'applique, voir *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* (10 nov. 2015), 93. Les interprétations données à l'article 8 de la Convention par la CEDH sont valables pour l'article 7 de la Charte, v. art. 52(3) de la Charte.

⁸⁹ *Virgil v. Time, Inc.*, 527 F.2d 1122, 1131 (9th Cir. 1975), *cert. denied*, 425 U.S. 998 (1976).

⁹⁰ *Haynes v. Alfred A. Knopf, Inc.*, 8 F.3d 1222, 1232 (7th Cir. 1993). Quand le premier *Restatement of Torts* a reconnu le délit civil d'atteinte à la vie privée en 1939, il a explicitement observé que la protection de la vie privée devait toujours être réalisée « relativement aux coutumes de temps et de lieux, aux habitudes, à la profession du plaignant ». *Restatement (First) of Torts*, § 867, comment c (1939).

⁹¹ *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* 50 S.E. 68, 79 (Ga. 1905) et *Schuyler v. Curtis*, 147 N.Y. 434, 448 (1895). Pour une discussion sur les interconnexions sociologiques entre les mœurs

se sur les données à caractère personnel, mais cherche plutôt à déterminer si les publications spécifiques sont en accord avec ce que j'ai ailleurs appelé les « règles de civilité », c'est-à-dire les standards de comportement qui définissent à la fois l'individu et l'identité de la communauté⁹². Le « right to be forgotten » interroge le caractère *approprié* des publications, autrement dit si elles sont en accord avec les « systèmes de normes sociales soigneusement calibrés, ou avec les règles (...) [qui] définissent et permettent des activités essentielles et des relations et intérêts clés »⁹³.

Comparé au RTBF, le « right to be forgotten » entretient une relation différente avec le débat public. Le RTBF est incompatible avec le débat public car, d'une part, les individus ne s'engagent pas dans des discussions publiques à des « fins déterminées »⁹⁴, et d'autre part, l'espace du débat public, caractérisé par l'intersubjectivité, ne peut admettre un droit pour les individus à « contrôler » les informations qui « se rapportent » à elles⁹⁵. Or le « right to be forgotten », même s'il entre en conflit avec la liberté d'expression car il limite ce qui pourrait être dit dans les discussions publiques, n'est pas obligatoirement incompatible avec les fonctions démocratiques du débat public.

La liberté d'expression permet aux individus de participer à la formation de l'opinion publique et de faire l'expérience de l'État comme institution avec laquelle on peut potentiellement dialoguer⁹⁶. La liberté d'expression permet donc la légitimation démocratique, et c'est pour cela que la liberté d'expression est habituellement considérée comme essentielle à la démocratie. Cependant, si le débat public devient trop abusif et aliénant, les individus ne pourront pas utiliser cette liberté pour influencer la construction de l'opinion publique. Dans de tels cas, le débat public ne servira plus l'objectif de légitimation démocratique et la justification démocratique diminuera *pro tanto*. Cela conduit à ce que j'ai appelé ailleurs « le paradoxe du débat public » : le débat public garantit une démocratie seulement s'il est mené avec un minimum de civilité, or imposer des règles de civilité restreint la liberté d'expression⁹⁷. Les différents systèmes légaux résolvent ce paradoxe

d'une communauté et le dommage émotionnel, v. R. C. POST, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 *Calif. L. Rev.* 957 (1989).

⁹² V. R. C. POST, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 *Calif. L. Rev.* 957 (1989), 978-87.

⁹³ H. NISSENBAUM, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life* 2-3 (2010).

⁹⁴ Art. 8(2) de la Charte (emphasis ajoutée).

⁹⁵ Directive, art. 2(a), RGPD art. 4(1).

⁹⁶ R. C. POST, *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* 13-21, (2012).

⁹⁷ R. C. POST, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 *Harv. L. Rev.* 601, 640-44, 680-84 (1990).

de différentes manières. L'existence même de ce paradoxe démontre cependant que le « right to be forgotten » peut être compatible avec la fonction démocratique du débat public, contrairement au RTBF.

Dans quasiment toutes ses manifestations, le « right to be forgotten » cherche à concilier vie privée et dignité du débat public en (de façon caricaturale) mettant en balance les préjudices d'atteinte à la vie privée et les préjudices d'atteinte au débat public. Cette approche est contraire à celle retenue par la Directive, qui se demande seulement si l'utilisation des données à caractère personnel est « inadéquate, pas ou plus pertinente, ou excessive au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche »⁹⁸. L'arrêt *Google Spain* adopte l'approche de la Directive quand il considère que le RTBF peut exister indépendamment de « tout préjudice subi par la personne concernée »⁹⁹. En passant sous silence le concept de préjudice, la CJUE se prive cependant de la ressource conceptuelle la plus fondamentale pour concilier le RTBF avec le débat public nécessaire à la légitimation démocratique.

VI. UNE POSITION INTELLECTUELLE INTENABLE POUR LA CJUE

Par conséquent, la CJUE se retrouve bloquée dans une position intellectuelle intenable. Elle s'en échappe en établissant un cadre d'analyse qui va bien au-delà des frontières de la Directive. En cherchant à expliquer pourquoi la Directive exige le déréférencement du lien Google et non l'effacement de la page internet du journal *La Vanguardia*, qui contient pourtant les données à caractère personnel en cause, la CJUE affirme :

« En effet, dans la mesure où l'inclusion dans la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, d'une page web et des informations qui y sont contenues relatives à cette personne facilite sensiblement l'accessibilité de ces informations à tout internaute effectuant une recherche sur la personne concernée et peut jouer un rôle décisif pour la diffusion desdites informations, elle 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 web »¹⁰⁰.

À partir de quelle source, donc, la CJUE obtient-elle un « droit fondamental à la protection de la vie privée » qui peut être violé de manière plus ou moins « significative » ? Autant que je puisse en juger, la CJUE

⁹⁸ *Google Spain* 94.

⁹⁹ *Google Spain* 96.

¹⁰⁰ *Id.* 87.

semble invoquer le droit à la vie privée et à la dignité prévu issue l'article 7 de la Charte¹⁰¹.

La difficulté est que la trame de l'article 7 ne s'intègre pas dans l'architecture conceptuelle de la Directive, comme l'illustrent les « fair informations practices » de l'article 8. D'une part, les normes de protection de la vie privée protégées par l'article 7 ne sont pas conçues pour s'adapter au monde rigide et instrumental imaginé par l'article 8, d'autre part les règles posées par l'article 8 prévalent sur les concepts présents à l'article 7, souples et adaptables aux contextes. La CJUE n'a jamais reconnu cette tension, et elle semble déterminée à fonder la plainte de M. Costeja sur un aspect instrumental, en considérant que le lien Google est « inadéquat, pas ou plus pertinent, ou excessif au regard des finalités du traitement en cause réalisé par l'exploitant du moteur de recherche »¹⁰². Le résultat est mi-figue, mi-raisin. La CJUE semble appliquer la logique de la Directive mais en réalité elle introduit en douce des considérations normatives sur le préjudice, présent à l'article 7.

La confusion qui en résulte se perpétue lorsque la CJUE cherche à déterminer comment la logique bureaucratique de la Directive pourrait s'appliquer aux processus ouverts de formation de l'opinion publique nécessaires à la légitimation démocratique dans un état moderne¹⁰³. En s'attaquant à cette difficulté, la CJUE est forcée de s'éloigner une nouvelle fois de l'architecture conceptuelle de la Directive. Elle explique que le contrôle de la personne physique sur ses données personnelles peut être neutralisé quand il apparaît « pour des raisons particulières, comme 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 »¹⁰⁴.

Il n'y a rien dans l'architecture conceptuelle de la Directive qui suggère que certaines personnes devraient avoir moins de contrôle sur leurs données personnelles que d'autres. La CJUE croit apparemment qu'introduire cette

¹⁰¹ Dans le paragraphe 99 de l'arrêt *Google Spain*, la CJUE réfère explicitement aux droits fondamentaux issus de l'article 7 comme étant un des fondements de la plainte de M. Costeja.

¹⁰² *Google Spain*, 94. V. Hillary C. Webb, 'People Don't Forget': The Necessity of Legislative Guidance in Implementing a U.S. Right to Be Forgotten, 85 *Go. Wash. L. Rev.* ---, --- (2017), consultable sur :

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=370115027092010118126092017066087094103033031041027010022025005096093118026115122067057030039061008116026027090115029069115095049074003041085022126116071073019089090071022077118030105067089077103075118028099021104076010095093107094019001091109091017024&EXT=pdf>, p. 21.

¹⁰³ R. C. POST, *Democracy, Expertise, Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* 13-21, (2012), 17-18.

¹⁰⁴ *Google Spain* 97.

distinction est nécessaire pour protéger la liberté d'expression¹⁰⁵. Or, cette distinction oblige la CJUE à expliquer quel peut être l'« intérêt prépondérant » du public lorsque celui-ci souhaite connaître des informations personnelles sur la personne concernée.

Pour déterminer cet intérêt, il faut d'abord comprendre les modalités de communication et de partage qui existent au sein de la démocratie. La Directive n'aide en rien à cet égard¹⁰⁶. Elle renvoie tout au plus à la « liberté d'expression »¹⁰⁷. Pour sa part, la CJUE n'a jamais expliqué ce qu'elle voulait dire par « intérêt prépondérant du public ». Elle affirme seulement, dans le paragraphe central de sa décision, que :

« [Comme la personne concernée peut], eu égard à ses droits fondamentaux au titre des articles 7 et 8 de la Charte, 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 »¹⁰⁸.

Dans ce paragraphe crucial, la CJUE cite des sources légales incohérentes pour faire de cette décision tronquée, mais plus ou moins explicite, une décision équilibrée. D'une part, la CJUE mentionne l'existence de préjudices, nés de l'atteinte à la vie privée réalisée par le lien Google. Ces préjudices sont définis d'une manière qui fait écho aux normes de civilité prévues par l'article 7, et cela permet à la CJUE de caractériser le préjudice subi par M. Costeja de préjudice « significatif »¹⁰⁹. D'autre part, aucune « raison particulière » n'est invoquée pour justifier l'existence d'un « intérêt prépondérant du public » à conserver sur internet des informations qui pourraient être délivrées « suite à une recherche portant sur le nom de la personne concernée ». Comme la CJUE prend soin de le mentionner, Google

¹⁰⁵ Directive, art. 9. La liberté d'expression au sens de l'article 11 de la Charte renvoie au droit de recevoir des informations, v. *infra* note 123, et c'est peut-être à ce droit auquel la CJUE fait référence. V. Groupe de travail art. 29, *Lignes directrices relatives l'exécution de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans l'affaire « Google Spain et Inc. / AEPD et Mario Costeja Gonzales », C-131-12*, (24 nov. 2014), 8, consultable sur http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_fr.pdf

¹⁰⁶ Pas plus que le RGPD.

¹⁰⁷ Directive, art. 9.

¹⁰⁸ *Google Spain* 99.

¹⁰⁹ *Google Spain* 87.

lui-même n'a pas d'intérêt à maintenir ce lien actif, si ce n'est un « intérêt économique ». Le raisonnement aboutit donc à ce que le lien Google doive être déréféré.

Cette méthode de raisonnement est complètement étrangère à la logique de la Directive, ce qui est très révélateur : la CJUE essaie d'appliquer la Directive à un domaine de la vie sociale pour lequel elle n'est pas conçue. Comme le RGDP va inévitablement souffrir des mêmes travers lorsque le RTBF sera appliqué à des moteurs de recherche, il est par conséquent important de bien comprendre le raisonnement que la CJUE a suivi dans son arrêt *Google Spain*. Pour le moment, je ne reviens pas sur le fait que la CJUE ait considéré que les informations de M. Costeja relevaient de sa vie privée. Je veux cependant revenir sur « l'intérêt public » porté par le lien Google.

VII. LES ACTUALITÉS, ÉLÉMENTS ESSENTIELS AU MAINTIEN DU DÉBAT PUBLIC

La CJUE a considéré que l'intérêt public était insuffisant pour écarter l'application de la Directive, au motif que M. Costeja n'avait pas cherché à jouer un rôle dans la vie publique. Cet argument montre que l'intérêt public à la circulation des informations n'est pas bien compris¹¹⁰. De toute évidence, la population a un fort intérêt à acquérir des données à caractère personnel relatives à des personnes qui, pour de mauvaises raisons (comme la commission d'une infraction), cherchent à éviter les éclats de la publicité. Cela suggère que l'intérêt public ne peut être circonscrit aux informations personnelles de ceux qui sont *déjà* connus dans la vie publique. Dans une démocratie, l'intérêt public doit s'étendre aux informations qui concernent tout ce qui peut, ou est susceptible de pouvoir rentrer dans l'agenda de l'action publique. C'est donc un intérêt public beaucoup plus large que celui reconnu par la CJUE. Il est si large en vérité qu'il est difficile à délimiter.

Plus subtilement, et de façon plus importante, la population a également un intérêt fondamental à maintenir l'intégrité de la structure de communication et de partage qui rend le débat public possible. Cet intérêt existe, peu important le contenu exact de chaque publication au sein de cette structure. C'est pour cela que le RGPD (et la Directive) ont prévu que le traitement des données à caractère personnel à des fins journalistiques devait relever d'une exception catégorielle, sans qu'il soit besoin d'examiner le contenu de chaque article de presse en particulier¹¹¹.

¹¹⁰ Comparer avec l'évaluation de l'intérêt public par la CEDH dans *Von Hannover v. Germany* (7 fév. 2012) (Applications n° 40660/08 and 60641/08), 109.

¹¹¹ Directive, art. 9 ; RGPD, art. 85.

La liberté de la presse est protégée en Europe et aux États-Unis car tout le monde comprend que la presse est une condition préalable structurelle au débat public, lui-même vital pour la démocratie. La presse est indispensable « aux membres d'une société organisée unis pour le bien commun car elle leur permet d'acquérir et de diffuser des informations sur leurs intérêts communs »¹¹². La CJUE n'a pas réussi à établir une distinction entre l'intérêt général porté par un article en particulier et l'intérêt général porté par la presse elle-même, entendue comme une structure de communication qui crée une sphère publique au sein de laquelle l'opinion publique peut se former.

La question la plus importante soulevée par l'arrêt *Google Spain* est par conséquent celle de savoir si Google est devenu, comme les journaux modernes, une composante essentielle de l'infrastructure communicative indispensable au maintien de la sphère publique. Si c'est le cas, la référence de la CJUE à « l'intérêt économique » de Google est fallacieuse et inappropriée. Tout le monde est d'accord sur le fait qu'« un journal est une entreprise privée. Son objectif est de faire des profits pour ses propriétaires »¹¹³. L'intérêt général porté par la presse n'est pas amoindri par le fait qu'elle recherche du profit¹¹⁴. La CJUE elle-même a reconnu que l'exception prévue par la Directive, pour les traitements de données à caractère personnel à des fins journalistiques, n'était pas impactée par le fait que les journaux soient des entreprises commerciales¹¹⁵. Si Google était assimilé à un journal, la référence à son « intérêt économique » ne devrait plus être pertinente.

Pour l'arrêt *Google Spain* en revanche, c'est parce-que les moteurs de recherche ne sont pas des entreprises journalistiques qu'ils ne peuvent être exonérés de l'application des « fair information practices » de la Directive. L'arrêt conclut que – même si « le traitement par l'éditeur de la page internet consistant en la publication d'informations qui se rapportent à un individu peut, dans certaines circonstances, être réalisé « uniquement pour des finalités journalistiques » et, par conséquent, bénéficier, en vertu de l'article 9 de la Directive 95/46, des exceptions prévues par cette même Directive » – les dérogations ne s'appliquent « apparemment pas » au « traitement réalisé par l'opérateur du moteur de recherche »¹¹⁶.

Dans un article à paraître (en anglais, dans une revue américaine), je vais revenir sur l'émergence du journal contemporain américain afin de montrer

¹¹² *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 243 (1936).

¹¹³ Ch. DUDLEY WARNER, *The American Newspaper*, 14 *J. Soc. Sci. (Proceedings of the American Association)* 52 (nov. 1881).

¹¹⁴ « Ces livres, ces journaux, ces magazines, sont publiés et vendus dans un but lucratif, mais cela ne les empêche pas de soutenir une forme d'expression dont la liberté est garantie par le First Amendment ». *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 501-02 (1952).

¹¹⁵ Arrêt *Tietosuojaajatutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy*, Case C-73/07 (2009).

¹¹⁶ *Google Spain* 85.

pourquoi la loi américaine en est venue à considérer que les actualités sont des éléments essentiels au maintien du débat public. J'espère ainsi aider à déterminer la nature de Google, c'est-à-dire si Google devrait être regardé de la même manière que la presse, et s'il porte le même type d'intérêt public que celui qui est attribué à la presse. L'argument que je défends ici est d'ordre structurel : la presse a permis le débat public parce qu'elle a diffusé des actualités, c'est-à-dire qu'elle a publié des textes qui, d'un même mouvement, ont suscité et ont répondu à l'intérêt du public.

En mettant en place des infrastructures qui favorisent l'épanouissement de la sphère publique, la presse traditionnelle et Google sont au service du même intérêt démocratique. Que Google le fasse dans un but lucratif n'a pas plus d'importance que cela n'en avait pour les médias, protégés par l'article 11 de la Charte. Chaque État démocratique accorde une protection constitutionnelle aux médias « non pour favoriser la presse mais pour nous favoriser tous. La liberté de la presse, largement entendue, nous assure le maintien de notre système politique et une société plus ouverte »¹¹⁷. La position dominante de Google sur le marché, atypique pour un moteur de recherche, doit en effet inquiéter et cela est légitime. Toutefois, ces préoccupations ne concernent que le droit de la concurrence. Elles ne doivent pas affaiblir la conclusion suivante : les moteurs de recherche internet sont au service de l'intérêt général au même titre que la presse. Tout comme les standards en droit de la concurrence peuvent (avec des gardes fous appropriés) s'appliquer aux médias traditionnels, ils peuvent aussi s'appliquer à Google¹¹⁸.

L'une des caractéristiques essentielles de la presse lorsqu'elle est au service de l'intérêt général est qu'elle crée des infrastructures de communication, en facilitant la circulation des informations et en suscitant l'attention des individus. Google sert sans aucun doute cet objectif à l'ère d'internet même s'il ne s'exprime pas de la même manière que le journalisme traditionnel. Google aide à la création d'un « public », comme la presse aux XIX^e et XX^e siècles.

CONCLUSION

Le fondateur de Facebook, Mark Zuckerberg, avait déclenché une tempête en 2010 lorsqu'il annonçait que « la vie privée n'était plus une

¹¹⁷ *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 389 (1967).

¹¹⁸ R. McCHESNEY et J. NICHOLS, *The Death and Life of American Journalism: The Media Revolution that Will Begin the World Again* 61-64 (2010).

‘norme sociale’ »¹¹⁹. En réalité, ce qu’il disait était beaucoup plus raisonnable : « les gens sont désormais à l’aise avec l’idée de partager plus d’informations, de manière plus ouverte et avec plus d’internautes. Il s’agit simplement d’une norme sociale qui a évolué à travers le temps »¹²⁰. Ce qui a attisé la colère et la méfiance est que Facebook est un organisme considérable, capable d’influencer l’évolution des normes de protection de la vie privée vers des directions qui semblent aller dans le sens de ses propres intérêts financiers¹²¹.

Les normes de protection de la vie privée sont particulièrement instables et incertaines dans un monde numérique en perpétuelle évolution¹²². Il y a, effectivement, des raisons de s’inquiéter que des acteurs aussi influents que Facebook puissent chercher à façonner l’évolution de ces normes. Néanmoins, cette suspicion ne devrait pas faire oublier qu’une sphère publique virtuelle d’une importance considérable est en train d’émerger et qu’elle est soutenue par une infrastructure composée de moteurs de recherche comme Google. Que Google soit une entreprise privée lucrative ne diminue en rien son rôle de soutien à la sphère publique, pas plus que cela ne diminuait le rôle de la presse américaine au XIX^e siècle.

L’arrêt *Google Spain* n’a pas réussi à identifier l’intérêt général que servait Google. L’arrêt ne s’est pas interrogé sur les structures de communications, nécessaires au fonctionnement de la démocratie. Il n’a pas émis l’hypothèse que Google pourrait servir des « buts journalistiques », buts pour lesquels la Directive autorise explicitement des dérogations. C’est peut-être parce que les Européens se sont toujours focalisés sur les journaux d’opinion et qu’ils ne peuvent donc pas imaginer que des « fins journalistiques » puissent être atteintes sans la présence concomitante d’une autorité. C’est peut-être aussi parce que la CJUE ne voit pas en Google un

¹¹⁹ B. JOHNSON, « Privacy no longer a social norm, says Facebook founder », *The Guardian* (10 janv. 2010), consultable sur <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy>. V. e.g., M. KIRKPATRICK, « Facebook’s Zuckerberg Says The Age of Privacy is Over », *Readwrite* (9 janv. 2010), consultable sur http://readwrite.com/2010/01/09/facebook_zuckerberg_says_the_age_of_privacy_is_ov/. Facebook et Zuckerberg ont finalement été obligés de battre en retraite. V. e.g., W. OREMUS, « Facebook’s Privacy Pivot », *Slate* (25 juill. 2014), consultable sur http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2014/07/facebook_s_privacy_pivot_mark_zuckerberg_s_plan_to_win_back_trust.html.

¹²⁰ A. CAVOUKIAN, « Privacy is still a social norm », *The Globe and Mail* (23 août 2012), consultable sur <http://www.theglobeandmail.com/opinion/privacy-is-still-a-social-norm/article1209523/>.

¹²¹ V. KICKPATRICK, *supra* note (« Je n’adhère pas à l’argument selon lequel Facebook reflète seulement les changements qui s’opèrent dans la société. Je pense que Facebook est lui-même un acteur majeur du changement social et en prétendant le contraire Zuckerberg fait preuve d’arrogance et de condescendance »).

¹²² V. P. M. SCHWARTZ, From Victorian Secrets to Cyberspace Shaming, 76 *U. Chi. L. Rev.* 1407, 1414-18 (2009).

professionnel capable de jugement, prérogative détenue auparavant par des journalistes qui sélectionnaient, autorisaient, et présentaient les actualités.

Si on considère que Google défend l'intérêt général que je viens juste d'évoquer, il ne faut pas en conclure que les préjudices dont il est responsable ne peuvent pas être réparés. Il faut en conclure que le RTBF prenant sa source à l'article 8 de la Charte et rendu effectif par le RGPD, ne devrait pas s'appliquer à l'encontre de Google. À l'inverse, le « right to be forgotten », inscrit à l'article 7 de la Charte et en vigueur dans beaucoup de systèmes juridiques, s'adresse particulièrement aux médias de la sphère publique.

Fondamentalement, il manque à l'arrêt *Google Spain* une appréhension claire des valeurs relatives à la protection de la vie privée, valeurs que la CJUE espérait réaliser par le RTBF bricolé et dégagé par cet arrêt. L'arrêt ne suit ni la logique instrumentale de rationalité bureaucratique, ni la logique normative reposant sur la prise en compte des normes sociales. Les buts poursuivis par le droit à l'oubli tel que présenté par la Cour ne sont pas clairs. Cette ambiguïté se transmettra sûrement au RGPD, précis et détaillé, dont l'application est imminente. Il ne fait aucun doute que laisser la question des valeurs à la surface fera polémique et sera difficile, mais à terme, il existe une responsabilité que le droit ne peut éluder. C'est à partir de tels questionnements que le droit s'élabore.

